

Ciente.. : ASOCIACION DE USUARIOS
FINANCIEROS

Contrari : BANKINTER, S.A.

Expediente S-1708

Resumen

Resolución

11.10.2018

SENTENCIA Estimatoria de nuestra demanda. Con imposición de costas
BANKINTER

Saludos Cordiales **NOTIFICACIÓN** LEXNET^{by kmaleon} : 201810232993155

descargado en www.asufin.com

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 84 DE MADRID

C/ Ventura Rodríguez, 7 , Planta 2 -28008 Tfno: 914438721,/914438722

NIG: 28.079.00.2-2017/0042337

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 265/2017

Notificación telemática de la resolución 174403341_Sentencia Proc. Ordinario de fecha 05/10/2018 dentro del archivo comprimido 174403341_Sentencia Proc. Ordinario.zip que se anexa.

En Madrid, a ocho de octubre de dos mil dieciocho.

descargado en www.asufin.com

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 84 DE MADRID

C/ Ventura Rodríguez, 7 , Planta 2 -28008 Tfno: 914438721,/914438722 Fax: 915418908
42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0042337

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 265/2017

Materia: Contratos en general

Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: BANKINTER, S.A. PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

SENTENCIA Nº 331/2018

JUEZ/MAGISTRADO-JUEZ: D./Dña. MARÍA DEL CARMEN FERNÁNDEZ LUIS **Lugar:**

Madrid **Fecha:** cinco de octubre de dos mil dieciocho

Vistos por mí, Dña. María del Carmen Fernández Luis, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia núm. 84 de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos ante este Juzgado con el núm. 265/17, promovidos a instancia de ASUFIN (ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS), que actúa en defensa e interés de sus asociados

, representados por la procuradora Sra. Rodríguez de Castro y asistidos por el letrado Sr. Marín Riaño, frente a BANKINTER, S.A., representada por la procuradora Sra. Bueno Ramírez y asistida del letrado Sr. Fernández Bermúdez, y en virtud de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.-El 10 de marzo de 2017 fue repartida a este Juzgado demanda de juicio ordinario, presentada por la procuradora Sra. Rodríguez de Castro, en nombre y representación de ASUFIN, en defensa e interés de sus asociados frente a BANKINTER, S.A., en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, concluye suplicando al Juzgado el dictado de una Sentencia por la que:

a) Se declare parcial del préstamo hipotecario suscrito por los demandantes con la demandada el 06.06.08, respecto de todas aquellas cláusulas que se refieran al mecanismo multidivisa, por tratarse de cláusulas abusivas de conformidad con lo previsto en el TRLGDCU y por falta de transparencia.

b) Subsidiariamente, de no acogerse la pretensión anterior, se declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito entre los actores y la demandada el 06.06.08, respecto de todas aquellas cláusulas, que se refieren al mecanismo multidivisa, en ejercicio de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento. c) En ambos casos, se declare que el capital pendiente de amortizar es el resultante de disminuir el principal prestado de 247.000 € la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses, calculada en euros y aplicando el tipo de interés referenciado al Euribor más el 0,60 de diferencial, recalculándose, en consecuencia, las cuotas pendientes de amortizar, también en euros; se condene a la demandada al pago del exceso percibido desde la suscripción del préstamo en cada una de las cuotas y las que se devenguen en el futuro, a consecuencia del mecanismo multidivisa conforme al cálculo efectuado por el perito, cantidad que incluirá todas las comisiones y gastos indebidamente repercutidos a los demandantes, y que devengará el interés legal del dinero desde la fecha de devengo de cada una de las cuotas; y se condene a la demandada al pago de todos los gastos que la declaración de nulidad conlleve. d) Subsidiariamente, de no acogerse las anteriores pretensiones, se declare la resolución parcial del préstamo hipotecario suscrito por los demandantes con la demandada el 06.06.8, respecto de todas aquellas cláusulas que se refieran al mecanismo multidivisa, por incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales a cargo de la demandada, con condena al pago de los daños y perjuicios causados, consistentes en la pérdida sufrida por razón de dicho mecanismo, que esta parte cifra en el exceso percibido en cada una de las cuotas, y las que se devenguen en el futuro, a consecuencia del mecanismo multidivisa, desde la suscripción del préstamo, conforme al cálculo efectuado por el perito, cantidad que incluirá todas las comisiones y gastos indebidamente repercutidos a los demandantes, y que devengará el interés legal del dinero desde la fecha de devengo de cada una de las cuotas. De acogerse esta pretensión, se solicita asimismo: que se declare que el capital pendiente de amortización es el resultante de disminuir al principal prestado de 247.000 € la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses calculada en euros y aplicando el tipo de interés referenciado al Euribor más el 0,60 de diferencial, recalculándose, en consecuencia, las cuotas pendientes de amortizar, también en euros; y se condene a la demandada al pago de todos los gastos que la resolución parcial del préstamo conlleve. En todos los casos, se condene a la demandada al pago de las costas causadas.

Segundo.-Admitida a trámite la demanda, por Decreto de 27 de abril de 2017, se dio traslado a la parte demandada, emplazándola para contestar a la demanda, lo que hizo por escrito presentado el 19 de junio de 2017, en el que tras la alegación de hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, concluye solicitando del Juzgado resolución desestimatoria de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

Tercero.-Celebrada la preceptiva audiencia previa el 30 de enero de 2018, sin que entre las partes se llegara a una solución conciliada de la litis, continuó la misma por sus trámites, incluida proposición de prueba y oportuno pronunciamiento sobre su admisión, señalándose para la celebración de la Vista principal la audiencia del 3 de octubre de 2018.

Cuarto.-Celebrado el juicio en la fecha indicada, con la práctica de la prueba y tras formular las partes oralmente sus conclusiones quedaron las actuaciones vistas para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Acción ejercitada y causas de oposición

Como se ha avanzado en los antecedentes de hecho de esta resolución, la acción ejercitada en la demanda pretende, con carácter principal, la declaración de nulidad del clausulado multidivisa contenido en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes, y ello por considerar el mismo abusivo, por falta de transparencia; o subsidiariamente, su nulidad por error en el consentimiento de los prestatarios; en cualquiera de los casos con la declaración de que el capital pendiente de amortizar es el resultante de disminuir el principal prestado de 247.000 € la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses, calculada en euros y aplicando el tipo de interés referenciado al Euribor más el 0,60 de diferencial, con recálculo de las cuotas pendientes de amortizar, también en euros, y condena a la demandada al pago del exceso percibido desde la suscripción del préstamo en cada una de las cuotas y las que se devenguen en el futuro, a consecuencia del mecanismo multidivisa conforme al cálculo efectuado por el perito, cantidad que incluirá todas las comisiones y gastos indebidamente repercutidos a los demandantes, y que devengará el interés legal del dinero desde la fecha de devengo de cada una de las cuotas; así como la condena de la demandada al pago de todos los gastos que la declaración de nulidad conlleve. Subsidiariamente a las anteriores, se recoge una resolución parcial del contrato por incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales a cargo de la demandada, con condena al pago de los daños y perjuicios causados y de los gastos que tal resolución parcial conlleve. Y costas.

