

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 44 DE MADRID

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 6 - 28020

Tfno: 914932857

Fax: 914932859

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0155133

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 948/2016

Materia: Contratos en general



(01) 30844465725

Demandante:: [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO

ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS

PROCURADOR D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO

Demandado:: CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

SENTENCIA Nº 37/2017

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. Mª JOSE LORENA OCHOA VIZCAINO

Lugar: Madrid

Fecha: nueve de febrero de dos mil diecisiete

Doña Lorena Ochoa Vizcaíno, Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia nº 44 de Madrid y su partido judicial, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 948/16, sobre nulidad contractual, promovidos por el Procurador de los Tribunales Don Ramón Valentín Iglesias Arauzo en nombre y representación de la entidad “Asociación de Usuarios de Servicios Financieros” (Asufin) en nombre e interés de su asociada [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad “Bankinter, S.A.” representada por el Procurador Don Miguel Ángel Montero Reiter.

HECHOS

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales Sr. Iglesias Arauzo en la representación que tiene acreditada, se formuló demanda de Juicio Ordinario, sobre nulidad contractual, contra la entidad demandada en el encabezamiento expresada, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a la parte demandada, quien compareció y contestó en el plazo concedido al efecto, oponiéndose a la demanda con base en los hechos y razonamientos jurídicos que estimó oportunos.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa prevenida en la Ley, la misma tuvo lugar en el día señalado, ratificando las partes sus respectivos escritos de demanda y contestación e interesado y acordado el recibimiento del pleito a prueba, propusieron las consideradas oportunas, admitiéndose las estimadas pertinentes.

CUARTO.- Citadas las partes al Juicio prevenido en la Ley, el mismo se llevó a efecto el día señalado, practicándose las pruebas admitidas, con el resultado que obra en autos y formulando las partes sucintamente sus conclusiones respecto de las pruebas practicadas, quedando los autos conclusos para sentencia, habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora en el presente procedimiento una acción de nulidad contractual, con fundamento en los artículos 6.3, 1.261, 1.265, 1.1266 y 1.303 del CC, Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de Contratación, Directiva 2004/39/CE de 21 de abril del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados de instrumentos financieros, TRLGDCU 1/07 de 16 de noviembre, Ley 24/88 de 28 de julio reguladora del Mercado de Valores 24/88 de 28 de julio, en su redacción dada por la Ley 47/07 de 19 de diciembre y refundida por TR aprobado por RD Legislativo 4/15 de 23 de octubre, RD Legislativo 217/08 de 15 de febrero de régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión, RD 629/93 de 3 de mayo de normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, Ley 26/88 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, Orden Ministerial de 5-5-94 y Ley 36/03 de 11 de noviembre de medidas de reforma económica, una acción de nulidad contractual, interesando que se declare la nulidad o anulabilidad de la cláusula u opción multidivisa del préstamo hipotecario multidivisa suscrito con el asociado en cuyo interés se actúa, y en su caso, de cuantas novaciones o carencias se hubieran suscrito, bien sea por el incumplimiento de normas imperativas o prohibitivas, bien sea por el dolo con que operó la entidad o el error en que incurrieron los consumidores en la suscripción de este producto o, subsidiariamente por la declaración de abusividad o falta de transparencia de dichas cláusulas, en los términos descritos en la demanda. Solicita también que se declare la nulidad o no incorporación del resto de las cláusulas insertas en el contrato consideradas abusivas o poco transparentes.

Como consecuencia del anterior solicita que se condene a la entidad demandada a eliminar de su contrato dicha opción multidivisa y sus accesorios o cualquier otra que, con independencia de los términos en que esté redactada y el nombre que se les dé, produzca el mismo efecto y a prohibir su utilización futura. Idénticamente que se condene a eliminar del contrato el resto de cláusulas consideradas abusivas.

Igualmente y como consecuencia de ello, interesa que se condene a la entidad demandada a recalcular el importe pendiente de amortizar a través de un cuadro de amortización en euros, referenciado al tipo de interés y diferencial previsto para este supuesto en el contrato, así como a devolver a la prestataria las cantidades que se hubieran cobrado en exceso, en virtud de las cláusulas declaradas nulas, actualizado con los intereses legales correspondientes, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, adoptando al efecto las medidas necesarias para ello, como la elaboración de la tabla comparativa entre lo efectivamente abonado por todos los conceptos y lo que tendría que haber abonado, corriendo con todos los gastos que se deriven del cumplimiento del fallo.

A tenor de lo previsto en el artículo 22 de la LCGC para el caso de estimarse la nulidad de las cláusulas conforme a dicho precepto, interesa que se dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, para la inscripción de la sentencia estimatoria en el mismo.

De manera subsidiaria solicita que se declare el incumplimiento de la demandada de las obligaciones contractuales que le son inherentes, entre otras las relativas a la información durante todo el contrato y, en consecuencia, se condene a la entidad a indemnizar al cliente en los daños y perjuicios producidos y demás consecuencias legales. También de modo subsidiario para el caso de que se considere conforme a derecho el contrato litigioso y se considere que la demandada no podía prever el cambio radical y sobrevenido de las circunstancias económicas que habían dado lugar a la suscripción del contrato, interesa que se aplique la cláusula “rebús sic stantibus” reduciendo la deuda pendiente de pago en relación con la hipoteca multdivisa que el consumidor representado tiene suscrita con la demandada, según las pautas indicadas anteriormente o el mejor criterio del juzgador.

Subsidiariamente solicita que se declare resuelto el contrato en su parte referida al derivado financiero con indemnización de los daños y perjuicios causados, consistente en la pérdida sufrida por razón del derivado financiero hasta la fecha, cuya liquidación debe realizarse en ejecución de sentencia.

Como fundamento de su pretensión alega la parte actora que doña [REDACTED] se encuentra actualmente de jubilada y ha desempeñado una dilatada vida laboral como secretaria en [REDACTED] actualmente [REDACTED]. Su nivel de estudios corresponde al antiguo Preu, careciendo de formación específica en mercados financieros. Tampoco tiene ingresos en divisas, siendo el euro su moneda funcional y carece de inversiones especulativas vinculadas a cambios de divisas. Es una cliente que debe ser calificada como inversora minorista.

En 2007 [REDACTED] que disponía previamente de otra vivienda, decidió adquirir una segunda vivienda para fijar en ella su residencia habitual, en la localidad de [REDACTED] (Madrid). Al no conseguir vender su vivienda anterior a un precio razonable, acudió a una sucursal de Barclays para informarse sobre las posibilidades de financiación, bajo recomendación de su cuñada [REDACTED] que llevaba muchos años de relación con la entidad y era de total confianza para la familia. En la sucursal comentaron a [REDACTED] la posibilidad de contratar una hipoteca multimonedada, efectuando como única observación que la cuota mensual podría variar según la evolución de la paridad de la moneda elegida,

recomendando por su estabilidad el franco suizo/euro, no debiendo preocuparse porque las oscilaciones eran pequeñas y la economía de Suiza muy estable y si en un momento dejaba de serlo, podría pasar a otra divisa o volver al euro sin problema, contando con el asesoramiento de la entidad durante toda la vida del producto.

Reiteró [REDACTED] a la persona que le atendió [REDACTED] que tenía especial preocupación por no pagar las cuotas muy elevadas pasado el plazo inicial, utilizando para la operación como garantía su vivienda habitual. Se le ofreció por ello contratar la hipoteca en divisa extranjera al pagar una cuota más baja mensual que con una hipoteca tradicional, siendo menor el tipo de interés, ya que el libor se encontraba varios puntos por debajo del euríbor, y teniendo en cuenta la paridad euro/franco suizo. Se ofrecieron datos sobre la situación de dicha paridad y que se esperaba de ésta es en los años siguientes, siendo informada que en caso de cambiar las previsiones, podía volverse ningún problema al euros, pagando la comisión correspondiente. Indicó la entidad que era un préstamo para clientes que no necesitasen financiación por encima del 50%-70% o excepcionalmente hasta un máximo de 80% del valor de tasación.

La vivienda de [REDACTED] fue tasada en 346.000 € y el préstamo se fijó en 270.000 €, otorgándole 63% de financiación. Basó [REDACTED] su decisión en la confianza en la entidad, no teniendo ningún asesoramiento externo. Para formalizar la compra-venta acudieron dos veces al notario, primero con el propietario de la vivienda a adquirir, al centro de firmas de Barclays autorizando el notario la compra-venta el 21 junio 2007. Al día siguiente acudió al mismo centro de firmas de la entidad [REDACTED] con el representante de la entidad bancaria y formalizó el 22 junio 2007, la escritura de préstamo hipotecario en multidiswas, ante el mismo notario que el día anterior.

Se concedió capital por importe de 270.000 €, por su contravalor en francos suizos, 449.010, a 19 años, con un tipo de interés de referencia pactado libor +0,50%. La comisión por tipo de cambio desde 0,2% sobre el capital del préstamo objeto de conversión, con un mínimo de 9,02 €. El tipo de interés de demora es de seis puntos porcentuales por encima del tipo de interés vigente en el momento de entrar el deudor en situación de mora, con un mínimo del 18%.

La firma ante notario duró escasamente 15 minutos, no realizando el mismo ninguna advertencia especial sobre esos riesgos, efectuando una lectura rápida y poco detallada de los aspectos esenciales. Se firmó la escritura según minuta facilitada por la entidad, sin las advertencias que exige la Orden Ministerial del 5/5/92 y específicamente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio (Art. 7.3.5), incumpliendo la obligación de asesoramiento inherente a la función notarial (30.3.c) de la Orden EHA/2899/2001 de 28 octubre, que impone al notario informar al cliente de cualquier aumento relevante que pueda producirse en las cuotas, como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas.

