

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 27 DE VALENCIA

Av. PROFESOR LOPEZ PIÑERO (CIUDAD DE LA JUSTICIA), 14º-5ª Dcha (zona AZUL)
(antigua Avd.Del Saler)

TELÉFONO: 96-192.90.37

FAX: 96-192.93.37

N.I.G.: 46250-42-2-2016-0008746

Procedimiento: Procedimiento Ordinario N° 000292/2016

SENTENCIA N° 000026/2017

MAGISTRADO-JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª MARIA ANGELES BARONA ARNAL

Lugar: VALENCIA

Fecha: ocho de febrero de dos mil diecisiete.

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado:

Procurador: ROLDAN GARCIA, JAVIER

PARTE DEMANDADA BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

Abogado:

Procurador: CALABUIG VILLALBA, PAULA CARMEN

OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios.

Vistos por Dª. MARIA ANGELES BARONA ARNAL, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia, los presentes autos de **Juicio Ordinario n° 292/16**, seguidos ante este Juzgado a instancia del Procurador D. Javier Roldan García en nombre y representación de [REDACTED] y con la dirección del Letrado D. José M.ª Carbonell Botella contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA representado por la Procuradora Dª Paula Villalba Calabuig y con la dirección del Letrado D. Ignacio Trillo Garrigues, se ha dictado la presente resolución con fundamento en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Procurador D. Javier Roldan García en nombre y representación de [REDACTED] se presentó demanda de juicio ordinario contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables terminaba solicitando que se dicte sentencia por la que:

a) Declare la nulidad, por falta de transparencia, de las “cláusulas multidivisa” contenidas en los dos préstamos hipotecarios, a saber, i) el de 4 de octubre de 2007, y ii) el de 4 de enero de 2008, identificados y extractados en el hecho primero del escrito de demanda, con su consecuente eliminación.

b) Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a:

(i) En primer lugar, fijar el importe de cada uno de los préstamos en la cantidad inicialmente pactada en EUROS, sin redenominación alguna al no haber operado nunca la cláusula multidivisa, es decir, (i) 110.000 € en global, para el préstamo suscrito el 4 de octubre de 2007; y (ii) 315.000 € para el préstamo suscrito el 4 de enero de 2008, por el otro lado.

(ii) En segundo lugar, que proceda a fijar el importe vivo del capital de ambos préstamos en EUROS, que a fecha 4 de enero de 2016 y de conformidad con el informe pericial de parte (pag 24) ascendería a:

- 100.145,47 € para el préstamo suscrito el 4 de octubre de 2007.
- 301.437,21 € para el préstamo suscrito en fecha 4 de enero de 2008.

Todo ello sin perjuicio de su concreción y actualización, de conformidad con las bases de cálculo sentadas en dicho informe pericial y con arreglo a las cuales y por una simple operación aritmética a los efectos del art 219.1 LEC se procederá a su liquidación, en sede de ejecución, a la fecha de declaración de sentencia.

(iii) En tercer lugar, que ordene la reintegración a la demandante de: la diferencia en capital, diferencia en cuotas, comisiones de cambio e intereses legales de estos últimos, pagados de más como consecuencia del efecto de la cláusula multidivisa: En este sentido a fecha 4 de enero de 2016 y de conformidad con el informe pericial (pag 24) dicha cantidad ascendería a:

- 29.479,33 € para el préstamo suscrito el 4 de octubre de 2007.
- 65.888,59 € para el préstamo suscrito el 4 de enero de 2008.

Todo ello sin perjuicio de su concreción y actualización, de conformidad con las bases de cálculo sentadas en dicho informe pericial y con arreglo a las cuales y por una simple operación aritmética a los efectos del art 219.1 LEC se procederá a su liquidación, con expresa inclusión de los intereses legales generados por cada uno de los cobros indebidos desde su devengo, en sede de ejecución, a la fecha de declaración de sentencia.

Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada por imperativo legal.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada emplazándola para que en el término de veinte días se persone en legal forma y la conteste.

Dentro del término concedido compareció la Procuradora D^a Paula Villalba Calabuig en nombre y representación de la parte demandada, personándose y presentando escrito de contestación a la demanda, en el cual tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideraba aplicables terminaba suplicando que tras los trámites procesales oportunos se dictara sentencia absolviendo al demandado de todas las pretensiones contenidas en la demanda con expresa condena en costas de la parte actora.

Y dictándose resolución por la que se tuvo por personado al citado Procurador en la representación que acredita y por contestada la demanda.

TERCERO.-Siendo el día y hora señalados comparecen las partes debidamente representadas y asistidas para la celebración de la audiencia previa. Manifestada por las partes la subsistencia de litigio y la imposibilidad de llegar a un acuerdo se le concedió sucesivamente la palabra a los efectos de que las mismas se pronunciaran sobre los extremos contenidos en los artículos 426 y 427 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y solicitado por las partes el recibimiento del pleito a prueba se acordó el mismo proponiéndose por las partes las pruebas que estimaron oportunas.

Señalada fecha para la celebración del juicio el día y hora que constan, quedaron debidamente citadas las partes.

CUARTO.-Siendo el día y hora señalada para la celebración del juicio comparecieron las partes debidamente representadas, procediéndose a la celebración de las pruebas admitidas en el acto de la audiencia previa, con el resultado que consta en autos. Tras ello se concedió la palabra a las partes para que formularan sus conclusiones quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Basa en síntesis la actora su pretensión de nulidad en los siguientes hechos:

1.- El 4 de octubre de 2007 suscribió un primer contrato de préstamo hipotecario con Banco Popular Español SA por importe de 18.1825.200 JPY, divisa contratada con su contravalor en euros 110.000 € (documento n.º 20) . La cláusula multidivisa queda incorporada en la cláusula primera del préstamo hipotecario pag 7.

2.- El 4-1-2008 celebró, como consecuencia de la subrogación de un préstamo anterior celebrado con el BBVA, un segundo contrato de préstamo hipotecario con banco popular por importe de 43.257.740,85 JPY, divisa contratada por su contravalor en euros 266.693,84 € (documento 21). La cláusula multidivisa queda incorporada en la estipulación primera pag 12. Este segundo préstamo hipotecario fue objeto de una ampliación el propio día 4 de enero de 2008(documento 22) por un importe total de 51.093.000 JPY, o su contravalor en euros 315.000 €. Dicho préstamo se constituye sobre la vivienda habitual (documentos 23 y 24).

3.- La cláusula multidivisa es de grandísima complejidad como para que un cliente minorista consumidor pueda razonablemente conocer la dinámica del mismo y es necesario que la entidad financiera lleve a cabo con especial diligencia el cumplimiento de su deber de información precontractual , lo que no se produjo. Se aporta pericial elaborada por D^a Nuria M.^a García Pascual (documento 25) .

4.- Se trata de una condición general de la contratación y de una cláusula no negociada individualmente y por lo tanto la incorporación de las mismas al contrato debió realizarse cumpliendo todas las exigencias tanto del control de incorporación como del control de transparencia lo que no se llevó a cabo.

5.- El Banco incumplió tanto los requisitos de información exigidos por la normativa de consumidores como por la normativa sectorial de aplicación.