Los fundamentos que sirven de base tanto para la pretensión principal, como para las que de modo subsidiario se ejercita, vienen referidos a la aplicación de la normativa en materia de protección de consumidores y usuarios, el C.C. y la normativa en materia de Mercado de Valores.

Se afirma en la demanda que la hipoteca fue comercializada por la demandada con un comportamiento claramente omisivo, de ocultación y falta de información de circunstancias que les hubieran llevado a no celebrar el contrato. Se alega que los actores son clientes minoristas, sin conocimientos ni experiencia en materia financiera, habiendo incumplido la demandada sus deberes de información y comercialización de productos financieros y las normas imperativas de consumidores y usuarios.

Las causas de oposición a la demanda parten considerar que el riesgo de tipo de cambio lo conoce cualquier persona con la más básica educación, no siendo desconocido para el ciudadano medio que las divisas fluctúan con respecto a otras divisas, considerando imposible que los demandantes sufrieran error en cuanto al riesgo asumido, desde el momento en que manifestaron su interés en contratar un préstamo en yenes. Se defiende la correcta comercialización e información del producto, sosteniendo que la iniciativa para su contratación partió de los demandantes, que el riesgo de tipo de cambio es notorio, que se informó del riesgo a los clientes y las cláusulas del préstamo son meridianamente claras; se indica que no nos encontramos ante un producto de inversión, sino ante un contrato de financiación, sin que exista obligación alguna de asesoramiento posterior por parte de la

entidad ni de entregar en este caso oferta vinculante, y se postula que, en todo caso, se habrían realizado actos confirmatorios del contrato (solicitud de periodo de carencia); finalmente, se alega también caducidad de la acción de nulidad por vicio de consentimiento.

Segundo.-Hechos incontrovertidos y hechos probados

Es pacífico en la presente litis que los demandantes en fecha 06.06.08 suscribieron con la demandada una escritura de préstamo hipotecario para la financiación de su vivienda habitual ante el Notario de Madrid D. Carlos de Alcocer Torra, bajo su núm. de protocolo 2.699 (documento 6 de la demanda); dicho préstamo se concertó bajo la modalidad multidivisa, con el contenido que resulta de la escritura pública (documento 6), a cuyo contenido me remito íntegramente en aras a la brevedad.

Ha resultado también incontrovertido que mientras que en materia financiera. trabaja como conductor, es educadora, careciendo ambos de formación

También se acredita con la documentación obrante en autos, que con dicho préstamo vinieron a cancelar otro anterior suscrito en 2006 con la entidad Kutxa, con el que financiaban su vivienda habitual.

Tercero.-Naturaleza y características del préstamo “multidivisa” y normativa aplicable

Las hipotecas multidivisa han sido objeto de diversas resoluciones judiciales en los últimos años. javascript:showDocumentoContextualizar(71) Sobre su naturaleza este vino a sentar doctrina el Tribunal Supremo (Pleno), en su Sentencia de 30 de junio de 2015, que expresó en su fundamento séptimo:

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

El TJUE ha dictado una sentencia, la de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, que tiene por objeto una de estas hipotecas multidivisa. No obstante, al tratarse de una hipoteca multidivisa concedida a un consumidor, la citada STJUE aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, que en nuestro caso no es de aplicación por cuanto que, como ya se ha expresado, los demandantes no ostentaban la condición de consumidores en esta relación jurídica, por lo que no procede traer a colación dicha sentencia.

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.

7.-No es obstáculo para lo anterior que el art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores establezca que el art. 79.bis no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para

entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

Dicho art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores desarrolla el art. 19.9 de la Directiva MiFID , conforme al cual « *[e]n caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo*».

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., declaró que para aplicar la excepción del artículo 19.9 de la Directiva es necesario que el servicio de inversión haya estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información, constitutivas de legislación de la Unión Europea o de normas europeas comunes. Se dará este caso únicamente si el servicio de inversión formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto. Y precisó, asimismo, que lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto de la Directiva MiFID, y que determinaría la no sujeción a las obligaciones establecidas en dicha Directiva, debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate.

En consecuencia, no existiendo, cuando se concertó la operación, normativa comunitaria ni normas europeas comunes para entidades de crédito que establecieran unas obligaciones de información para las entidades financieras en relación a la concesión de préstamos en los que la determinación del importe de la cuota de amortización y el cálculo del capital pendiente de amortización en cada momento estuviera referenciado a una divisa extranjera, y que permitieran a los clientes la adecuada valoración del riesgo, la normativa reguladora de estos extremos era la normativa MiFID.

8.- Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación

con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar.

9.-En el presente caso, la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores, en concreto las relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando. La demandada ha sostenido a lo largo de todo el litigio que no estaba obligada a facilitar esa información porque la operación estaba excluida del ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores, lo que, como se ha visto, esta Sala no acepta.

10.-La siguiente cuestión que hay que resolver es la relativa a cuáles deben ser las consecuencias de esta infracción. La sentencia de esta Sala núm. 716/2014, de 15 diciembre, ha afirmado que la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C604/11, caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró que « *si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias* » y que, en consecuencia, « *a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]* ».

Decíamos en nuestra sentencia que, de acuerdo con esta doctrina del TJUE, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el art. 79.bis Ley del Mercado de Valores, al amparo del art. 6.3 del Código Civil. Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 .bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores). javascript:showDocumentoContextualizar(172)

Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato.

11.-Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente”.

Si bien dicha doctrina ha sido posteriormente corregida, a raíz del pronunciamiento sobre esta cuestión del TJUE, en sentencia de 03.12.15, que ya ha sido recogido por nuestro Alto Tribunal en recientes resoluciones, siendo paradigmática la reciente STS de la Sala Primera de 15.11.17 (Pte. D. Rafael Sarazá Jimena), que en su fundamento jurídico quinto expone:

“QUINTO.-Decisión de la sala. El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio 1.-La sentencia del pleno de esta sala 323/2015, de 30 de junio, declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente «hipoteca multidivisa»), es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Esta ley, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, traspone la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID). 2.-La posterior sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, declaró, por el contrario, que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que «no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad». 3.-Los argumentos que sirvieron de fundamento a esta decisión del TJUE fueron, sucintamente, que en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A de la Directiva MiFID (apartado 55). Estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago) (apartado 56). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (apartado 57). Tampoco estarían comprendidas en el concepto de «negociación por cuenta propia» al que se refiere la sección A, punto 3, del anexo I de la Directiva MiFID (apartado 58) ni forman parte de la categoría de «servicios auxiliares» del anexo I, sección B, de la Directiva MiFID (apartado 62), pues esto solo sucedería si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación (apartado 63) y tales operaciones de cambio no están vinculadas a un servicio de inversión (apartado 67), ni se refieren a uno de los instrumentos financieros del anexo I, sección C, de dicha Directiva (apartado 68). Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta

de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71). Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L., asunto C-604/2011 (apartado 73). Por último, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad (apartado 74).