El contrato carece de la información completa y adecuada sobre los riesgos reales del producto con menciones de exoneraciones de responsabilidad a la entidad por lo que pueda suceder a lo largo de la vida del contrato, asumiendo el cliente conocimientos de mercados y de la naturaleza del producto, que son declaraciones ficticias y conforme a la normativa legal deben reputarse nulas y por no puestas. Ello evidencia que la entidad conocía esos riesgos.

██████████ que atendió a ██████████ no le entregó ningún tipo de presentación, ni publicidad, ni folleto o documento de ningún tipo, con carácter previo a la contratación. Tampoco consta que se entregase la oferta vinculante antes de la firma ante notario. No se entregaron análisis o prospectiva de la posible evolución de la paridad entre divisas sobre el tipo de interés de referencia. Se habló de la situación pasada y del momento, como si fuese a perdurar más o menos durante toda la vida del contrato. Tampoco se realizó ninguna simulación de escenarios para que la cliente se percatase de lo que ocurriría en caso de escenarios negativos

Pese a lo que consta en el contrato, la entrega del capital prestado por la entidad no se produce en francos suizos, sino en euros mediante transferencia, realizándose en otra cuenta un apunte contable por el correspondiente contravalor en la divisa elegida. Otro tanto sucede con los pagos para hacer frente a las cuotas mensuales, que se producen siempre mediante la salida de euros de la cuenta corriente del cliente que tras utilizarse por la entidad para comprar la divisa necesaria para hacer frente a la cuota, ingresa en la cuenta en francos donde se amortiza la hipoteca. Se trata de un traspaso de euros a francos y no un pago en francos.

En la cláusula 22ª párrafos 59 y 60 de la escritura de hipoteca, se pactó un periodo de carencia de duración igual a 18 vencimientos. Y en la cláusula segunda sobre amortización del préstamo, letra j) página 20 se dispuso que la parte prestataria se comprometía y obligaba a realizar una baja parcial de 210.000 €, en el plazo no superior a 18 meses a contar desde hoy. Este pacto se impuso por la entidad a ██████████ en la creencia de que podría vender pronto la primera casa que tenían que no se residía y destinar el dinero a reducir la nueva hipoteca, si bien por los problemas del mercado inmobiliario en ese momento, no pudo vender a tiempo su vivienda y cumplir con ese pacto, quedándole en tal caso apenas 60.000 €.

Es por ello que ██████████ hubo de reformular las condiciones financieras de su préstamo hipotecario inscribiendo en la escritura de novación modificativa parcial del préstamo hipotecario ante notario el 4 junio 2009. En la página 10 se modifica el pacto de amortización y se acuerda un pago parcial de 60.000 € a realizar en mismo día de otorgamiento de la escritura, quedando reducido a 210.000 € pagándose a partir de entonces las cuotas comprensivas de capital e intereses.

Tras la modificación ██████████ no ha podido casi en los últimos años hacer frente a los pagos de las cuotas hipotecarias tan elevadas con su pensión, actualmente entre 1600 y 1700 € mensuales. Además. Se ha perjudicado su salud, ya que se siente estafada por la entidad financiera de manera que si le hubieran explicado correctamente el funcionamiento del producto y sus riesgos, jamás lo hubiera contratado.

Se aporta informe pericial de doña Nuria María García Pascual y doña Esperanza Meroño Pardo en que se concluye que el cliente no tuvo acceso a la información necesaria, ni el producto resultaba beneficioso para la misma. Consta en el informe que la hipoteca multidivisa frente a la tradicional, siempre ha tenido consecuencias perjudiciales para el cliente. Durante el año y medio del período de carencia en que el capital pendiente en divisa

no se mueve, sí lo hace su contravalor en euros, situándose incluso por encima de los 303.000 €, 33.000 € más que cuando se concedió, siendo cuando se amortiza parcialmente en junio de 2009, por importe de 60.000 €, cuando se empieza a percibir una verdadera disminución de la deuda, pero no por los pagos de cuotas, sino por la amortización extraordinaria. En febrero de 2010 el capital pendiente de pago vuelve a ascender de manera progresiva, experimentando oscilaciones constantes, pero no reflejando la disminución por el pago mensual de cuotas y el transcurso del tiempo. Incluso en agosto de 2011 el importe pendiente de amortizar en euros supera los 270.000 € inicialmente recibidos, perdiendo incluso los 60.000 € de amortización anticipada. El pago de las cuotas también ha sido muy irregular y desde 2009 no han hecho más que ascender, aunque algún mes hayan experimentado disminución. Comenzó [REDACTED] abonando cuotas por 700 € mensuales y actualmente abona entre 1600 y 1700 € mensuales.

Así el capital pendiente a 22/1/16 para la hipoteca de 270.000 € es de 200.412,84 €, pese a haber transcurrido más de ocho años de amortización y abonado un total de 196.952,38 €. De haberse suscrito una hipoteca en euros, el capital pendiente sería de 120.662,27 €, no existiendo ventaja alguna del tipo de cambio. Además la clienta ha pagado de más hasta enero de 2016, un total de 14.962,31 € por tener el préstamo en divisas, siendo el perjuicio total de 94.732,88 €, a lo que habría que añadir la comisión de cambio aplicada en cada mensualidad, que ascendería a 1.049,06 €.

Concluye el informe que es un producto complejo, sólo apto para inversores cualificados, no minoristas, muy experimentados y con elevados conocimientos en mercados internacionales, política monetaria y economía, que quisieran invertir en productos especulativos, con alto grado de exposición al riesgo con un bien tanpreciado como garantía como es la vivienda habitual. No debió ofrecerse al cliente y se recomendó pese a que ya se esperaba un cambio de situación financiera, que jugaría claramente en su contra.

Especialmente en los años 2006 2008 se comercializaron por muchas entidades bancarias y entre ellas la demandada, hipotecas multdivisas, por interés de la propia entidad y no de los clientes, con campañas especiales a colectivos determinados que se quería captar.

En fase precontractual, tanto verbalmente como por escrito, se puso énfasis en el menor importe de las cuotas y una previa selección de los clientes o colectivos a quienes se ofrecía. En este caso se justificaba por el menor porcentaje de financiación sobre el valor de transacción y requería que el cliente tuviera de antemano ahorros previos nada desdeñables. Sólo se ofrecían datos históricos como valores de referencia sobre tipos de interés, habiéndose producido a finales de 2008 una caída estrepitosa del euríbor. Igualmente había sólo referencias históricas sobre la paridad de las divisas, cuando según el informe pericial el mercado financiero ya esperaba una apreciación del franco suizo con respecto al euro, que iba a dar lugar a que la deuda del préstamo hipotecario fuera en aumento, en lugar de reducirse. En ningún caso la rebaja en el tipo de interés que se podía entender compensada con el riesgo asumido, estando los porcentajes de perjuicios entre un 4% y un 17% de pérdida sobre el valor nominal del préstamo. Los beneficios esperados por el tipo de cambio, oscilan sólo entre un 1,30% y un 3,82%. Se recomendaba el franco suizo además por ser la moneda más estable y más controlada por estar en el ámbito europeo, pese a que en esa

época se hubiera pagado menor cuota de elegir el yen, evidenciando que la cliente buscaba menor riesgo.

Con relación a la publicidad, que no llegó a manos de todos los clientes, se mostraba una imagen de que el cambio de divisas era una oportunidad y un beneficio, con una mínima mención a que el préstamo conllevaba algún riesgo al final de la publicidad, sin destacar de ningún modo y remitiendo al cliente a la entidad donde le aclararían todos los aspectos, lo que no ocurría, destacando sólo el beneficio. Explícitamente se ofrecía al cliente una posición de asesoramiento con respecto a su hipoteca particular y para ayudarle a tomar decisiones en cada momento.

No se informó de que el producto conllevaba, junto a la hipoteca tradicional, un derivado financiero implícito, con enorme riesgo para el cliente, al tratarse de un producto complejo y no ha aconsejado para clientes minoristas. Es necesario un seguimiento permanente de la paridad entre monedas y conocimientos específicos para poder adoptar las decisiones necesarias.

Los riesgos reales de la hipoteca consisten en la iliquidez del producto, esto es, la imposibilidad de cambiar de divisa o comprar la divisa en el momento deseado, estando reflejada en el contrato. Tampoco se advertía que en el contrato se limitaría el número de veces y momento concretos en que se puede cambiar de divisas. El principal riesgo del producto es que no solamente las cuotas aumentan sino que el capital del préstamo se ha incrementado desde la firma del contrato, con pérdidas reales y cuantiosas para el cliente desde el momento mismo de la firma. Ignoraban también los clientes que se trataba de un producto de riesgo y no de ahorros y que conllevaba altos costes por comisiones explícitas e implícitas. Se produce además un cobro más complejo y de mayor calado en la economía del cliente por efectos de la aplicación de un tipo de cambio distinto a la compra y a la venta de la divisa. La teórica ventaja de un tipo de interés menor se neutraliza por las comisiones por cambio de divisa y por el pacto de compraventa de divisas a los cambios comprador/vendedor pactados, siempre en el escenario más perjudicial para el prestatario y más favorable para el banco. Así el cambio aplicado por la entidad es el cambio propio, decidido unilateralmente y que como consta en la pericial, oscila entre un 2,33% arriba o abajo respecto al fijado por el BCE. En los documentos internos de la entidad se reconoce expresamente el uso de este fixing, cuantificándolo en un 11 por 1000 y determinando no sólo claramente su reparto interno en la entidad, sino el carácter imperceptible para el cliente, si bien no es algo tan imperceptible cuando se calcula sobre el coste que la entidad está imponiendo al conjunto de sus clientes y está ilícitamente recibiendo. Además el banco establece cláusulas por las que aplicará el cambio (comprador vendedor), en cada caso, más favorable para sí. La hipoteca multidivisa supone que por la parte de amortización e intereses que se paga cada mes, (cuota mensual) se pierde en cada cuota un 4,08% de la diferencia entre el cambio comprador y el cambio vendedor de la divisa detallada en el ejemplo que consta en la pericial.