Frente a tal pretensión opone la demandada con carácter previo la excepción de falta de legitimación activa y ello al considerar que tal y como se desprende de la escritura de subsanación y rectificación acompañada como documento n.º 3 de la contestación, son dos los

prestatarios en régimen absoluto de separación de bienes, no siendo por tanto aplicable el art 1385. 2 CC y sin embargo no acude como parte demandante [REDACTED] el segundo interesado en el contrato y no puede pues prosperar la acción trabada solamente por uno de ellos. Por lo que respecta al fondo se opone por cuanto:

a) Las cláusulas debatidas no son condiciones generales de la contratación sobre las que pueda llevarse a término el control de transparencia.

b) El perfil de la demandante, ya que en el informe del administrador concursal de la actora que se acompaña como documento n.º 3 a la demanda, consta que la concursada desempeña la actividad profesional de abogada por cuenta propia y tiene una fuente de ingresos actual derivada del arrendamiento de la vivienda de su propiedad y se encuentra dada de alta en el IAE.

c) Las operaciones de financiación no tuvieron por objeto la adquisición de la vivienda habitual de la actora, sino fincas para el desempeño de actividades de negocio.

d) La normativa MIFID no resultaba de aplicación porque cuando se suscribió el préstamo y su novación (4-10-2007y 4-1-2008) no se encontraba vigente, ya que fue traspuesta por la posterior Ley 47/2007 por un periodo transitorio de seis meses. Y tampoco había tenido lugar su desarrollo reglamentario RD 217/2008 de 15 de febrero y tampoco resultaban de aplicación las exigencias de la Orden Ministerial de 5-5-1994 al exceder el capital del préstamo en su contravalor a euros de los 25.000.000 pts que lo delimitaba.

e) La cláusula del importe del préstamo, de la subrogación y ampliación es fácilmente entendible por cualquiera.

f) La opción multidivisa que incorpora el préstamo es fácilmente entendible.

g) Se presume que quien decide endeudarse en otra moneda, apartándose de lo habitual que es endeudarse en la propia, es porque conoce los riesgos..

h) Una expectativa defraudada o un error en las previsiones no es una razón válida para anular el préstamo.

i) La pretendida integración del contrato supone aplicar lo que ya está previsto en él.

j) Pese a que no sería de aplicación el control de transparencia sobre las cláusulas impugnadas, incluso en ese caso podría llevarse a término porque la actora no tiene la condición de consumidor.

k) El riesgo del préstamo se trata con carácter preferencial en la escritura, los términos de la operación son claros y de ellos se deduce con nitidez su funcionamiento. Además la cláusula 1.3 del préstamo reconoce al prestatario la facultad de convertir la divisa en cualquier momento y la información contenida en la escritura es perfectamente entendible para un consumidor medio y durante la ejecución del contrato se ha remitido información periódica en la que se informaba sobre la fluctuación desfavorable de la divisa y su repercusión tanto en el principal pendiente de amortizar, como en la cuota y sin que haya existido queja alguna respecto de lo contratado.

SEGUNDO.- Por lo que respecta a la excepción de falta de legitimación activa, necesariamente ha de partirse de que tal y como se desprende de la escritura de rectificación de fecha 31-1-2008 [REDACTED] se constituye en deudor solidario y acepta

íntegramente el total contenido de las escrituras en las que erroneamente se había hecho constar su condición de avalista. Así pues hemos de partir de que [REDACTED] es deudor solidario junto a su esposa y hoy actora. Y en el presente caso, uno de los deudores solidarios está haciendo por vía de reclamación judicial una actuación que es útil al otro deudor solidario.

Ello supone que su legitimación tanto sustantiva, como, en particular, procesal o adjetiva deriva del art 1143 CC que habla de "cualquiera de los deudores".

El Tribunal Supremo ha establecido que el litisconsorcio necesario es el que viene impuesto por vinculaciones subjetivas que resultan inescindiblemente del derecho material y su importancia ha sido proclamada por la doctrina hasta el punto de ser esta institución procesal una creación jurisprudencial; pero en el bien entendido de que se trata de una excepción de fondo, perentoria, que de prosperar conduciría a una absolución en la instancia.