4.-Los recurrentes han solicitado que se plantee cuestión prejudicial en la que se pregunte al TJUE si el préstamo hipotecario multidivisa objeto de este recurso es un préstamo que incluye un derivado financiero implícito en el sentido recogido en la normativa MIFID y en la NIC 39 incorporada al ordenamiento jurídico comunitario mediante Reglamento (CE) 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008. Consideran que la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, no ha aclarado la cuestión, puesto que el préstamo objeto del litigio principal en que se planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a esa sentencia no tiene las características del que es objeto de este recurso, por lo que el supuesto de hecho es diferente.

5.-No procede plantear la cuestión prejudicial por varias razones. La primera es que el Reglamento (CE) 1126/2008 no es relevante para resolver este recurso, no solo por razones temporales, sino también por razón de la materia sobre la que versa, la adopción de determinadas Normas Internacionales de Contabilidad. La segunda y fundamental es que, existan o no algunas diferencias entre el préstamo objeto del litigio principal en que se planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C312/14, y el préstamo que es objeto de este recurso, las razones por las que el TJUE, en esa sentencia, consideró que la operación no estaba regulada por la Directiva MiFID son plenamente aplicables al préstamo objeto de este recurso: las operaciones de cambio de divisa son accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato (el préstamo), sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste y el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano sino que se realiza sobre la base del tipo de cambio de estas divisas en la fecha de entrega del capital del préstamo o del vencimiento de cada cuota mensual de amortización.

6.-Que a efectos de las normas contables, concretamente de la NIC 39, un préstamo denominado o indexado en divisas constituya un instrumento financiero híbrido, al combinar un contrato principal no derivado y un derivado implícito en tanto que los flujos de efectivo del contrato principal se modifican de acuerdo con un tipo de cambio, no supone que constituya un instrumento financiero a efectos de la Directiva MiFID y del art. 2.2 de la Ley del Mercado de Valores. La sentencia del TJUE de 3

de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, ha afirmado que no lo es. 7.-Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, del pleno de esta sala, y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. 8.-Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria. Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso Banif Plus Bank. 9.-Al no ser de aplicación la normativa sobre el mercado de valores, la sentencia de la Audiencia Provincial no infringe los arts. 2.2 y 79 de la Ley del Mercado de Valores, que es la infracción que se denuncia en los motivos primero y sexto. Tampoco infringe el art. 6.3 del Código Civil en relación con el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores, por las mismas razones. 10.-En todo caso, y a efectos de argumentar la improcedencia de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con el efecto que debiera vincularse a la vulneración de esas normas, que los recurrentes pretenden sea el de nulidad radical, la sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/2011, caso Genil 48. S.L., en su apartado 57, afirma que, «si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias». En consecuencia, «a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]». 11.-En el segundo motivo se denuncia también la infracción del art. 6.3 del Código Civil con relación al art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de entidades de crédito y de la orden de 5 de mayo de 1994.

Esta impugnación no puede ser estimada puesto que, al igual que declaramos en las sentencias 716/2014, de 15 de diciembre, y 323/2015, de 30 de junio, con relación al incumplimiento de las normas que imponen los deberes de información respecto de los productos y servicios de inversión, la Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito y la Orden de 5 de mayo de 1994 no prevén la nulidad de los contratos bancarios en cuya concertación el banco haya incumplido los deberes de información, sino sanciones administrativas. El incumplimiento de los deberes de información que esta normativa impone a los bancos es relevante, como se verá más adelante, al realizar el control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores. 12.-Respecto del derecho a la vivienda digna que se recoge en los arts. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 47 de la Constitución, se trata de un derecho social de configuración legal. No estando discutido que tal derecho se encuentra efectivamente desarrollado por el ordenamiento jurídico infraconstitucional aplicable en este litigio, y que este respeta su contenido esencial, no puede analizarse su infracción independientemente de la infracción de esas normas legales que los desarrollan”.

Esta es, por tanto, una cuestión ya plenamente resuelta por nuestra jurisprudencia y no puede, por tanto, entenderse de aplicación en este caso la normativa del mercado de valores, debiendo acudir, en cambio, a la normativa en materia de protección de consumidores y usuarios, a la que habrá de estarse, en definitiva.

Cuarto.-Deber de transparencia

Es constante la doctrina jurisprudencial sobre el deber de transparencia en la contratación bancaria, y baste por todas reseñar la más reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 2015 (Nº de Recurso: 2658/2013 -Nº de Resolución: 705/2015-Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES-Roj: STS 5618/2015 ECLI:ES:TS:2015:5618) que expresa en su fundamento de derecho cuarto:

"1.-La doctrina emanada de las sentencias del Pleno de esta Sala 1ª números 241/2013, de 9 de mayo; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; y 139/2015, de 25 de marzo; y de la Sentencia 222/2015, de 29 de abril; ha tratado el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria ("cláusulas suelo"). Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado 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 prestación. 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.

javascript:showDocumentoContextualizar(78) 2.-El art.4.2 de la Directiva1993/13/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.

Como recordamos en la sentencia núm. 8438/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de18 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 comprensible »), 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.

3.-Las citadas sentencias de esta Sala han basado 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 TRLGCU, interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13 /CEE ; y hemos citado 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».

4.-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: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, 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)».".

Y esta imperatividad del principio de transparencia se expresa también, a título de ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, sección 11 del 26 de septiembre de 2016 (Sentencia: 421/2016 | Recurso: 679/2015 | Ponente: MARIA MARGARITA VEGA DE LA HUERGA-ROJ: SAP M 12945/2016 -ECLI:ES:APM:2016:12945) que reproduce la doctrina jurisprudencial.

Es decir, la información precontractual debe advertir de modo claro y comprensible de toda la carga económica del contrato y de cualesquiera elementos que puedan afectar a la misma durante toda la vida del mismo en cuanto puedan suponer prestaciones a cargo del consumidor.

Quinto.-Carga de la prueba sobre la información facilitada

También para delimitar los términos del debate resulta básico determinar a qué parte le corresponde acreditar en este proceso cuál fue la información real facilitada, debiendo concluirse que corresponde a la entidad financiera comercializadora demandada la carga de

probar que facilitó la información precisa, veraz y completa, tanto en aplicación del art.

217.3 LEC, como por tratarse tal deber de información de un deber legal y reglamentariamente definido, que le corresponde con carácter imperativo como profesional comerciante del área en que se produce la contratación; deber de información que además deberá cumplir las exigencias, no solo de un buen padre de familia, sino las más estrictas de un buen y ordenado empresario, al celebrarse el contrato en el curso de su actividad profesional desarrollada en el mercado con ánimo de lucro, como se reitera en la doctrina general del Tribunal Supremo al analizar el deber de información del empresario frente al cliente en relación con la diligencia debida y exigible de los arts. 1.101 y 1.104 CC, y que sirve para fundamentar tanto las acciones de responsabilidad contractual como la de resolución por vía del art. 1.124 CC.

Esta carga de la prueba de la comercializadora de los productos se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2015 (recurso de casación 1791/2012, ponente Pedro José Vela Torres) que refiere: "la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. Y como expresamos, igualmente, en la Sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios".