Se justifica en el informe además que la pretendida ventaja del menor interés del líbor, respecto al euríbor se mitiga en parte en ocasiones por el mayor diferencial que impone la entidad, del 0,50% sobre el tipo de referencia, que cuando el préstamo está en euros.

Existían informes que se aportan de Estrategia BK 2008, BBV o del (lo que ha corroborado posteriormente uniforme del Defensor del Pueblo de 2012) sobre las expectativas de caídas de tipos que no se compartieron con la cliente, de modo que la previsión de caída del euríbor hasta igualarse con el líbor, hacían prever la pérdida del potencial beneficio inicial, conociendo también que la paridad entre monedas recomendadas no se podría mantener mucho tiempo, siendo lo previsible al tiempo de la contratación, una temprana alteración que convertiría en un trampa sin escapatoria el préstamo. Además en julio de 2012 se supo que el líbor había sido manipulado en el período 2005 a 2009, en beneficio de las entidades, disminuyéndolo cuando necesitaban obtener financiación e incrementándolo artificialmente cuando iban a prestarlo. Ya en verano de 2008 el euro inició una fuerte depreciación en su cotización frente al yen, siendo previsible el cambio.

Por otra parte la entidad ocultó al cliente los mecanismos de que disponía para cubrirse de los riesgos reales del producto y no le ofreció un producto de cobertura en la financiación de la adquisición de vivienda, como imponía el artículo 19 de la Ley 36/2003. No le ofreció tampoco un seguro de tipo de cambio.

Los defectos de la información precontractual, podrían haber sido subsanado en fase contractual, lo que no sucedió, tras una firma ante notario que duró escasos 15 minutos según se ha expuesto sin facilitar previamente al cliente la minuta, sin destacar el riesgo de fluctuación del tipo de cambio o posible aumento de las cuotas por aplicación de las cláusulas financieras pactadas.

Analizando la escritura en la cláusula primera, letra a), se hace constar que la entrega del dinero del préstamo se produce en francos suizos, cuando se trata de euros. Igualmente se hace constar el contravalor del principal del préstamo al cambio correspondiente al segundo día hábil anterior, a la fecha de la escritura es de 270.000 € y sobre esta cifra se fija luego el valor de la responsabilidad hipotecaria. En la letra c) se reseña que el cambio de divisa no supone una modificación del préstamo, cuando realmente supone consolidar las pérdidas sufridas por el cliente e incluso un cambio en su responsabilidad. Se fijan a continuación las fechas y condiciones en que se puede hacer un cambio de divisa. No consta una verdadera explicación de la mecánica del préstamo y se reseña que hay que avisar del cambio de divisa con cinco días hábiles de antelación a la fecha del cambio efectivo, lo que supone un riesgo enorme y desconocido para el cliente, que debe adoptar la posición de cambio de divisa, antes de conocer el precio en que se producirá la conversión, riesgo del que tampoco fue informado. A continuación consta que la entidad aplica el tipo de cambio comprador vendedor que según el caso, siempre es el más favorable para la entidad y perjudicial para el cliente y por tanto es una cláusula abusiva. La divisa saliente se calcula al cambio comprador y la entrante al cambio vendedor, pasando siempre por euros. También consta que de desaparecer la divisa elegida, el préstamo pasa está representado por euros, que es realmente la moneda funcional del cliente. Igualmente se limita a la opción de que el cliente pueda beneficiarse del cambio de divisa, al imponerle la obligación de estar al corriente de pago para hacer uso de la facultad de cambio de divisa.

En la cláusula segunda página 17 “Vencimiento. Amortización e Imputación de Pagos” se establece el horizonte temporal del préstamo y plazos de amortización, que incluye el pacto de amortización anticipada de 210.000€, antes referido en 18 meses. En el apartado

siguiente “Procedimiento de pago de capital e intereses” se concede al cliente la opción de que el banco tome euros de su cuenta en euros y pague, tras la conversión de la divisa o si el cliente la tiene, que pague directamente. En la cláusula III se establece la posibilidad de efectuar amortizaciones parciales voluntarias muy gravosas, con un preaviso de 20 días, sin conocer el precio de conversión de la divisa y precio que pagará por la amortización anticipada.

La cláusula Tercera. Intereses Ordinarios, establece pactos sobre el devengo y fija el interés inicial en 2,93%. En la cláusula tercera bis, Revisión del Tipo de Interés, se establecen las cláusulas sobre funcionamiento del préstamo indexado en divisa. Se marca un diferencial de 0,50 para la hipoteca referenciada a euros y a divisa extranjera. Con relación al Líbor no es un tipo de interés oficial en España y se carece de conocimientos suficientes sobre el mismo, obligando de nuevo al cliente a decidir con antelación y a un precio desconocido, la decisión del cambio de moneda. Con relación a los cambios de tipo, según lo pactado el cliente únicamente puede aceptar el nuevo tipo, ya que en caso contrario las consecuencias son tan gravosas que no puede manifestarse en contra.

La cláusula 4ª sobre “Comisiones”, ya ha sido declarada abusiva por numerosos tribunales, ya que no remunera un servicio real y efectivo, al no existir una operación real de cambio de moneda, sino una mera evaluación o referencia a una paridad, estableciendo una comisión de conversión o cambio de moneda de 0,20% sobre el capital objeto de conversión, con el mínimo de 9,02 €.

La cláusula 5ª, “Gastos y tributos a cargo de la parte prestataria” (página 32) incluye los cargos a la prestataria de todo gasto, incluidos los extrajudiciales y honorarios y derechos de letrado y procurador si el banco usa sus servicios, implicando una renuncia del consumidor a sus derechos, radicalmente nula.

La cláusula 6ª “Intereses de Demora”, recoge el tipo aplicable de seis puntos por encima del vigente al entrar el deudor en mora, con un mínimo del 18% computado desde el día en que debía hacerse el pago y sin previa notificación, que es también aplicable para el caso de vencimiento anticipado por incumplimiento del deudor, devengándose sobre toda la cantidad vencida y no pagada. Resulta abusivo y contrario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que impone un máximo de dos puntos por encima del tipo de interés ordinario.

La cláusula 6ª Bis “Causas de resolución anticipada” (pag.35) establece por un lado las principales causas y entre ellas la posibilidad del banco de dar por vencido anticipadamente el préstamo por falta de pago a la fecha de vencimiento de cualquiera de las cantidades debidas de la escritura, sea por principal o intereses o incumplimiento de las obligaciones del epígrafe I de la cláusula 7ª de la escritura. Se trata de cláusulas contrarias a derecho como ha venido estableciendo la jurisprudencia del TJUE, pues no todo incumplimiento puede dar lugar a esa resolución anticipada.

Igualmente es contraria a derecho la letra f. que estipula como causa de resolución:” si el valor de la tasación de la finca de la escritura llega ser inferior a 125% del contravalor en euros el principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento, y la parte deudora no aumentare la garantía en la forma establecida en el apartado d) anterior de

la presente cláusula”. Se trata de algo que ha ocurrido tras la caída del valor de los inmuebles, debiendo efectuarse la tasación descontando de antemano las posibles oscilaciones del valor del bien que puede sufrir durante el préstamo y si la entidad aceptó esa tasación debe aceptar sus consecuencias, pues cuenta además de con un bien inmueble, con la garantía personal e ilimitada del deudor hipotecario. Es una cláusula que faculta al banco a su ejercicio y es contraria a la buena fe, con abuso del banco.

Resulta igualmente abusiva la letra g) en que el banco se reserva una facultad de dar por vencida la obligación, si por las fluctuaciones de los tipos de cambio y estar cifrado el nominal del préstamo en divisa, el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización, en cada fecha de pago de cuotas comprensivas de capital e intereses, fuese superior en más de un 20% al resultado de aplicar al mismo importe el valor de cambio de la divisa que se ha expresado en el apartado a) de la cláusula primera del presente contrato, a no ser que el prestatario reembolse la diferencia o para cubrirla amplíe la hipoteca con rango de primera o aporte otras garantías reales suficientes a juicio del banco en el plazo de los ocho días siguientes a ser requerido al efecto.

Todas estas circunstancias vienen a reconocer que la entidad concibe el producto como un producto de riesgo, un derivado financiero de carácter especulativo.

También en el segundo apartado de causas de vencimiento anticipado, en la página 37; “Otras causas de vencimiento anticipado”, se contienen un cúmulo de circunstancias contrarias a derecho y así, si se produjera por ejemplo el caso previsto en la letra d) que supone que la parte prestataria incumpliera alguna de las obligaciones del contrato o las accesorias con la letra c) si la parte prestataria solicita o es declarada en suspensión de pagos, quita o espera o concurso de acreedores, lo que en principio no tiene por qué dar lugar a un vencimiento anticipado. Se trata además de cláusulas que el banco establece y que puede ejercitar a su conveniencia, de forma abusiva y contraria a derecho.