En los últimos años ha revisado su concepción del concepto del litisconsorcio necesario. Así, tras venir insistiendo en que el mismo supone una defectuosa constitución de la relación jurídica procesal, puntualiza que en realidad más que a la validez intrínseca de la expresada relación, afecta a la "inutilidad o infructuosidad" de la misma para conseguir la resolución de la cuestión de fondo e insistiendo en el alcance de la indefensión o perjuicio que se pueda causar a la parte que no acude (activa) o no es llamado (pasiva) al proceso.

Así, la STS de fecha 25 de Febrero de 1998 afirma que: " ...la violación de la doctrina jurisprudencial sobre la excepción o principio de litisconsorcio activo necesario. Siendo el litisconsorcio la situación en que hay una pluralidad de personas, como demandantes o como demandados, supone una acumulación subjetiva de acciones y se le aplicarán los requisitos del art. 154 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . El caso de varios demandantes es el litisconsorcio activo; el de varios demandados, el pasivo; pero solamente en este último se da litisconsorcio pasivo necesario, cuando la sentencia debe necesariamente pronunciarse respecto de varias personas conjuntamente y no respecto de una sola, pudiendo dejar en indefensión a aquellos que no han sido demandados y que les podría afectar . Pero no hay litisconsorcio activo necesario: nadie puede obligar a otro a que sea codemandante; distinto es el tema de los efectos de la sentencia, pero queda bien constituida la relación jurídico procesal en que uno o varios demandantes, con legitimación activa, como el presente caso, ejercitan una acción, sin que traigan, ni puedan traer, otros posibles interesados como codemandantes."

En este sentido, las STS de 23 de Octubre de 1989 y la de 22 de Diciembre de 1993 , en las que tras afirmar que se trata de una "figura" no prevista en la Ley desestima la alegación en tales términos: "...En cuanto a la falta de litisconsorcio activo necesario tiene declarado esta Sala que la figura del litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, inspirado, por el principio de que nadie puede ser condenado si no es oído; en efecto, como nadie puede ser obligado a litigar, ni solo ni unido a otros, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse en forma conjunta y mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa (legitimatio ad causam)".

En este sentido la Jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que la figura doctrinal del litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley, y no puede equiparse al litisconsorcio pasivo necesario, impuesto en su acogimiento jurisprudencial incluso de oficio, en defensa del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Pero a este efecto, como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo ni unido con otro, la consideración

de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda, no puede ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto, se traducirá en una falta de legitimación activa, que como tal carecería de un presupuesto preliminar a la consideración del fondo, pero basado en razones jurídico- materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria, pero nunca a una apreciación de la inexistente, legal y jurisprudencial excepción de litisconsorcio activo necesario".

Por todo ello procederá desestimar tal excepción , ya que existiendo una solidaridad expresa y contractual ningún defecto procesal se aprecia en que sea uno solo de los deudores el que demande mejores condiciones en la deuda y su reducción. .

En definitiva, en nuestro caso, no resulta necesaria la presencia en la parte activa del proceso del otro deudor, ni le perjudica su ausencia del proceso, ni se le puede obligar a que demande en conjunto con el otro deudor, cuando el resultado final del proceso le beneficiará en todo caso, dada la eficacia expansiva de la solidaridad. Por lo tanto, en beneficio de los dos deudores solidarios y siendo innecesaria la presencia activa de ambos en el proceso y no causando perjuicio alguno al deudor -no demandante su ausencia en el proceso.

TERCERO.- Entrando pues a examinar la cuestión de fondo suscitada, en primer lugar conviene hacer algunas consideraciones respecto a la naturaleza del producto contratado. Sobre la naturaleza de contrato de inversión de la hipoteca multidivisa ha de prevalecer la doctrina del Tribunal Supremo, cuyo estudio sobre el contrato se ajusta mejor al supuesto fáctico de autos que lo recogido en la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, dictada en el procedimiento C-312/14 . Así, la STS de 30 de junio de 2015 establece:

"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 « [debido 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 periodo 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 « en 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."