Asimismo la carga de la prueba de la entidad financiera se recoge con claridad en la sentencia de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, sección 11ª, del 26 de septiembre de 2016 (Sentencia: 421/2016 | Recurso: 679/2015 | Ponente: MARIA MARGARITA VEGA DE LA HUERGA-ROJ: SAP M 12945/2016 -ECLI:ES:APM:2016:12945) y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección: 6ª, de 25/04/2012 (Roj: SAP PO 1155/2012, Ponente: EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES) cuyo fundamento segundo refiere: "En relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros, y sobre todo en el caso de productos de inversión complejos, ha de citarse la STS Sala 1ª, de 14 de noviembre de 2005 en la que se afirma que la diligencia en el asesoramiento no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, y, en segundo lugar, la carga probatoria acerca de tal extremo debe pesar sobre el profesional financiero, lo cual por otra parte es lógico por cuanto desde la perspectiva de los clientes se trataría de un hecho negativo como es la ausencia de dicha información [...] Pero en algunas ocasiones la Ley concede un plus de protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y así ocurre en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3 y bajo la rúbrica "Concepto general de consumidor y de usuario", contiene la definición de "consumidor" a los efectos de la Ley diciendo que "A los efectos de

esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", concepto éste que inequívocamente corresponde aplicar a la actora. Debemos recordar que son derechos básicos de los consumidores y usuarios, entre otros, "La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios...".

O la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 10ª, de 13-2-2014, (nº 40/2014, rec. 495/2013. Pte: FERNÁNDEZ DEL PRADO, Mª ISABEL, EDJ 2014/14284) y otras de la misma sección de 15 y 22/1/2014, que insisten en que "En la entidad financiera recae la carga probatoria de que la información proporcionada a sus clientes sea completa, precisa y comprensible".

Tal carga de la prueba en la entidad financiera ha sido también declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, asunto C-449/13, que establece que corresponde al prestamista demostrar que ha cumplido sus obligaciones precontractuales de información, concluyendo que: "Las disposiciones de la Directiva 2008/48 deben interpretarse en el sentido de que (...) se oponen a una normativa nacional según la cual la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones prescritas en los artículos 5 y 8 de la Directiva (...) corresponde al consumidor, (...)", sentencia esta que se volverá a analizar más adelante.

Dicho esto, en el caso de autos se sostiene por la entidad demandada que fue de los demandantes la iniciativa para la contratación de este producto, así como que por su parte se informó adecuadamente a los demandantes, tanto de las características del producto, como de los riesgos que le eran inherentes.

Respecto de la primera cuestión, lo cierto es que en el presente caso no resulta trascendente de quién partió la iniciativa para la contratación de este producto, pues aun cuando hubieran sido los actores quienes hubieran demandado de la entidad bancaria este concreto producto, como postula la demandada, ello no exime a la entidad financiera de sus deberes legales de información respecto del mismo.

Y ello nos lleva a la cuestión de cuál fue la información facilitada a los demandantes sobre la naturaleza, las características y los riesgos de la hipoteca multivisa suscrita en el año 2008.

Ninguna prueba de la información suministrada ha realizado la entidad demandada, pues ninguna documentación de la fase precontractual aporta, que pudiera resultar reveladora de la información suministrada a los clientes antes de concertar el préstamo que aquí nos ocupa, resultando absolutamente insuficiente la incorporada a los autos, y ninguna otra prueba de otro carácter se ha practicado al respecto.

Pretende la demandada hacer valer como prueba de una adecuada información el hecho de que en la propia escritura de hipoteca se contengan, a juicio de la entidad bancaria, diversas menciones al riesgo de cambio, obviando que, en todo caso, el riesgo de cambio no es, ni mucho menos, el único riesgo de la operación que nos ocupa, y que las indicadas menciones, aun si pudieran alertar de la existencia del riesgo de cambio, no constituyen ni mucho menos

una explicación de en qué consiste tal riesgo y cuál puede ser su incidencia en la vida del préstamo.

Pues bien, lo cierto es que en este caso no existe ninguna prueba de la concreta información suministrada a los demandantes. No existe oferta vinculante del préstamo (cierto es que a la fecha no era obligatoria para este concreto préstamo). No existe ninguna otra documentación que traslade una concreta información a los demandantes y la que pudiera habersele transmitido por parte de la persona comercializadora del producto de forma verbal en su caso, ya que no obra documentada.

Y finalmente, tampoco puede entenderse subsanada esa falta de información con la firma de la escritura pública ante notario, toda vez que la misma adolece de una ausencia de información clara y transparente, dados los términos de su redacción.

Sexto.-Cláusulas relativas a la opción multidivisa del préstamo

Comenzando por el examen de las cláusulas recogidas en la escritura pública relativas a las divisas, tenemos, por un lado, que el expositivo primero de la escritura indica que la “parte prestataria” ha solicitado a BANKINTER, S.A. un préstamo de 247.000 €; seguidamente, la cláusula financiera primera (capital del préstamo), a cuyo tenor literal, que obra documentado en autos, me remito en aras a la brevedad, pero que en resumen viene a indicar que BANKINTER ha concedido a los prestatarios un préstamo multidivisa de 247.000 €, y continúa señalando que el préstamo inicialmente queda formalizado en yenes japoneses, fijando a efectos informativos su contravalor con el capital objeto del préstamo (40.429.108 yenes).

Seguidamente, la cláusula financiera segunda (amortización) viene a regular el plazo de amortización del préstamo y su forma de pago, indicando el importe de la primera cuota en yenes, así como la indicación de que la cuota mensual de modificarse el tipo de interés y/o la divisa se ajustará a la que resulte de dicha variación, y contiene asimismo la fórmula para el cálculo de la cuota, mediante el sistema francés.

La cláusula financiera tercera (devengo y cálculo de intereses), recoge el mecanismo de devengo, liquidación y pago de intereses, tanto para la opción en divisas, como para la opción en euros y regula también la forma de articularse la opción cambio de divisas.

Nos encontramos ante cláusulas predisuestas por la entidad bancaria, en cuya redacción ninguna intervención ha tenido la parte prestataria, cuya claridad y transparencia procede examinar.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la sentencia AP de Madrid, Civil sección 13 del 12 de septiembre de 2016 (Sentencia: 14/2016. RES: 353/2016'>353/2016 | Recurso: 14/2016 | Ponente: JOSE GONZALEZ OLLEROS -ROJ: SAP M 10733/2016ECLI:ES:APM:2016:10733):

"En nuestro caso, del análisis e interpretación del propio clausulado contenido en la escritura de suscripción del préstamo hipotecario multidivisa podemos concluir, que

se trata de una cláusula redactada por la entidad financiera sin intervención de los prestatarios, y que éstos tienen la condición de consumidores con arreglo a la normativa de consumidores y usuarios, que hemos citado, entonces vigente; de forma, que contrariamente a lo que afirma la recurrente, no podemos afirmar que su redacción sea clara y comprensible a fin de que los demandantes pudieran conocer con sencillez, tanto la carga económica, como jurídica que suponía el mecanismo multidivisa; y ello, como dice la precitada Sentencia de la A.P. de Barcelona, "tanto desde el punto de vista gramatical o de redacción, como de los riesgos concretos asociados a su concreto y determinado funcionamiento, máxime dadas las condiciones que concurren en el concreto y presente supuesto, en el que ningún conocimiento de la propia mecánica y operativa del mecanismo resulta tuvieron "[...] Y, si bien se explica con sencillez el mecanismo de cambio o de sustitución de la divisa elegida, y la forma en que pueden hacerlo los prestatarios en cualquier momento durante la duración del contrato, reflejando a tal efecto el Banco la liquidación correspondiente al cambio de la divisa que se sustituya al cambio vendedor y la que se introduce al cambio comprador (incluido el Euro), las cláusulas que se refieren no ya al cambio de moneda sino a la forma de calcular los intereses que se devengan en dichos supuestos, son complicadas y oscuras, pues parece de una parte que el referido cambio de divisa no va a suponer ninguna elevación en el importe del préstamo, y sin embargo la afectación a los saldos pendientes de cambio parece indicar justamente lo contrario".