En la página 39 con la denominación “Sección Segunda”. Cláusulas generales, se incluye una Cláusula 7ª. Manifestaciones y Compromisos Especiales de la parte prestataria” en que se incluyen obligaciones como mantener la finca hipotecada en perfecto estado, pagar cuotas y derramas, contribuciones, impuestos, constitución en seguro de incendio y daños a favor de Barclays...en la cláusula quinta incluye una cláusula contraria a derecho, limitando el derecho de propiedad, ya que se pacta que se compromete el prestatario a no arrendar el inmueble a terceros por una renta anual inferior a la que fija el banco y en caso contrario el banco le puede exigir a ampliar la hipoteca u otras garantías o incluso proceder al vencimiento anticipado del préstamo y ejecutar la garantía hipotecaria.

La cláusula 8ª, “Lugar de Pago”; página 43, se establece la oficina del banco que designa y una cuenta domiciliada, que es distinta la cuenta del préstamo de la página 45, cláusula 10ª. Además se hace constar en el apartado b) que el banco puede variar el lugar de pago siempre que se encuentre dentro del mismo término municipal que el inicialmente pactado, modificando las reglas previstas en el Código Civil.

La cláusula 9ª “Compensación y aplicación” de la página 44 vulnera igualmente las reglas que rigen el sistema de pago y compensación, resultando abusiva ya que el banco deja a discreción completa suya, la compensación de saldos, en perjuicio del consumidor.

La cláusula 10ª. “Cuenta del préstamo”, página 45, viene a indicar que es una hipoteca en euros, ya que se reconoce que se entregarán al cliente euros y éste pagará en euros, instrumentalizándose todo a través de una cuenta en esta moneda, salvo que el cliente decida comprar divisas por su cuenta y de manera anticipada a través de una cuenta propia en divisa, y en este caso no existe. Igualmente el apartado siguiente viene a reconocer que el cliente no le adeuda una cifra de capital pendiente en una divisa concreta, sino su contravalor en euros, resultando una hipoteca indexada a una divisa.

La cláusula 11ª sobre “Cesión del Préstamo”, página 46 ya ha sido declarada abusiva por los tribunales y contraria a derecho al implicar una renuncia de derechos de los consumidores, permitiendo al banco ceder a cualquiera el crédito, sin notificación al prestatario, que renuncia a ello.

Las cláusulas 12ª y 13ª se refieren a la responsabilidad hipotecaria y a la extensión de la hipoteca, constando la página 14ª, disposiciones sobre la “Ampliación de la hipoteca”, que vuelven a ser abusivas, ya que faculta al banco a su ejercicio, con clara inseguridad jurídica en caso de disminución del valor de la finca hipotecada por debajo del 20% del valor de tasación inicial, pudiendo el banco exigir ampliar la hipoteca a otros bienes, devolución del exceso etc.; es una cláusula contraria a la buena fe y un claro abuso de la facultad del banco como predisponente.

Tras una serie de disposiciones sobre ejecución y aceptación y solicitud de inscripción, el banco en la cláusula decimoctava, página 55 establece un pacto por el que los comparecientes se someten a la competencia de los juzgados o tribunales de Madrid, contrario a derecho, ya que el consumidor no puede renunciar al fuero propio que le confiere la ley, resultando una renuncia nula.

La escritura contiene también en la cláusula 22ª, página 59, un pacto por el que se pacta un período de carencia igual a 18 vencimientos, durante los que la parte prestataria sólo deberá pagar intereses.

En algunos casos, que no es el que nos ocupa, hay advertencias del notario en cumplimiento de la Orden de 5/5/94, que realmente no advierten al cliente de la complejidad y riesgos del producto contratado o posibilidad de que la deuda se incremente sin ningún límite. Sólo hay una referencia somera a la OM en la cláusula primera. Tampoco, como se ha expuesto consta la oferta vinculante, con las debidas advertencias, fechada y firmada por el cliente.

Además en este caso se incluye en la escritura el anexo denominado: “Texto de la carta a dirigir por los prestatarios al banco al formalizarse la escritura del préstamo hipotecario, asumiendo los riesgos derivados de tener que devolver el préstamo en divisas”. En ese anexo se presenta de manera completa, sin cubrir los apartados correspondientes, al préstamo de la actora, con menciones o exoneraciones de responsabilidad a la entidad por lo que pueda suceder durante la vida del contrato o asunciones de conocimiento del mercado, de la

naturaleza del producto etc., que resultan cláusulas de estilo declaraciones ficticias de ciencia que deben reportarse nulas y tenerse por no puestas.

La entidad no tiene que insertar la cláusula diciendo que he informado adecuadamente, sino que tiene que demostrar que en la documentación entregada está todo lo necesario para entender la naturaleza y riesgos del producto. Ello evidencia que no se dio la debida información.

Además y con relación a la fase postcontractual, la entidad pese a los compromisos adoptados e incluso a través de la publicidad que es legalmente vinculante, no ha proporcionado debida información al cliente. Se ha limitado a enviar a los clientes a informarse en su web, remitiendo documentos informativos sobre evolución de las divisas y tipos, que sólo muestran lo que ha pasado o está pasando, pero no contienen nada que indique al cliente lo que pueda pasar en el futuro y adoptar posiciones al respecto.

En general el desconocimiento y falta de formación del personal de la entidad que vendió el producto al cliente, son evidentes y un hecho notorio que tras los muchos procedimientos en la materia, no necesita de prueba, no dando soluciones adecuadas a los perjuicios causados, viéndose abocados los clientes a consultar y seguir fuentes de información externa, no siempre adecuadas.

Con relación al motivo de comercializar este producto entre inversores minoristas, además de que el banco percibía importantes comisiones por el cambio de divisa, la entidad era conocedora de la evolución de las divisas y tipos de interés con el incremento de las cuotas a pagar por los clientes y capital prestado.

No es cierto que la entidad fuera un mero intermediario o auxiliar de la operación de cambio de divisas suscrita por el cliente, que adquiriría la misma en el mercado de manera que la pérdida que sufría el cliente no era su beneficio, pues en gran parte ya tenía la entidad divisa en sus cuentas. Así durante los años previos a la fase de comercialización intensiva de estas hipotecas la entidad había realizado como otras homologadas, una fuerte operativa de carrytrade consistente en endeudarse en una divisa con tipos bajos y con ese dinero comprar activos más rentables. Estos movimientos de compra de divisa, como el yen, hacen que caiga todavía más y sea más interesante la operación. La situación se mantuvo durante años ya que el gobierno nipón consiguió con ello revitalizar su economía, haciéndose más competitiva en base a precios más bajos, siguiendo interesados los inversores en endeudarse en ella para invertir en mercados más rentables. Además en 2006 existía una buena situación financiera internacional y la moneda había sufrido una volatilidad muy escasa, no presentando nivel de riesgo elevado. Con la llegada de la crisis internacional el mercado acusa un incremento de la volatilidad que hace más arriesgadas las operaciones de carrytrade, lo que provoca que las entidades se replanteen estas operaciones, cerrando los bancos e inversores institucionales sus posiciones, cancelando anticipadamente los préstamos suscritos en estas divisas. A consecuencia de ello, el yen deja de depreciarse, sin que por otra parte pudiera depreciarse más estando por debajo de sus mínimos históricos y comienza una senda de apreciación más acorde a la nueva situación económica. Al haberse quedado los bancos con mucha divisa entre sus activos sin haberlas reinvertido, necesitarán hacer movimientos para no sufrir la pérdida que supondría, necesitan un comprador de la divisa, pero no a precio actual (spot)

sino a precio futuro (forward). Se firma así un contrato de préstamo hipotecario con opción multidivisa, en que el cliente se compromete a comprar a la entidad de mes a mes, tanta divisa como necesite para satisfacer su deuda, al precio de referencia que tenga en cada momento esa divisa que actúa como subyacente. Coloca así el banco toda su divisa, a un precio superior al que lo compró y percibe cuantiosas comisiones por los cambios mensuales y por un servicio que realmente no se presta. La otra opción es que la demandada que previamente se había endeudado en yenes y no ha cerrado sus posiciones al inicio de la crisis, socialice su propio riesgo y lo reparta entre sus clientes que, al endeudarse en la misma divisa, lo que hacen a la postre es pagar la deuda previa en yenes contraída por la entidad.

En conclusión si en el momento de la contratación de la hipoteca el precio forward de la divisa era más caro para el cliente, éste ya estaba asumiendo una pérdida real que se materializaría en pagar las cuotas o cancelar el préstamo. La pérdida del cliente es exactamente el beneficio que tiene la entidad por la misma operación, deshaciéndose de divisas teniéndolas a precio futuro mayor y cobrando comisiones por ello. Existe en todo caso un evidente conflicto de intereses por parte del banco.

Por otra parte la entidad tampoco necesita tener la divisa, ni comprarla, ya que nunca se la entrega al cliente, salvo la hipótesis de compra anticipada de la divisa por cuenta del cliente.

En esta materia y en otros países se ha comercializado el producto con múltiples problemas, declarando ya el 16 junio 2010 el Tribunal Supremo islandés que los préstamos en divisas eran legales, pero no los indexados en divisas. Incluso en Francia en julio de 2013 se lleva a cabo una reforma bancaria, prohibiéndose prácticamente la contratación de estos préstamos, salvo que se percibiese la renta principal en esa divisa o se tuviera en ella el patrimonio al firmar el contrato o salvo en casos en que el riesgo de tipo de cambio no lo soporte el prestatarios. En igual sentido en la sentencia del TJUE asunto C 26/13 de 30 abril 2014, asunto Kásler planteado por Hungría para enjuiciar las especiales necesidades de transparencia de estos préstamos, se viene exigiendo una comprensión real del contrato y sus riesgos y de las consecuencias económicas para el cliente, manteniendo los préstamos vivos sin perjuicio de la nulidad de los aspectos en divisa, vulnerando en otro caso el propositivo tuitivo de la Directiva 93/13, permitiendo al juez nacional subsanar la nulidad de la cláusula, sustituyéndola por una disposición supletoria del derecho nacional. Se ha pronunciado el TJUE igualmente en el asunto C-312/14 de 3-12-15 sobre un préstamo al consumo en divisas, diverso al que nos ocupa.