Asimismo, la Sentencia de 28 de marzo de 2016, de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid , efectúa también una definición del mismo expresando que "El préstamo hipotecario en una moneda extranjera, que puede revestir la forma "multidivisa", en que el prestatario dispone de la opción de cambiar a otra u otras divisas distintas de la inicialmente elegida, o "préstamo divisa", el cual no contiene tal opción y que precisa del consentimiento del prestamista para alterar la inicialmente elegida, se caracteriza por contener un tipo de interés variable con referencia al índice Libor, que está sujeto a la variabilidad de las fluctuaciones de los tipos de cambio y cotización de divisas. De modo que con la misma cantidad de euros se puede amortizar menos capital si el tipo de cambio es desfavorable al euro, por lo que para mantener el mismo nivel de reducción de capital es preciso aportar más cantidad de euros con la consiguiente subida de la cuota, pero que además, como efecto asociado a las fluctuaciones de los tipos de cambio, genera el riesgo de que el capital del préstamo no solo no se reduzca sino que se incremente, puesto que el tipo de cambio se aplica no solo a las cuotas periódicas de amortización sino al recalcule constante del nominal prestado, que no es una cantidad fija, sino una representación en la divisa elegida (yenes) de los euros recibidos, por lo que su cuantía puede experimentar un incremento notablemente gravoso pese al continuo pago de las cuotas".

En definitiva el contrato objeto de autos, se trata de un producto de inversión complejo, de riesgo y de difícil previsión en cuanto a su coste económico para un inversor no experto en los mercados financieros.

CUARTO.- Conforme lo anterior, y calificando el contrato como de inversión financiera, al contrato objeto de autos le resulta plenamente aplicable la normativa de la ley del Mercado de Valores 24/1988 en su versión anterior a su reforma por la ley 47/2007 para la introducción de la Directiva MIFID, dada la fecha de suscripción de los contratos, y, en concreto, su art. 79, la empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando

órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deben, entre otros principios y requisitos a los que han de atenerse en su actuación:

a. Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.

b. Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

c. Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios,

d. Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.

e. Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

f. Garantizar la igualdad de trato entre los clientes, evitando primar a unos frente a otros a la hora de distribuir las recomendaciones e informes.

g. Abstenerse de tomar posiciones por cuenta propia en valores o instrumentos financieros sobre los que se esté realizando un análisis específico, desde que se conozcan sus conclusiones hasta que se divulgue la recomendación o informe elaborado al respecto.

Lo establecido en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la toma de posición tenga su origen en compromisos o derechos adquiridos con anterioridad o en operaciones de cobertura de dichos compromisos, siempre y cuando la toma de posición no esté basada en el conocimiento de los resultados del informe.

h. Dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

Además, hemos de tener en cuenta que , también se encontraba vigente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios (vigente hasta el 17 de febrero de 2008, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre,), en cuyo ANEXO, se recoge el "Código general de conducta de los mercado" de valores" (aplicable por referencia del art 2) y en cuyo art 5 se establecía que "1. Las Entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y

acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos. 5. Las Entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente. Sólo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los clientes.". Además, el artículo 14 del precitado Real Decreto 629/1993 regula los "Contratos tipo" estableciendo que "2. Los contratos-tipo deberán contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustadas en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores, y, en general, los requisitos que, según las características de la operación de que se trate, se establezcan por el Ministro de Economía y Hacienda."

Y también estaba vigente la normativa sobre transparencia de operaciones financieras, OM de 5 de mayo de 1994 aplicable aunque el importe del préstamo solicitado sea superior a 25 millones de pesetas, o su equivalente en divisas pues el requisito de que fuera inferior fue suprimido por la Ley 41/2007 al modificar el mencionado precepto que declaró aplicable "con independencia de la cuantía". Derogación totalmente acorde con la condición de consumidor del cliente y mostrarse contrario dicho requisito a la finalidad principal de la norma de proteger al prestatario que suscribe un préstamo hipotecario, sobre todo cuando el préstamo está denominado en divisas, pues cuanto mayor sea el capital prestado en la misma proporción se incrementa el riesgo asumido por aquél, exigiéndose por tanto a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de dicha Orden -artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo -artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento.