Y en igual sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, sección 11 del 26 de septiembre de 2016 (Sentencia: 421/2016 | Recurso: 679/2015 | Ponente: MARIA MARGARITA VEGA DE LA HUERGA-ROJ: SAP M 12945/2016 ECLI:ES:APM:2016:12945) en un caso similar al presente expresa:

"En este supuesto y en atención a las concretas circunstancias concurrentes no es posible concluir que el prestatario-consumidor dispusiera de información clara, precisa, detallada y completa para comprender el real alcance del mecanismo de divisa y la correlación con los riesgos concretos asociados a la fluctuación de la divisa escogida en cuanto a las consecuencias económicas de dicha elección. Y ello a fin de poder evaluar las consecuencias económicas totales derivadas del funcionamiento de dicho mecanismo de modo comprensible, cabal, adecuado y con criterios precisos y comprensibles. Se trata de determinar si el contratante-consumidor tuvo completo, cabal y suficiente conocimiento de las consecuencias económicas en la relación entre dicho mecanismo de la elección de la divisa y las otras cláusulas relativas a la entrega/devolución del préstamo.

Esto es si el contratante tuvo completo conocimiento, basado en criterios detallados y comprensibles, sobre las consecuencias económicas que derivan de la elección de la divisa extranjera, especialmente en cuanto a la relación del cambio de la divisa sobre el capital pendiente de amortizar del préstamo; el real alcance de los riesgos asociados a la fluctuación de la divisa en toda su extensión.

[...] Todo ello no permite concluir que los prestatarios fueran conocedores de los riesgos derivados del cambio de fluctuación de la moneda en cuanto a la carga

económica y jurídica que asumían y, en especial, en cuanto a la repercusión del principal pendiente de amortizar; en suma, de las consecuencias económicas derivadas de la elección de la moneda extranjera. Y tampoco es revelador de su conocimiento del funcionamiento y riesgos del producto el que ambos por ser azafatos estuvieran acostumbrados a moverse en otras monedas. No consta que recibieran folleto o información precontractual suficiente, ni que se les realizaran simulaciones o ejemplos en cuanto a la información y las consecuencias derivadas del riesgo de fluctuación de la moneda y la paridad yenes/euros.

Por otro lado, si bien el Notario autorizante hizo constar "Leo esta escritura en alta voz a los comparecientes, advertidos del derecho que tienen de hacerlo por si, del que no usan y enterados de su contenido, así lo otorgan ...de que el consentimiento de los otorgantes fue libremente prestado, de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad, debidamente informada de los comparecientes...", ello no implica que la entidad financiera ofreciera al cliente -consumidor- información completa, adecuada y comprensible a fin de poder conocer, antes de la firma de la escritura pública, los concretos riesgos derivados del funcionamiento de dicha elección de la modalidad multidivisa, en cuanto al mecanismo propio de funcionamiento derivado de la fluctuación en su repercusión económica-jurídica. La simple intervención notarial, como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 no garantiza la comprensibilidad real ni el control y cumplimiento de ese deber especial y esencial de facilitar la información, clara, completa, adecuada en cuanto al funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa y muy especialmente la relación entre dicho mecanismo y el detallado por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo. Siguiendo los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013 , tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo (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 todo lo expuesto, a juicio de esta Sala y discrepando de la valoración de la prueba efectuada en la instancia, la entidad demandada no ha acreditado que haya obrado con la diligencia que legalmente le viene impuesta de informar a su cliente, con la claridad y exactitud que le es exigible, sobre la naturaleza y concretos riesgos asociados a la elección de la divisa escogida, más en concreto en cuanto a las concretas consecuencias derivadas del funcionamiento y riesgos derivados del tipo de cambio de la operación en la determinación del principal adeudado y las posibles modificaciones en cuanto a su cuantía a fin de que el consumidor pudiera evaluar con criterios claros, precisos, detallados y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo, sin que sea lícito desplazar en la parte actora la exigencia de una diligencia que excede de su cualificación, y que supondría, en la práctica, vaciar de contenido la normativa que regula las obligaciones que tienen en este concreto extremo las entidades financieras." En consecuencia, BANKINTER no ha acreditado que cumpliera los requisitos de información exigidos por la jurisprudencia referidos

al riesgo de fluctuación de la moneda ni que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado pendiente de amortización, ni de la 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.

Además, como se ha puesto de manifiesto anteriormente la reciente STS, Civil sección 1 del 06 de octubre de 2016 (Sentencia: 603/2016 | Recurso: 603/2016 '>2586/2014 | Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES -ROJ: STS 4290/2016 ECLI:ES:TS :2016:4290) ha insistido en la importancia de que la demandada por debe tal información, en particular sobre el aspecto esencial de los riesgos, y expresa: "1.-Tampoco puede admitirse la tesis de la entidad demandada relativa a que no era preciso advertir del riesgo del producto contratado, porque es un riesgo inherente a todo mercado de capitales e incluso a todo producto financiero no garantizado, puesto que la legislación impone que la empresa de servicios de inversión informe a los clientes, con suficiente antelación y en términos comprensibles, del riesgo de las inversiones que realiza. Para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento, no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos, no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente.

Igualmente, la inclusión en la orden de compra de una advertencia genérica sobre posibles riesgos no puede sanar la omisión de una obligación activa de información exigida expresamente por el ordenamiento jurídico".

Y asimismo se reitera la doctrina en las cuatro SSTS, Civil sección 1 del 14 de noviembre de 2016 (Sentencia: 666/2016 | Recurso: 666/2016 '>1024/2014 | Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES ROJ: STS 5108/2016 -ECLI:ES:TS :2016:5108) y de misma fecha y ponente, sentencias 667, 668 y 669.

Y en el auto aclaratorio de la sentencia del Tribunal Supremo, Civil, del 09 de mayo de 2013, de 03 de junio de 2013 (ROJ: AATS 5165/2013, Sentencia: 241/2013 | Recurso: 241/2013 '>485/2012 | Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS) se añade por el tribunal que: "13. También se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas."