En España la STS 323/15 de 30 de junio, sí ha determinado que la hipoteca multidivisa es un producto complejo de inversión, que incluye un derivado financiero y no es apto para consumidores, ni para clientes minoristas, a menos que sean expertos en ese mercado. Concluye que el producto es oscuro, confuso y ambiguo y no apto para un cliente medio. La consecuencia es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la ley del mercado de valores. Se estima que en España hay 70.000 familias afectadas por esta modalidad de hipoteca.

Con relación a la evolución del mercado el producto litigioso, llegaron a descubrir los clientes que la presunta tendencia alcista del euríbor no fue tal, sino que se desplomó

drásticamente a finales de 2008, anulando de golpe cualquier beneficio. Igualmente descubrieron que el Líbor no era un índice objetivo, sino que había sido manipulado en beneficio de los bancos y en perjuicio de la clientela, así como que la divisa no seguía las expectativas marcadas por la entidad y sus cuotas subían cada vez más. Se percataron de que el cambio de divisa no era tan libre y fácil como se había ofrecido y su coste era elevado y que no tenían instrumentos para evaluar el mercado y que cuando decidieran hacer un cambio de divisa podría ser tarde, consolidando unas pérdidas acumuladas de efectuarlo, teniendo una deuda que podría crecer hasta el infinito.

A fecha de interposición de la demanda el cliente se encuentra al corriente de sus pagos en la hipoteca, lo que no significa conocer y consentir la situación en que se encuentra, como en reiteradas ocasiones ha manifestado al personal de confianza de la entidad, sin que se le haya ofrecido una solución, interponiendo por ello la presente demanda.

SEGUNDO.- A tal pretensión se ha opuesto la parte demandada alegando previamente que fue la asociada de la actora quien acudió a la sucursal de la entidad bancaria que estaba a más de 30 km de su domicilio, solicitando la concesión de un préstamo multdivisa, como resulta de los documentos aportados de contrario. El nº 8 con indicación de ser un producto de riesgo y de la información a proporcionar en la sucursal y el nº 9 es un folleto informativo dirigido al colectivo de controladores aéreos, siendo uno de los 13 productos ofertados y uno de los 4 préstamos hipotecarios del mismo. Sólo se comercializaba el producto a los clientes que acudían a la sucursal y lo pedían de forma expresa, siendo un producto residual (un 2,7% de los contratos con garantía hipotecaria según certificado de Barclays).

Según la actora se contrató el producto por sus beneficios en ese momento, evidentes pues entre 2000 y 2007 el euríbor nunca había descendido de 2,014%, alcanzando su nivel máximo, 5,393%, un año después de suscribirse la hipoteca, ofreciendo el líbor un tipo mínimo de 0,5% y un máximo de 3,5%. En junio de 2007 al firmarse la escritura el euríbor estaba al 4,5% y el líbor/franco suizo en torno al 1,5%.

Es cierto que la asociada de la actora tenía una vivienda y debía venderla, concediéndole financiación y un periodo de carencia de amortizarse parcialmente el préstamo como se pactó en la letra f) de la cláusula segunda de la escritura. Se explicaron las características y riesgos y se efectuó una simulación del funcionamiento del producto que mostraba las variables que podía sufrir la cuota a pagar según el tipo de cambio e interés vigente y el contravalor en euros del capital pendiente de amortización.

No es cierto que se recomendase contratar el producto, no existiendo suscrito un contrato de asesoramiento, evidenciando que la cliente lo solicitó el hecho de suscribirse el francos suizos y no en yenes el producto, ofreciendo en 2007 mayor ahorro este último en las cuotas de la hipoteca que el franco suizo, cuya ventaja era la mayor estabilidad.

Por otra parte al préstamo hipotecario solicitado en este caso, no le es aplicable la OM 5-5-94 al ser superior a 25 millones de pesetas, no estando obligado el banco a entregar al prestatario oferta vinculante, ni folleto informativo.

Incurre la demanda en contradicción al afirmar que hubo una total ausencia de información sobre los riesgos específicos del producto y a continuación reconoce que se le informó que la cuota mensual podría variar según evolucionase la paridad de la moneda elegida, recomendando el franco suizo/euro por su estabilidad, no debiendo preocuparse por ser pequeñas las oscilaciones al ser la economía suiza muy estable. Además han transcurrido nueve años desde la suscripción de la hipoteca, sin queja alguna de la cliente hasta ahora.

No es cierto que la escritura adolezca de falta de transparencia. La primera cláusula de la escritura deja claro que el préstamo se concede en francos suizos y no en euros, constando que se entrega la cantidad de 449.010 francos suizos. A continuación se hace constar que el contravalor del principal del préstamo al cambio correspondiente al segundo día hábil anterior a la fecha de la escritura es de 270.000€. Es evidente que si se concede un préstamo en francos, el cliente debe devolver francos y así constaba expresamente a continuación reseñando la escritura, que la parte prestataria debía reintegrar las cuotas de principal e intereses en la moneda en que esté representado el préstamo en cada momento. También la cláusula segunda hacía constar el importe de la cuota inicial de 2735,50 francos suizos al mes.

Para asegurarse de que la prestataria conocía perfectamente los riesgos que asumía, se le hizo firmar el “Texto de la carta a dirigir por el/los prestatarios al banco al formalizarse la escritura del préstamo hipotecario, asumiendo los riesgos derivados de tener que devolverse el préstamo en divisas”. Se reconoce expresamente en el mismo el funcionamiento y conocimiento de todos los riesgos derivados del préstamo multidivisa y que Barclays informó correctamente del mismo en el proceso de comercialización. El texto de la carta se incluyó en escritura de préstamo como anexo. En el mismo se establece que tener que devolver el principal del préstamo e intereses en francos suizos suponía un riesgo para la cliente, que el banco informó debidamente sobre los riesgos y que incluso se ofreció al cliente para mitigar los riesgos del tipo de cambio un seguro de cambio, cuya suscripción fue rechazada por la cliente. Esa cláusula, como toda la escritura, fue también leída por el notario.

Además en la cláusula 12ª de la escritura sobre la responsabilidad hipotecaria se incluye una cláusula que no deja lugar a dudas del riesgo tipo de cambio que conllevaba la operación. En ella se hacía constar la constitución de la primera hipoteca sobre la finca descrita que respondería de 270.000 €, importe máximo el contravalor euros de la cantidad prestada, más un 25% en aseguramiento de la fluctuación de la moneda, es decir un total de 337.500 €. La cláusula 12ª in fine insistía en la misma idea, calculándose la responsabilidad en un 25% más de contravalor en euros del importe principal, a fin de que queden cubiertas con hipoteca las fluctuaciones de cambio del valor de la divisa.

La prestataria no se sorprendió al ver que la responsabilidad hipotecaria de la finca era superior al capital prestado, pues como resulta de la escritura, su préstamo hipotecario estará sujeto al riesgo del tipo de cambio. Con relación al importe en euros se reitera que se trata del contravalor en euros de la cantidad prestada.

La hipoteca multidivisa se caracteriza por dos riesgos distintos: el riesgos de tipo de interés y el riesgo de tipo de cambio. Se ha acreditado que la prestataria se benefició del menor coste

de financiación por estar referenciado el préstamo al líbor franco y no al euríbor. Ahora bien ese beneficio conllevaba el riesgo de tipo de cambio. Es indiscutible que ni las entidades bancarias, ni ningún otro agente económico, podían prever la evolución que mantuvo el tipo de cambio euro-franco a partir de 2008. Barclays no tenía más datos que los que compartió con la cliente, cumpliendo las obligaciones exigibles, siendo el horizonte económico del préstamo de 20 años. Es un hecho notorio que tras la quiebra de Lehman Brothers en septiembre de 2008, la explosión de la burbuja inmobiliaria en España en 2009 por rescate económico financiero a Grecia en 2010 dieron lugar a la inesperada apreciación del franco suizo sobre el euro, recalculándose el préstamo de la cliente al alza.

El plazo de carencia de 18 meses concedido por Barclays a la cliente en junio de 2007 para el pago de sus cuotas hipotecarias, expiró en diciembre de 2008. En esa fecha no había conseguido vender su primera vivienda y no podía proceder a la amortización parcial pactada en la letra f) de la cláusula segunda de la escritura (amortizar 210.000 € en un plazo no superior a 18 meses) y ya estaba experimentando la evolución adversa de su préstamo multidivisa por la quiebra de Lehman Brothers en septiembre de 2008. Está el banco legitimado en ese momento para resolver anticipadamente préstamo y sin embargo buscó una solución beneficiosa para la cliente, acompañando el listado propuesta de 19 de mayo 2009, en que se hace constar que es una cliente muy vinculada a la oficina y se solicita autorización para aplazar la baja parcial pactada dos años por ello y por la imposibilidad de venta y la cobertura de la operación.