También es aplicable La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en las reformas efectuadas con anterioridad a la perfección del contrato (artículos 1 , 10 y 13) así como la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (artículos 1 , 2 , 5 , 6 , 7 , 8 y Disposiciones Adicionales Primera y Segunda, que modifican la Ley 26/1984 y la legislación hipotecaria) aplicación que refrenda la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de febrero. En el referido artículo se dispone que los contratos entre las entidades de crédito y la clientela se formalizarán por escrito debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y sus derechos ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras (a); imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito (b); efectuar la publicación regular, con carácter oficial, de

determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a préstamos a intereses variables (c); determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, tal información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si se ajustan a sus necesidades y cuando puede verse afectada su situación financiera (d). El apartado 3 del artículo 48 establece que las disposiciones que puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias contempladas en el número 2 no podrán ofrecer un nivel de protección de la clientela inferior al que derive de las disposiciones que se aprueben por el Ministro de Economía y Hacienda al amparo de dicho número.

En todo caso, para la resolución de este concreto asunto no es determinante que sea de aplicación la normativa MIFID o no, por cuanto el TS en la citada Sentencia de 30 de junio de 2015 afirma que "la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11 (LA LEY 43524/2013), caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró que «si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 (LA LEY 4852/2004) 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 (LA LEY 4852/2004), 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)».

Sentada la normativa aplicable, y respecto al alcance del deber de información que pesa sobre la entidad bancaria, la STS del pleno de 8-9-2014 ha expresado:

"13. Significación y alcance de los deberes de información . Ya tuvimos ocasión de explicar en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, que "(o)rdinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".

Y también la STS de 12-1-2015 que establece: "La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales."

Y en cuanto a la calidad y forma de tal información, en particular sobre el aspecto esencial de los riesgos, el Ts en sentencia de 6-10-2016 dispone:

"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."

Partiendo de tales premisas, en el presente caso es de resaltar lo acaecido en el seno de las diligencias preliminares previamente seguidas y que es reveladora de la actitud de la demandada a la hora de proporcionar la información requerida. Y de la documentación aportada y facilitada en su día para poder interponer la demanda no constaba ni simulaciones de escenarios con el comportamiento previsible tanto del índice de referencia como de la divisa referenciada que permitieran una comprensibilidad real de su importancia durante la vida del contrato y tampoco consta entidad y que en definitiva y dada la complejidad del producto la actora fuera consciente, por haber recibido una información clara al respecto que dependiendo de la evolución del mercado de divisas puede acabar incluso incrementando el capital del préstamo inicialmente contratado, como finalmente ha ocurrido en el presente caso. En definitiva, no consta debidamente acreditado que la entidad demandada cumpliera de forma efectiva con los deberes de información que le afectaban.

QUINTO.- Instada la nulidad por falta de transparencia, hemos de partir del hecho de que el Tribunal Supremo ha consolidado ya su doctrina, estableciendo, en la Sentencia del Pleno de 24 de marzo de 2.015, por un lado, que a las condiciones generales que regulan el precio y su contraprestación, le es aplicable "un doble control de transparencia", puesto que "además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical", el control de transparencia que "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".

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, instauró ya la misma interpretación de la Directiva, 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 una

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), por lo que concluye en el fallo que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo", doctrina que ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 .

Pues bien, si combinamos la exigencia de información y la del doble control de incorporación y transparencia, resulta que ningún tipo de información, más allá del contenido de la propia escritura, se ha ofrecido a los prestatarios sobre una operación en sí misma de alto riesgo para sus intereses, siendo insuficiente a estos efectos la firma de un documento donde de forma genérica y sin ningún apoyo complementario.