A los efectos de describir qué ha de entenderse por información comprensible, clara y transparente, la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de fecha 23 de abril de 2015 (ECLI: EU:C:2015:262) en el asunto C96/14 ha expresado:

"41 Así pues, a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor no sólo la información sobre las condiciones del compromiso facilitada con anterioridad a la celebración del contrato, sino también la exposición de las particularidades [...], de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Así sucede en la medida en que, a la vista de esos dos tipos de elementos, el consumidor decidirá si desea vincularse contractualmente con un profesional adhiriéndose a las condiciones que éste haya redactado previamente (véanse, por analogía, las sentencias RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44; Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 70 y 73, y Matei, C-143/13 , EU:C:2015:127, apartado 74)." En similar sentido, resultan ilustrativas las sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 9ª, de 26-4-2006 (nº 168/2006, rec. 88/2006. Pte: Martorell Zulueta, Purificación (El Derecho EDJ 2006/305502)), y la sentencia del Tribunal Supremo de 17-6-2010, confirmando la anterior (Nº de Recurso: 1506/2006, Nº de Resolución: 375/2010, Id. Cendoj: 28079110012010100487) que recogen que: "»Es por ello que el análisis debe efectuarse con los parámetros legales apuntados y su interpretación jurisprudencial. El Tribunal Supremo, Sala Primera, en sentencia de 13 de marzo de 1999 -Ponente: O'Callaghan Muñoz, La Ley Juris: 3543/1999 -dice en relación con las condiciones generales de la contratación y el artículo 5.4 de la L 7/1998, de 13 de abril, que: "...deben ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, lo que significa que deben reunir el doble requisito de legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente". »Siendo así, es de ver que a la cláusula controvertida llegamos por el reenvío que se hace en la primera página del contrato de "Depósito de alta rentabilidad" cuando se advertía que el capital no estaba garantizado según las condiciones del anexo, lo que impide una primera percepción de su contenido de forma clara por parte del consumidor. Situada en el anexo al documento se aprecia -como indicara el Juzgador de Instancia en la declaración de hechos probados -que aun siendo la letra utilizada para su redacción superior en tamaño a la utilizada para las condiciones generales de la primera página del documento, sigue siendo pequeña -especialmente para personas de determinada edad -, siendo asimismo su extensión considerable, con uso de lenguaje financiero específico ("caída de cotización", "precio de cierre", "valor de cierre", expresión de "la diferencia con dos decimales y redondeándose al tercero al alza", "determinación de la comisión mediante cálculos de depreciación"...), y comprensión compleja para quien no se encuentra habituado al manejo de los términos lingüísticos referenciados. Por otra parte, y como se ha destacado con anterioridad, incluso se utilizan indebidamente alguno de ellos como es el caso de la palabra "comisión" con la que en realidad se describe la traslación al cliente de parte de las pérdidas generadas por la compraventa de los valores. Así lo entiende la Comisión Nacional del Mercado de Valores al resolver sobre las reclamaciones efectuadas, indicando expresamente que se hace en el documento "una utilización incorrecta de las palabras" que definen el

contrato, y, además, la existencia de contradicciones en el examen conjunto de las condiciones analizadas pues en la cláusula O del mismo anexo se establece que "el importe de la imposición será abonado..." en su totalidad al cliente, pese a que en el apartado correspondiente a las "comisiones" a favor de la caja depositaria, se prevé que la recuperación del capital sea inferior al inicialmente invertido. »Es cierto que el texto del Anexo es legible, pero su presentación invita -como ha acontecido en la mayor parte de los casos -a su firma sin lectura, por tratarse de un documento íntegramente impreso, en letra pequeña, distribuido en dos columnas y en el que únicamente se recoge como excepción al contenido impreso un número identificativo del contrato al que se une -en el encabezamiento, y un espacio para la recogida de las firmas a los suscribientes. Por otra parte, lo único que se resalta en mayúsculas es el nombre de las acciones de sociedades extranjeras a cuya evolución se vincula, la expresión "Depósitos de Alta Rentabilidad E-..." y el nombre de Caja Rural Valencia, que es lo que se percibe a primera vista por el lector. » A tenor de lo expuesto, y teniendo presente que la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores expresa, en relación con el contrato litigioso que su opinión es la de estar "ante una operación en la que no se ha ofrecido al cliente información clara, precisa y congruente para que éste pudiera hacer un juicio fundado de la inversión que se le proponía", calificando de mala práctica bancaria la seguida en este caso por Caja Rural Valencia, resulta imposible acoger los argumentos de la recurrente en orden a que la estipulación M integrada en ese contexto, reúne los requisitos legales de claridad y transparencia que predica la entidad, pues aun cuando sea físicamente legible no es fácilmente comprensible. No podemos acoger el argumento expresado en el recurso en orden a que el Registrador de Condiciones Generales de la Contratación y el Juzgador de Instancia desconozcan la realidad social por el mero hecho de que en el teletexto o en cualquier periódico cualquier consumidor español pueda acceder a la información bursátil, pues que esa información pueda obtenerse a través de tales medios o de internet no implica que todos los ciudadanos con cierta capacidad económica para poder invertir -disposición de ahorros -estén capacitados para comprender el alcance y contenido de esa información." Las mismas sentencias antes citadas de sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sec. 9ª, S 26-42006, nº 168/2006 , rec. 88/2006. Pte: Martorell Zulueta, Purificación (El Derecho EDJ 2006/305502), y la sentencia del Tribunal supremo de 17-6-2010, confirmando la anterior (Nº de Recurso: 1506/2006, Nº de Resolución: 375/2010, Id. Cendoj: 28079110012010100487) describen el contenido del deber de información en el área de la contratación financiera, que en aplicación de las resoluciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores debe ser clara, precisa y congruente, especificando que: "de la lectura de las resoluciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se extrae la conclusión de estar "ante una operación en la que no se ha ofrecido al cliente información clara, precisa y congruente para que éste pudiera hacer un juicio fundado de la inversión de que se proponía...". »Por otra parte, y como tuvimos ocasión de declarar en la sentencia de 14 de noviembre de 2005, en relación con la carga de la prueba del correcto asesoramiento e información en el mercado de productos financieros como los que constituyen el objeto de la presente litis: »"... Algunos autores señalan, incluso, que en el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuado asesoramiento debe pesar sobre el profesional financiero respecto del cual la diligencia exigible no

es la genérica de un buen padre de familia sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, conforme al contenido del artículo 2 de la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1999 del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrolla el Código de Buena Conducta y Normas de Actuación en la Gestión de Carteras de Inversión estableciendo que las entidades deben solicitar a sus clientes información sobre su experiencia inversora, objetivos, capacidad financiera y preferencia de riesgo-, sin que quepa la elusión de responsabilidad por parte de las entidades de inversión por razón del concepto genérico de "preferencia de riesgo" cuando las inversiones aconsejadas son incompatibles con el perfil inversor de un cliente y producen el resultado negativo de dañar su patrimonio...".

Pues bien, en el caso que nos ocupajavascript:showDocumentoContextualizar(123), con la simple redacción del clausulado recogido en la escritura y con el resultado de la prueba practicada en la litis, sólo cabe concluir que BANKINTER no ha probado en absoluto el correcto cumplimiento de sus deberes de diligencia y transparencia en interés de sus clientes, facilitando a los clientes de manera comprensible, información adecuada, suficientemente clara, sobre el producto contratado y sus riesgos, y en particular, sobre los riesgos asociados a la opción multidivisa recogida en la escritura.