Ya en mayo de 2009 el contravalor en euros del préstamo concedido en francos suizos era ligeramente superior al vigente en junio de 2007 (292.000 €), proponiéndose por ello la concesión de garantías adicionales por la cliente y dada la negativa evolución de la divisa. Conociendo la cliente el contravalor en euros vigente de su préstamo hipotecario realizó una contraproposición consistente en amortizar parcialmente importe en francos suizos equivalente a 60.000 €, en lugar de amortizar parcialmente los 210.000 € pactados. Consta en el listado que viendo la cliente que los gastos de Hacienda al introducir una nueva garantía ascienden a 5300 € propone dicha alternativa, abonando 60.000 € que son todos sus ahorros de manera que la cobertura de la operación sea del 67%, siendo el valor de tasación de 346.000 € y el importe pendiente a dicha fecha hace 292.000 €. Tal oferta fue aceptada finalmente por el banco, suscribiéndose el 4 junio 2009 “Escritura de Novación” modificándose expresamente el contenido de la cláusula 2ª, II, letra j), dejando sin efecto lo anterior y pactándose el compromiso y obligación de la parte prestataria de realizar una baja parcial de 60.000 €. La actora tenía una cuenta en euros y estaba pactada la forma de abonar las cuotas en la escritura: “situar en el banco con dos días hábiles de antelación al vencimiento de la obligación de pago y antes de las 11 horas, el contravalor en euros necesario para que mediante la conversión por el banco de la divisa en que esté representado el préstamo, pueda realizar la amortización de la parte del principal pendiente y de los intereses que deban ser reintegrados en las fechas pactadas. Tal contravalor se calculará conforme al cambio vendedor de Barclays Bank S.A. en aquella fecha para la divisa en que esté denominado el préstamo”. (cláusula II.I).

Este procedimiento era plenamente conocido por la cliente, como lo evidencia el correo electrónico de 2 junio 2009, por el que la empleada de Barclays anunció su intención de proceder a la compra de la divisa para efectuar la amortización parcial del préstamo. Ello

evidencia que conoció al formalizar la escritura de novación, que el contravalor en euros se había incrementado respecto al año 2007. No es creíble que no se preguntase tras la amortización parcial de 60.000 €, cuántos euros le quedaban por abonar al banco.

En realidad ha sido una decisión de política monetaria adoptada por el Banco Nacional suizo el motivo de la presente demanda. Es cierto que el tipo de cambio franco-euro se ha caracterizado históricamente por su estabilidad, fijando un límite mínimo el Banco Nacional suizo de 1,20 francos por euro. No obstante a principios del pasado 2015 se adoptó una nueva política monetaria eliminando ese tipo de cambio mínimo, provocando que en sólo unas horas el franco se apreciase hasta en un 30% con respecto al euro. Los medios de comunicación destacaron el carácter inesperado de esta decisión y conmoción de los mercados, con un impacto muy negativo en el tipo de cambio franco-euro.-Ello afectó a la cuota mensual del préstamo que nos ocupa, que aumentó notablemente, al igual que el contravalor en euros de la cantidad pendiente de amortizar, interponiendo demanda en 2016, cuando el préstamo fue suscrito en 2007, lo que resulta contrario a la buena fe, procediendo a interponer demanda sólo cuando el tipo de cambio le ha resultado desfavorable.

Resulta contrario al justo equilibrio contractual pretender que en una operación vinculada al mercado de divisas, el cliente disfrute de todos los rendimientos positivos de la operación y pretenda resolverla asumiendo el banco los rendimientos negativos, cuando la operación deja de ser rentable. No cabe apreciar error en el consentimiento y menos esencial o excusable.

Por otra parte se trata de un producto que no está sometido a la legislación del mercado de valores, no siendo un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto del contrato, tal y como ha determinado la sentencia del TJUE 312/14 de 3 de diciembre de 2015, superando la STS 323/15. Señala que las operaciones de cambio que realiza la entidad de crédito en ejecución de un contrato de préstamos denominados en divisas, no se pueden calificar de servicios de inversión, no estando sometida la entidad las a obligaciones en materia de evaluación de la adecuación con el carácter apropiado del servicio prestado, del artículo 19 de la directiva 2004/39.

El incumplimiento de la normativa bancaria, no puede dar lugar a la nulidad prevista en el artículo 6.3 del CC, ya que la normativa reguladora de la conducta de las entidades bancarias no prevé dicha sanción por incumplimiento de los deberes de información. En este sentido el propio Tribunal Supremo en su reciente sentencia 323/15 de 30 junio determina que puede dar lugar a sanciones administrativas pero no a apreciar necesariamente un error.

Además la acción de anulabilidad por error del consentimiento se encuentra caducada en función del artículo 1301 del CC, por haber transcurrido más de cuatro años desde la consumación del contrato, esto es, desde que el cliente pudo tener conocimiento del supuesto error o dolo y tener una comprensión real de las características y riesgos del producto. En este caso la apreciación del franco suizo entre los años 2008 a 2012 pone de manifiesto el funcionamiento del producto. La propia actora reconoce en su demanda el incremento de las cuotas del préstamo e incluso que durante el año y medio de período de carencia en que el capital de la divisa no se mueve, sí lo hace su contravalor en euros situándose por encima de los 303.000 €, es decir 33.000 €. La cliente de la actora conocía además perfectamente contravalor en euros de su préstamo hipotecario en el momento de formalizar la escritura de

novación el 4 junio 2009, estando caducada la acción el 4 junio 2013. En 2009 nada impedía a la prestataria convertir el préstamo a euros y reclamar al banco si lo estimaba procedente, las pérdidas que la hipoteca multidivisa le había generado, confirmando por el contrario el contrato y prefiriendo novar la escritura del préstamo. En cualquier caso de no existir infracción de los deberes legales de información, resulta carga de la prueba de la parte actora acreditar el supuesto dolo o error esencial y excusable que no concurre en este caso.

En todo caso el clausulado multidivisa cumple con los estándares de transparencia que exige nuestro ordenamiento. Los términos en que están redactadas las cláusulas son sencillos, comprensibles y además, ofrecen información y advertencias al consumidor para adquirir consciencia de los potenciales riesgos del producto.

En cuanto a la supuesta abusividad, debe acreditar la parte actora porqué el clausulado es contrario a la buena fe y causa un grave desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor. No existe asimetría o desequilibrio pues al igual que el tipo de cambio puede no favorecer al consumidor, también puede favorecerle y beneficiarse de él.

A diferencia de lo que sucede con las cláusulas suelo, las cláusulas multidivisas no alteran el equilibrio subjetivo entre el precio y la prestación. Así denuncia la parte actora que el tipo de cambio franco/euro no le ha sido favorable en los últimos años, que ha tenido que asumir el aumento del precio (prestación) a pagar el préstamo. Ahora bien si el tipo de cambio hubiera evolucionado a su favor se hubiera beneficiado y obtenido un sustancial ahorro de las cuotas y del capital pendiente de amortizar. No cabe por ello decir que se trata de una cláusula abusiva o que vulnere el principio de equilibrio de prestaciones entre las partes.

En el apartado a) de la cláusula primera se deja constancia por el banco que se prestan al cliente 449.010 fr., en la cuenta que el cliente reconoce recibir y se obliga a su devolución, más los intereses. Se informa que el contravalor en euros es de 270.000 €, sin oscuridad u opacidad alguna, habiendo ya determinado algunos tribunales que no se puede considerar una cláusula abusiva, pues el tipo de cambio no se fijó arbitrariamente por la entidad bancaria y fue conocido y se aceptó por el cliente. Como consta en la escritura el tipo de cambio aplicable no es el fijado por el BCE, sino que se tenía en cuenta el precio de compra en el mercado español de divisas. En el apartado c) informa el banco que el préstamo puede quedar representado hasta en cinco divisas diferentes, que se debe devolver el principal e intereses en la moneda en que esté representado el préstamo en cada momento, indicando cómo y cuándo se puede analizar el cambio de divisa del tipo de cambio a aplicar. Se informa que en caso de que alguna de las divisas deje de ser moneda de curso legal, se redefinirá el préstamo en euros, pudiendo cambiarse de divisa de esta corriente de los pagos. También se informa que al cambiar de divisa se modificará el tipo de interés de referencia asociado a cada divisa.

Por otra parte en caso de apreciarse carácter abusivo u opaco de alguna cláusula, debe tenerse por no puesta pero no transformarse el préstamo en euros.

La propia cláusula primera resulta clara y transparente para indicar que estamos ante un préstamo en divisa extranjera sometido al riesgo de tipo de cambio. Consta en la cláusula segunda, letra e) en negrita el pago de la cuota en francos suizos y en la letra b) de la cláusula 12ª se reitera el importe de la hipoteca de 270.000 €, importe máximo del contravalor en euros de la cantidad prestada, más un 25% en aseguramiento de la fluctuación de la moneda, es decir 337.500 €. Y ello para que queden cubiertas con hipoteca las fluctuaciones de cambio del valor de la divisa. Ello advierte al cliente que la responsabilidad hipotecaria de la finca podría ser superior a la cantidad de euros inicialmente prestada y explica además los motivos de ese posible escenario: las fluctuaciones de cambio del valor de la divisa.

Es por ello que consta así expresamente en el texto de la carta que se hacía firmar como anexo al cliente.

Ya han dejado constancia en nuestros tribunales de que no es posible predecir la evolución del tipo de cambio y no hay nexo causal entre el hipotético incumplimiento por el banco de dichas obligaciones y la evolución que ha tenido la hipoteca multidivisa de la parte actora, no siendo posible estimar la acción de incumplimiento contractual. En el año 2007 el banco no podía prever y por ello no podía informar a la demandante de la futura evolución experimentada por el franco suizo durante los 19 años siguientes de amortización, al igual que tampoco podían efectuar esa previsión expertos en la materia.