No se ha aportado por el banco, que es quien tiene la disponibilidad probatoria, el expediente formado para estudiar la solicitud y concesión del préstamo. El préstamo multidivisa, según sostiene la actora le fue ofrecido por el director de la entidad con quien sostiene mantenía una relación de confianza y que refiere le manifestó que “ así pagaría menos cuota...”, extremo negado por el empleado de la entidad [REDACTED] quien sostiene que fue la actora quien lo solicitó expresamente, en cualquiera de ambos supuestos y dado el perfil de la actora subsiste el deber de información de la entidad financiera y a la vista del propio testimonio del empleado de la demandada y quien continúa vinculado con tal entidad , en modo alguno puede sostenerse que tal información fuera clara, real y completa y que en definitiva en base a la misma tuviera la actora posibilidad de conocer los riesgos de la operación, riesgos que están pormenorizados respecto a la concreta operación en el informe pericial emitido por la perito D^a Nuria García Pascual, y así en algunos periodos la actora ha llegado a adeudar más capital del solicitado inicialmente.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 , citando otras tales como la STS 861/2010 o 406/2012 , señaló que el hecho de que las cláusulas se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, como es el caso que nos ocupa, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo y las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC-"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, 7 LCGC-"no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]".

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.

Pues bien este conocimiento real exigía como ya se ha razonado que, con claridad, se hubiera puesto de manifiesto, no solo cual es la referencia del interés con los efectos que ello implica en el cálculo y fluctuación de la cuota mensual a satisfacer, si no que el préstamo se efectúa en otra divisa, en yenes, con la repercusión que la variación que esa moneda supone en cuanto al capital adeudado, información que nada apunta a que se facilitara. Resulta obvio esta información de especial interés pues el cambio de divisa puede suponer en función del cambio entre las monedas en ese momento que el capital adeudado se incremente y esta repercusión, insistimos de este tipo de hipoteca, exige, cuando se trata de clientes "no profesionales", una información sobre dichos riesgos, atinentes tanto al capital como a los intereses.

Insistir en la trascendencia de la S.T.S de 24 de marzo de 2015 recogiendo la doctrina sentada por las SSTs de 8 de septiembre de 2014, 9 de mayo de 2013 y 18 de junio de 2012 cuando establece lo siguiente:

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

3.- El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de 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".

Precisamente, en el análisis del control de transparencia de las cláusulas insertas en las escrituras de constitución de préstamos hipotecarios, la STS de 9 de mayo de 2013 señalaba que "la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (vigente cuando se formalizó la escritura objeto de autos y hoy sustituida por la O.M. EHA/2899/2011, 28 octubre), "garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor".

En definitiva ninguna prueba existe que permita inferir que la actora era plenamente conocedora de los riesgos derivados del cambio de fluctuación de la moneda en cuanto a la

carga económica y jurídica que asumía el prestatario 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 resulta insuficiente las menciones preestablecidas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas preestablecidas por el profesional. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista. La STS de 12 de enero de 2015 pone de relieve la escasa relevancia de las menciones estereotipadas y predisuestas por quien debe dar la información. En definitiva, no es más que una cláusula modelo estereotipada, no adaptada a las circunstancias concretas de cada cliente y operación que, conforme a las reflexiones apuntadas, no es suficiente ni tiene la virtualidad de evidenciar o demostrar que la actora era plenamente consciente y conocedor del alcance y de los riesgos de la operación ante la sesgada e incompleta información recibida.

Por otro lado precisar que la 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 la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, ni la carga jurídica del mismo.

Partiendo de todo ello, procede decretar la nulidad parcial del préstamo hipotecario de autos, nulidad parcial que conlleva que, aún sin la parte afectada, el contrato pueda subsistir siempre que los contenidos afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para afirmar que aún sigan concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. Concurriendo tales condiciones, el negocio puede por tanto subsistir, como se deduce de la doctrina plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que entendió que la nulidad de las cláusulas suelo en el caso analizadas no había de comportar la de los contratos en los que se insertaban, por no imposibilitar "su subsistencia".