Séptimo.-Riesgos principales de la hipoteca multidivisa

A juicio de esta juzgadora, y como viene siendo comúnmente aceptado por la generalidad de tribunales nacionales, 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.

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 español medio carece de información, así como 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. A ello habría que añadir que los demandantes sólo podrían entender el funcionamiento y los riesgos de lo que contrata si reciben la información adecuada sobre lo que significa realmente el riesgo de cambio de las monedas, cuyos efectos no siempre son evidentes, pese al impacto económico que luego supondrán después durante la vida del contrato, no sólo en las cuotas de amortización mensuales, sino en la eventual revalorización del capital prestado.

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. Índice de referencia, el LIBOR, cuya manipulación ya ha dado lugar a sanciones para alguna entidad bancaria (es un hecho notorio el caso de BARKLAYS BANK).

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 nocional) 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 referenciado a yenes japoneses, como es el caso, 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.

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 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 X euros ha reducido su deuda hasta esa cuantía de euros, cuando realmente no sólo no es así sino que su deuda era un % superior. A la fecha de la demanda, 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.

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 materia financiera y de mercado de divisas 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 la divisa 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 divisa 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, en este caso, yenes japoneses. 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.

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.

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 años de vida del préstamo, de una información difícilmente accesible. En teoría, cada una de las 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.

En pura teoría, un préstamo multdivisa puede atender a distintas configuraciones económicas y a distintas modalidades de asunción y reparto del riesgo de fluctuación de las monedas. En el préstamo multdivisa al que se refiere la demanda, el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en yenes japoneses no se limita realmente a ser una simple representación inicial del capital prestado, sino que ha actuado como factor de recálculo permanente del contravalor en euros del montante del capital debido en yenes japoneses, lo que provoca una pérdida total de referencias entre el activo (la vivienda hipotecada y la capacidad de pago del prestatario, valorados en euros) y el pasivo que lo financia, valorado en divisa extranjera, no sólo en una representación inicial, sino a lo largo de toda la vida del préstamo.

El activo financiado (vivienda) está valorado en euros en la propia escritura y es fácil conocer su valor, mediante una tasación o por comparación con otros inmuebles similares. Sin embargo, el pasivo que lo financia está afectado por múltiples variables y se modifica continuamente, incluso al alza, aunque se abonen las cuotas pactadas. El precio teórico del contrato para el prestatario es el tipo de interés, pero si tiene que asumir el riesgo de fluctuación de la moneda sobre el capital su contraprestación no es tan simple: el precio que debe pagar es el tipo de interés y el otro diferente cuyo valor no está determinado en el contrato, sino que se irá determinando en futuro sobre el precio de un concreto activo, que realmente hace las veces de activo subyacente: el tipo de cambio de las divisas.

Estas consideraciones, en el caso que nos ocupa, nos lleva a la consecuencia de considerar que los contenidos de la escritura referidos a la opción multidivisa no superan el control de transparencia y deben reputarse nulos por abusivos. En la aplicación de esta consecuencia jurídica deben distinguirse dos niveles:

a) Aunque se trata de contenidos que se refieren al objeto principal del contrato, **pueden ser objeto de control de abusividad precisamente por no superar el control de transparencia**. Como indica la STJUE de 30 de abril de 2014, *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*. Y este objetivo no se consiguió en la escritura. Las razones por las que se concluye en la no superación de ese control, ni el correlativo control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato son las que se exponen a continuación, siguiendo los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013:

Tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (*la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener*) ni la carga jurídica del mismo (*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*).

No existe documentación precontractual que incluya simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del LIBOR, del Euribor o del tipo de cambio euro/yen en el momento de contratar.

Tampoco existe documentación precontractual que contenga información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir-o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

La escritura no cumple (siempre en referencia a los contenidos multidivisa) los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez legalmente exigibles.

Aunque la parte prestataria pudo percibir que se trataba de contenidos que definían el objeto principal del contrato y que podían incidir en el contenido de su obligación de pago, no pudo tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo esos contenidos podían jugar en la economía del contrato.

No se garantizó que la información obtenida por la prestataria, en su condición de consumidora, le ofreciera la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

b) La falta de transparencia de esos contenidos no tendría por qué suponer necesariamente que estemos ante cláusulas desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor. La jurisprudencia comunitaria elaborada en la interpretación de la Directiva 93/13 ha ido perfilando los criterios que deben tenerse en cuenta al analizar la abusividad de una determinada cláusula, algunos de ellos generales, esto es, aplicables en principio respecto de cualquier cláusula, y otros específicos para cada una de las cláusulas más habituales en los contratos con consumidores, como la que fija el interés de demora o la del vencimiento anticipado. La STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C 415/11) es importante en cuanto recopila las indicaciones que expone sobre los criterios generales, en aplicación de los cuales deberá el juez nacional decidir el concreto carácter abusivo de una cláusula.

Pues bien, con carácter general, para cualquier cláusula incluida en un contrato de consumo y no negociada individualmente, habrá que tener en cuenta los siguientes parámetros: (i) La naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato. (ii) Todas las circunstancias que concurran en su celebración. (iii) Respecto de los parámetros de la "*buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato*", la Directiva únicamente fija los conceptos abstractos, por lo que habrá que atender a "*las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido*", mediante un "*análisis comparativo*" con el que podrá valorarse "*si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente*". (iv) Medios de los que dispone el consumidor "*con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas*". (v) Para constatar si se han respetado las exigencias de la buena fe, el juez nacional debe comprobar "*si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*". La aplicación de estos criterios al presente caso implica la **consideración de abusividad en los contenidos relacionados con la multidivisa**, por los siguientes elementos de juicio:

Es evidente el carácter no negociado de las cláusulas que regulan la aplicación de la opción multidivisa. Se trata de un clausulado general redactado unilateralmente por la entidad bancaria. En todo caso, correspondía a la entidad bancaria la carga de probar que estas concretas cláusulas fueron objeto de negociación individual, por lo que, no existiendo prueba alguna en este sentido, debe concluirse que nos hallamos antes cláusulas predispuestas y que se cumple el primero de los requisitos precisos para entrar el control de abusividad.

En relación con la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, es importante destacar que el contrato afecta a la vivienda habitual de la parte demandante.

Sobre las circunstancias de la contratación, se da aquí por reproducido el contenido del fundamento jurídico anterior sobre el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de sus obligaciones legales y del particular incumplimiento del deber de información. Dice la SAP Álava, Sección 1ª, de 9 de diciembre de 2013: *en el ámbito de la contratación o intervención bancaria, y, en general, de las entidades financieras, la importancia de la negociación previa y de la fase precontractual alcanza especial intensidad, exigiéndose un plus de atención y diligencia por parte de la entidad que comercializa u ofrece, y dentro de su actividad que no es gratuita, los productos financieros al informar al cliente, precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente*. O, en palabras de la SAP Baleares, sección 3, de 13 de noviembre de 2012 (ROJ SAP IB 2185/2012): *en el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor, la información es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual. Por ello el legislador obliga al empresario, el banco o la entidad financiera a desarrollar una determinada actividad informativa*.