Tampoco cabe aplicar en este caso la doctrina rebus sic stantibus, ya que la hipoteca multidivisa es un contrato cuyo funcionamiento se proyecta sobre el futuro, con un acusado componente de aleatoriedad, y la consiguiente incertidumbre, implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. No existe con la hipoteca multidivisa una alteración de las circunstancias que resultan imprevisibles, porque la incertidumbre es la base del negocio jurídico. La apreciación del franco suizo a niveles no deseados por la demandante, por serle perjudicial, no es una alteración extraordinaria de las circunstancias, quedando vinculadas las partes en los términos pactados, con independencia de que temporalmente y por la situación del mercado de divisas, el negocio les reporte más o menos beneficios a la demandante. Según la teoría de la actora la doctrina rebús sic stantibus sería aplicable a todos los prestatarios españoles con hipoteca en euros, por la histórica subida del euríbor hasta finales de 2008. Estando la hipoteca en euros vinculada al riesgo de tipo de interés, que éste suba o baje más de lo que se desea por el prestatario no es una modificación extraordinaria de las circunstancias, sino la materialización del riesgo de tipo de interés, que puede ser beneficioso o perjudicial. Lo mismo sucede con el tipo de cambio, en este caso, euros/francos suizos.

Finalmente señala que la actora pretende actuar contra sus propios actos durante nueve años sin formular queja alguna, para alegar ahora la defectuosa comercialización del préstamo multidivisa, habiendo mantenido una actitud pasiva desde la suscripción en 2007 y posterior novación en 2009, ocultando de mala fe parte de la información recibida y así por ejemplo la suscripción el Texto de la carta mencionado, en el que reconocía haber sido debidamente informada de los riesgos del producto y sus consecuencias en anexo a la escritura.

TERCERO.- De la valoración en conjunto de las pruebas practicadas se estima acreditada la pretensión de la actora (Art. 217 de la LEC) y ello por las siguientes consideraciones.

Previamente y tal y como indica la STS 323/15 de 30 de junio: “ 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 Offered 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. 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 “hipoteca 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.

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 (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781) 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 (RCL 2007, 2302) , que traspuso la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289), de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407) , y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.

Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero y vale la radio, 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 (RJ 2015, 1863)). 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.

Dicha sentencia determina la naturaleza y normativa aplicable a un producto igual al que nos ocupa (hipoteca multdivisa) y debe partirse necesariamente de ella para resolver la cuestión debatida, a lo que no obsta la mencionada STJUE de 3/12/15 que se refiere a un producto diverso, préstamo al consumo en divisas, cuyo reembolso se efectúa en una divisa predeterminada y no como en este caso con posibles cambios constantes de la misma, pudiendo operarse con varias que pueden ir cambiando constantemente en el futuro. Es evidente el componente de aleatoriedad y no determinación de ese activo subyacente a priori, ni de su futuro valor, que no sólo influye en las cuotas a pagar sino además en el propio capital que se presta, que al final puede ser mayor que éste y así en beneficio del Banco y consiguiente perjuicio del cliente, lo que implica un componente especulativo de inversión y complejo, participando la propia entidad en la operación con la compra de las divisas (no quedando por tanto al margen de la operación la misma entidad bancaria) y percibiendo además de las oportunas comisiones por el cambio, incluso al vencimiento del préstamo, mayor cantidad que la prestada inicialmente, por el mismo funcionamiento del producto. Claramente participa durante su vigencia y con evidente fin especulativo también por su parte, no encajando exactamente este producto en las consideraciones que efectúa el Tribunal de Justicia, para calificar el producto que analiza de no ser un producto de inversión, complejo y derivado, pues en cuanto al que analiza la sentencia su única complejidad radica en una operación de cambio de moneda sin más como reseña, al ser preguntado por el servicio prestado, siendo el fin de la operación de cambio sólo permitir la concesión y reembolso de un préstamo (capital y cuotas) sin más. En el supuesto que nos

ocupa en cambio existe un fin especulativo con el producto que se califica por ello de inversión que va más allá de la propia operación de préstamo, al aumentar y disminuir las cuotas y el propio capital, no determinados de antemano, referidos a la fluctuación de un subyacente cambiante o derivado financiero.

Existen en el préstamo que nos ocupa distintas cláusulas que evidencian el carácter especulativo del producto como la contenida en la cláusula sexta bis) apartado g), en que el banco se reserva la facultad de dar por vencida la obligación, si por las fluctuaciones de tipos de cambio y estar cifrado el capital del préstamo en divisa, el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortizar en cada fecha de pago de cuotas comprensivas de capital e intereses, resulta superior en más de un 20% al resultado de aplicar al mismo importe el valor de cambio de divisa expresado en el apartado a) de la cláusula primera del contrato, a no ser que el prestatario reembolse la diferencia, amplíe la hipoteca o aporte otras garantías en el plazo que se reseña. Se trata de una cláusula con la que el banco se cubre para sí de uno de los riesgos propios de la hipoteca multidivisa, y pone en evidencia que se trata de un producto de riesgo y por ello de carácter especulativo, vinculado a un derivado financiero cambiante. En el mismo sentido la letra f) de dicha cláusula establece otra causa de vencimiento anticipado si el valor de tasación de la finca de la escritura llega a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento y no se aumentan las garantías. Se trata de nuevo de otra garantía en favor del banco que se protege así de otro de los riesgos inherentes al contrato, pudiendo de manera unilateral en ambos supuestos resolver incluso el contrato. Se estima por ello producto de inversión sin duda al que le es aplicable la normativa bancaria.

CUARTO.- Sentado lo anterior debe resolverse a continuación la alegación que se ha efectuado por la parte demandada, sobre la imposibilidad de decretar la nulidad parcial o anulabilidad del contrato sólo en lo referido a los contenidos relacionados con la hipoteca multidivisa, con relación al fondo y consecuencias de la posible nulidad que pueda decretarse a tenor de lo previsto en el artículo 1303 del CC, dada la imposibilidad de integrar las cláusulas de un contrato que haya sido declarado nulo.

En este extremo y en contra de lo que manifiesta la parte demandada sí se ha admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del propio TJUE dicha posibilidad, precisamente en favor del consumidor, pues no puede verse perjudicado por quien con su actuación ha provocado dicha nulidad, para el caso de estimarse la pretensión ejercitada.

El TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) sobre la nulidad parcial de los contratos, después de recordar que a diferencia de otros, como el italiano y el portugués que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, señala que nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* [lo válido no es viciado por lo inválido], se indica en el apartado 265 que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del favor negotiio en tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas

ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio (RJ 2010, 6555) RC 911/2006 ; 261/2011, de 20 de abril (RJ 2011, 3597) , RC 2175/2007 ; 301/2012, de 18 de mayo (RJ 2012, 6360) , RC 1153/2009 ; 616/2012, de 23 de octubre (RJ 2012, 10123) , RC 762/2009) .

La LCU (RCL 1984, 1906) , en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "[serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia" y que en el artículo 6.1 dispone que "[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Finalmente, razona en el apartado 274 que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" del contrato y que el tratamiento dado a las cláusulas suelo es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa", para concluir que la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia.

La inaplicación en este caso de los contenidos multidivisa es perfectamente posible en la práctica, porque el contrato permite entender que el préstamo lo fue en euros y las partes pactaron como una de las posibilidades de ejecución del contrato que las amortizaciones pudieran realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura para el caso de ser la hipoteca en euros.

La solución de la nulidad total del contrato es contraria a la finalidad de protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13/CEE y el TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) , ya que produciría un efecto mucho más perjudicial para los demandantes-consumidores que para la entidad bancaria demandada-profesional, al verse obligados a devolver es una sola vez la totalidad de un préstamo cuya

devolución estaba programada en mucho años. El caso analizado por la STJUE de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105) (asunto C-26/13) es como en la ST del Juzgado de Primera Instancia nº 84 de Madrid, 103/14 de 12 de mayo, diferente al que aquí se enjuicia, porque el préstamo hipotecario no podía subsistir sin la cláusula de conversión de la divisa que se considera abusiva. Pero, incluso, en ese supuesto, el TJUE modula la interpretación del apartado 6.1 de la Directiva, que impide al juez nacional que constata la nulidad de una cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, para posibilitar la nulidad parcial que podía arbitrarse como solución mediante la aplicación de una disposición supletoria del derecho nacional.

Recuerda el TJUE que el artículo 6.1 de la Directiva impide al juez nacional que constata la nulidad de una cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, lo que se justifica; (i) por el interés público que se anuda a la protección de los consumidores; (ii) por la obligación de los Estados miembros de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas; y (iii) porque si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas se pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, pues esa facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen (...los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de dichos profesionales.- Apartado 79). Ahora bien, ello no impide que el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional, que se presume no contiene cláusulas abusivas. Esa medida se justifica, en primer lugar, porque es acorde con la finalidad de la Directiva: reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (apartado 82). Y en segundo lugar, porque en el caso analizado por la sentencia, si se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de su capacidad económica) de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse, porque ese efecto penaliza al consumidor más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca (apartado 84).

Con relación a la caducidad de la acción de nulidad, teniendo en cuenta que la parte actora invoca el error como causa de nulidad absoluta del negocio e inexistente consentimiento, no cabe apreciar “a priori” la caducidad de la acción aducida, siendo imprescriptible la acción y

no siendo aplicable el artículo 1.301 del CC, pues el contrato carece de toda validez (STS 13-5-83, 8-43-94, 5-6-94), debiendo entrarse a valorar el fondo para determinar si efectivamente concurrió o no esa falta absoluta de consentimiento que constituye el principal motivo de nulidad invocado, por ausencia total del mismo respecto del producto contratado. A ello cabe añadir no obstante que, incluso en los casos de anulabilidad por error a que alude la parte demandada, el “dies a quo” para computar el plazo referido no comienza sino desde que la parte conoce o puede conocer el referido error en toda su amplitud a efectos de invocarlo.