Todo ello comporta la nulidad de la cláusula multdivisa y el efecto de dicha nulidad será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la hipoteca si bien referenciada en EUROS, operando por ello como un préstamo en euros referenciado al euribor.

SEXTO.- La estimación de la demanda comporta conforme a lo dispuesto en el art 394 Lec la imposición de costas a la parte demandada.

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

FALLO

Que estimo la demanda formulada por el Procurador D. Javier Roldan García en nombre y representación de [REDACTED] contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA , y en consecuencia:

a) Declaro la nulidad, por falta de transparencia, de las “ cláusulas multidivisa” contenidas en los dos préstamos hipotecarios, a saber, i) el de 4 de octubre de 2007, y ii) el de 4 de enero de 2008, identificados y extractados en el hecho primero del escrito de demanda, con su consecuente eliminación.

b) Como consecuencia de lo anterior, condeno a la demandada a:

(i) En primer lugar, fijar el importe de cada uno de los préstamos en la cantidad inicialmente pactada en EUROS, sin redenominación alguna al no haber operado nunca la cláusula multidivisa, es decir, (i) 110.000 € en global, para el préstamo suscrito el 4 de octubre de 2007; y (ii) 315.000 € para el préstamo suscrito el 4 de enero de 2008, por el otro lado.

(ii) En segundo lugar, procede fijar el importe vivo del capital de ambos préstamos en EUROS, que a fecha 4 de enero de 2016 y de conformidad con el informe pericial emitido a instancias de la actora (pag 24) ascendería a:

- 100.145,47 € para el préstamo suscrito el 4 de octubre de 2007.
- 301.437,21 € para el préstamo suscrito en fecha 4 de enero de 2008.

Todo ello sin perjuicio de su concreción y actualización, de conformidad con las bases de cálculo sentadas en dicho informe pericial y con arreglo a las cuales y por una simple operación aritmética a los efectos del art 219.1 LEC se procederá a su liquidación, en sede de ejecución, a la fecha de declaración de sentencia.

(iii) En tercer lugar, procede la reintegración a la demandante de: la diferencia en capital, diferencia en cuotas, comisiones de cambio e intereses legales de estos últimos, pagados de más como consecuencia del efecto de la cláusula multidivisa: En este sentido a fecha 4 de enero de 2016 y de conformidad con el informe pericial (pag 24) dicha cantidad ascendería a:

- 29.479,33 € para el préstamo suscrito el 4 de octubre de 2007.
- 65.888,59 € para el préstamo suscrito el 4 de enero de 2008.

Todo ello sin perjuicio de su concreción y actualización, de conformidad con las bases de cálculo sentadas en dicho informe pericial y con arreglo a las cuales y por una simple operación aritmética a los efectos del art 219.1 LEC se procederá a su liquidación, con expresa inclusión de los intereses legales generados por cada uno de los cobros indebidos desde su devengo, en sede de ejecución, a la fecha de declaración de sentencia.

Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de **APELACIÓN** ante este Tribunal (artículo 455 LEC), dentro del plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente a su notificación. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (art. 458 LEC).

INFORMACION SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR

De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de apelación contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50 €, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco BANCO SANTANDER, en la cuenta correspondiente a este expediente nº 4084/0000/02/0292/16 indicando, en el campo “concepto” el código “02 Civil-Apelación” y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA

En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274), se indicará en el campo “concepto” el número de cuenta el código y la fecha que en la forma expuesta en el párrafo anterior.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase.

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

Llévese el original de esta resolución al Libro de Sentencias Civiles, que al efecto existe en la Secretaría de este Juzgado, quedando en las actuaciones testimonio de la misma.

Así por esta sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado-Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia; doy fe, en Valencia, a ocho de febrero de dos mil diecisiete.