Los parámetros de la "buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato": si entramos en el análisis comparativo exigido por el TJUE para valorar si -y, en su caso, en qué medida- estas cláusulas dejan a los consumidores en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente, la diferencia es sustancial. El artículo 1.753 CC, regulador del contrato de préstamo, establece que el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor *otro tanto de la misma especie y calidad*. Y el artículo 1.170 establece que el pago de las deudas en dinero debe hacerse en la especie pactada. Por tanto, el derecho aplicable en defecto de pacto impide que el acuerdo sobre la especie afecte a la clase de divisa en que se ha efectuado el préstamo y sobre todo, y esto es esencial, no puede modificarse el "tanto" de lo prestado.

En la comprobación de "*si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*", esta juzgadora considera que la respuesta sería negativa. Es evidente que un consumidor cuyos ingresos y gastos lo son exclusivamente en euros, que carece de formación en materia financiera y de cualquier relación con el mercado de divisas y que necesita financiación para conservar un bien básico, como lo es la vivienda, no asumiría conscientemente la posibilidad de deber más de lo que recibe y de obligarse a pagar cuotas cuya cuantificación no puede conocer sobre razonables parámetros de certeza si recibe una información completa, leal y equitativa sobre las consecuencias y riesgos que ello supone.

El desequilibrio apreciado perjudica al consumidor, por la precaria situación jurídica que ocupa en el contrato ante el riesgo de fluctuación de moneda y porque, como resulta de la documental, existe un perjuicio económico real que ha supuesto (i) el incremento sustancial de las cuotas a las que ha tenido que hacer frente, hasta el punto de precisar un período de carencia; (ii) la constatación de que a la fecha, con un préstamo tradicional en euros, el

principal pendiente de pago sería inferior a lo realmente debido con la aplicación de la cláusula multdivisa, como recoge el informe pericial acompañado a la demanda y ratificado en la Vista por su autor.

Nulidad del contrato

Se ejercita como pretensión principal la de nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario en divisas de 06.06.08, ha de tenerse presente que la demanda funda su pretensión de nulidad en la normativa del protección de consumidores y usuarios y en la consideración de que las cláusulas a que se refieren la demanda son abusivas. En concreto, por lo que respecta a las cláusulas relativas a divisas, por considerar que no superan el control de transparencia.

Las consecuencias jurídicas de la apreciación de tal abusividad o falta de transparencia de determinadas cláusulas de un contrato no son la nulidad total del referido contrato, salvo cuando el mismo no pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Es claro que el clausulado multdivisa afecta al objeto principal del contrato, pero no por ello constituye una condición esencial del mismo y se considera que el contrato puede subsistir perfectamente eliminando de él toda referencia a las divisas, por lo que el principio de conservación de los contratos debe llevarnos a rechazar la nulidad total del contrato, estimando la petición de nulidad parcial.

En primer lugar, ya el expositivo I de la escritura indica que la parte prestataria ha solicitado a BANKINTER un préstamo de 247.000 €, y la cláusula financiera primera indica que el capital del préstamo son 247.000 €, sin perjuicio de que posteriormente venga a referenciar dicho préstamo a una divisa extranjera, en este caso concreto yenes japoneses, se reconoce que el objeto del préstamo, el capital prestado, son 247.000 €. Por otra parte, la cláusula financiera tercerajavascript:showDocumentoContextualizar(256) distingue claramente una opción de devengo y cálculo de intereses en divisas (apartado A), y otra opción en euros (apartado B), recogiendo asimismo un tipo de interés sustitutivo en divisas (apartado C.1) y otro en euros (apartado C.2). Por lo que resulta perfectamente posible eliminar todas las referencias a las divisas contenidas en las tres primeras cláusulas financieras de la escritura, dada su nulidad, y que el contrato subsista sin necesidad de proceder a su integración ni cambiarlo en otra cosa distinta, con la regulación contenida en el mismo a euros. Por lo demás, la finca está tasada en euros y todas las cláusulas de garantía del contrato vienen referenciadas a euros, lo que redunda en la anterior conclusión.

Consecuencias de la nulidad del clausulado multdivisa

Consecuencia directa de la declaración de nulidad de las cláusulas referidas al mecanismo multdivisa, por su falta de transparencia, es el tener dichas cláusulas por no puestas en el contrato desde el momento mismo de la contratación. Ello conlleva que debe considerarse el préstamo cómo si siempre hubiera operado sin dicho clausulado, y en consecuencia, afectará al capital pendiente de amortizar, que, como se solicitad, será el resultante de disminuir al principal prestado (247.000 €), la cantidad amortizada en concepto de principal e interés, calculada en euros y aplicando el tipo de interés conforme a lo previsto en el contrato

(cláusula financiera tercera, apartado B). Debiendo procederse también al recálculo del cuadro de amortización pendiente. Y con condena a la demandada a reintegrar a los actores los importes percibidos en exceso, en su caso, desde la suscripción del préstamo en cada una de las cuotas devengadas, como consecuencia del mecanismo multidivisa, incluyendo todas las comisiones y gastos repercutidos indebidamente; importes que devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de devengo de cada una de las cuotas, incrementados en dos puntos desde Sentencia.

Costas

En virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de las costas devengadas responderá la entidad demandada.

FALLO

ESTIMO la demanda presentada por ASUFIN, en defensa de los intereses de sus asociados
frente a BANKINTER,
S.A., y en consecuencia:

DECLARO la nulidad de la totalidad del clausulado multidivisa incorporado a la escritura de préstamo con garantía hipotecaria objeto de autos, por su abusividad por falta de transparencia, y DECLARO que el capital pendiente de amortizar es el resultante de disminuir al principal prestado (247.000 €), la cantidad amortizada en concepto de principal e interés, calculada en euros y aplicando el tipo de interés conforme a lo previsto en el contrato (cláusula financiera tercera, apartado B); y CONDENO a la demandada a recalcular y rehacer, con exclusión del clausulado multidivisa, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con la parte demandante, con abono a los actores de los importes percibidos en exceso, en su caso, desde la suscripción del préstamo en cada una de las cuotas devengadas, como consecuencia del mecanismo multidivisa, incluyendo todas las comisiones y gastos repercutidos indebidamente; importes que devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de devengo de cada una de las cuotas, incrementados en dos puntos desde Sentencia; siendo de cuenta de la demandada todos los gastos que las anteriores declaraciones conlleven.

Todo ello con expresa condena en costas a BANKINTER, S.A.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2980-0000-04-0265-17 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 84 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2980-0000-04-0265-17

Así mismo deberá aportar justificante del pago de la tasa prevista en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forense.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Fernández Luis, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia núm. 84 de Madrid y de su partido.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

DILIGENCIA.

En Madrid, a ocho de octubre de dos mil dieciocho

Se extiende la presente para hacer constar que en el día de la fecha ha sido depositada la anterior sentencia en la Oficina Judicial una vez extendida y firmada por Su Señoría. Doy fe.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

descargado en www.asufin.com