En este punto la STS 11-6-2.003 entre otras dispone que; “ el artículo 1.301 del Código Civil establece que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1969 del citado Código . En orden a cuándo se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de julio de 1984 (RJ 1984, 3939) que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad, con más precisión de anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones, este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que solo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2669) . Conforme a dicha doctrina, debe considerarse que si la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo, debiéndose por tanto distinguir entre perfección y consumación del contrato, incluso aún alcanzar una tercera fase, denominada doctrinalmente como de agotamiento, cuando el contrato deja ya de producir todos los efectos que le son propios, es evidente, que en este caso, la consumación no se produce hasta el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas. En este supuesto ha sido con ocasión de su informe pericial cuando el prestatario ha podido determinar siquiera de forma aproximada, la posible suma total devolver en la divisa pactada, tras el recálculo derivado de la fluctuación de la moneda, sin haberse podido percatar antes del grave perjuicio derivado del contrato, en toda su extensión, al ser constante la variación que deriva de la fluctuación de la divisa, que cabe además cambiar durante toda la vida del contrato.

Entender que la acción sólo podría ejercitarse desde el momento en que se formalizó el contrato por coincidir la consumación del contrato con la entrega del préstamo, sería olvidar una parte de las obligaciones contraídas, como es la devolución total al finalizar el préstamo del capital finalmente fijado por aplicación de la divisa elegida, tras las diversas fluctuaciones que determinan un constante recálculo de la cantidad debida y determinan que la acción para reclamar no esté caducada. La misma parte demandada viene a reconocer que en caso de cambio de la tendencia que ha existido hasta ahora, la parte prestataria se podría ver claramente beneficiada por la aplicación de las cláusulas multidivisa, evidenciando que es posible no conocer hasta finalizar el contrato su verdadero alcance y consecuencias.

En todo caso y en el presente supuesto, no consta que la parte actora se percatase de ello ni en el momento de suscribir el contrato en 2007, por los confusos términos de la escritura

suscrita a los que se aludirá a continuación, en que no hay advertencia expresa del aumento de capital, ni en la escritura inicial ni en la de novación parcial posterior, ni por los extractos que se remitieran, ya que no se han aportado a los autos por la parte demandada, constando sólo un extracto aportado de la parte actora del año 2015, en que solamente consta el capital del préstamo en francos suizos, y no el contravalor en euros, reseñándose sólo el importe en francos y en euros de la cuota.

No se justifica que en los anteriores extractos que se remitieran se pudiera comprobar el principal riesgo de este producto, que constituye el aumento efectivo del capital prestado inicialmente. En este sentido se ha aportado por la parte actora un informe pericial en el que los peritos expertos y técnicos en la materia han podido constatar el efectivo perjuicio que por la evolución del cambio de divisa y del libor se ha producido en la hipoteca de la parte actora, sin que ello signifique que la misma se haya podido percatar de dicho extremo durante la vida del préstamo, refiriéndose al informe en su demanda y no como previa constatación de ese hecho por su parte. Hacen constar por ello los peritos precisamente que por la información recibida e incluso por el extracto bancario que examinan remitido en 2015, el cliente asocia las variaciones en la cuota, con las variaciones en los tipos de interés aplicados. Sólo se informa de la cuota a pagar en euros, pero no se traslada al capital pendiente a euros para poder hacer una comparación.

Por otra parte en la escritura de novación del préstamo hipotecario verificada el 4 junio 2009 se hace constar la previa existencia del préstamo multidivisa por un importe de 449.010 fr. de principal por su contravalor en euros de 270.000 €, reseñándose que a solicitud de la prestataria se acuerda la modificación del pacto de amortización de la cláusula 2ª II, letra g) (j realmente) de la escritura de 22 junio 2007, por el cual en el plazo de 18 meses, se iba a verificar una baja parcial de 210.000 €, constando a continuación de forma expresa, "manteniendo invariables el resto de las cláusulas contractuales". Así y pese a realizar una baja parcial de 60.000 €, no se menciona que se haya modificado el principal del préstamo desde el año 2007 al 2009 y sobre todo se destaca expresamente "que se mantienen totalmente invariables el resto de las cláusulas contractuales".

En el mismo sentido en el préstamo originario, esa baja parcial se fijaba en el importe de 210.000 €, sin referencia alguna a francos suizos, ni a la cantidad en francos suizos que resultaría tras esa baja parcial de 210.000 €. Es por ello que a un consumidor medio como la actora dicha novación, no le advierte de la posibilidad de que pueda o haya aumentado el principal del préstamo (como la pericial constata pese al periodo de carencia en su equivalente en francos suizos en ese tiempo) y por el contrario le informa de manera expresa y tajante, que es el principal no ha variado durante este tiempo, sin que sea necesario que el prestatario se pregunte cuánto dinero le queda por pagar tras esa amortización parcial, ya que se hace constar que se hace una baja parcial de 60.000 € (por cierto, sin reseñar contravalor alguno en francos suizos), bastando una mera resta para deducir que tu capital pendiente es de 210.000 €, al igual que en el préstamo originario se amortizaban 210.000€ de principal invariable sin más, deduciéndose el resto por simple operación aritmética de los mismos euros, al quedar además en suspenso la devolución del capital expresamente en la escritura original, abonándose sólo intereses (cláusula 22ª). Difícilmente pudo el cliente percatarse en el año 2009 de ese perjuicio, no habiéndose citado siquiera por la parte demandada al cliente a efectos del interrogatorio, para indagar si posteriormente se percató de alguna manera antes

de lo que manifiesta en su demanda y en todo caso dentro del plazo de cuatro años previsto para ejercitar la acción de anulabilidad, de las reales características del préstamo suscrito.

En los documentos aportados por la parte demandada a los autos y específicamente en los correos cruzados entre la testigo [REDACTED] empleadas de las entidades, no consta que se notificase a la cliente la reducción final del capital en francos suizos, constando en la escritura que firma la cliente una amortización parcial por importe de 60.000 €. La testigo [REDACTED] que ha declarado como testigo e intervino en la contratación y a quien no se estima objetiva, ni imparcial, ha manifestado primero a preguntas de la letrada de la parte actora que aunque no recuerda bien la operación y no intervino en la redacción y firma de la escritura novación, el capital se ponía sólo en euros porque en euros era invariable, cambiando constantemente en francos suizos ignorándose ese importe y posteriormente a preguntas del letrado de la demandada, refiriéndose al correo, alega que sí debió informar al cliente del aumento del capital en francos suizos en la novación, de forma contradictoria y sin que tal correo conste notificado al cliente.

Así y tras la novación modificativa verificada en 2009 en que sólo se hace constar que hay una amortización parcial de la cantidad de 60.000 €, manteniendo invariables todas las cláusulas de la escritura firmada en 2007 y por tanto y sin excepción, la cláusula relativa al principal prestado, (270.000 €), el cliente no se percataría del riesgo de efectivo aumento de capital, pues confiaba en que en todo el caso el principal del préstamo, habiendo pasado incluso dos años, no se alteraba, estando en suspenso su abono además.

No cabe por ello reprochar al cliente que no preguntase qué capital quedaba pendiente, cuando por la propia escritura inicial y de novación suscritas y actos de la propia demandada, es evidente que no era necesario.

Este criterio ha sido confirmado en supuesto semejante para productos de inversión por la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo nº 769/14 de 12 de enero de 2015, que interpreta el artículo 1.301 del CC en relación al artículo 3 del mismo cuerpo legal y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Art. 4:113), fijando como día inicial para el ejercicio de la acción, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el Frob o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo, siquiera ya de forma preliminar.

Por otra parte el hecho de haberse mantenido durante este tiempo el contrato, e incluso verificado una novación parcial en los términos referidos, no instando hasta ahora la nulidad, no implica una confirmación del contrato (Art. 1.309 del CC), ni se excluye la legitimación para ejercitar la pretensión de nulidad y efectos inherentes a la misma, no pudiendo ser confirmado lo que es nulo (SAP Madrid 14-7-15) y conllevará la restitución recíproca de las prestaciones parcial en el sentido expuesto, pues como en otros supuestos de productos de inversión señala la SAP Madrid 98/12 de 22 de febrero aplicada analógicamente, se pretende con tales acciones por la actora la restitución de las cantidades satisfechas por el contrato como si no hubiese existido en el sentido que la nulidad parcial que postula le ha dado, cuyos efectos perviven entre las partes y sobre ellos cabe actuar y que desaparezcan por la nulidad de forma efectiva de la vida jurídica, sin que tampoco sea aplicable la doctrina

de los propios actos frente a lo que es nulo, como reiteradamente ha determinado la Jurisprudencia.

Con relación al error en el consentimiento, primer motivo de nulidad que se invoca según se ha expuesto señala la SSTS 26-6-00 “para que el error en el consentimiento invalide el contrato, ha de recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquéllas condiciones que principalmente hubiesen dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente se esencialidad; que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por quien lo padeció, empleando una diligencia media o regular”.

En esta materia además y como señala la STSJ Navarra de 6-2-06, aplicando la doctrina contenida en las SSTS 24-2-04, 22-12-04 o 7-11-02, “la atribución a la actora de conocimientos y de la preparación adecuadas para conocer y comprender el alcance y riesgos de la operación, en razón a la dedicación de su actividad negocial (o su preparación en este caso), no es el resultado de una presunción judicial, sino la aplicación de una máxima de experiencia, esto es, una deducción o inferencia lógica basada en la experiencia jurídica y vital”

Se justifica en este caso y no niega la parte demandada que nos encontramos ante un perfil inversor minorista y conservador de la parte actora, quien debe gozar de la máxima protección por dicha condición y que no consta tenga otras inversiones de riesgo o semejantes a la hipoteca multidivisa considerada como un producto complejo, no apto en principio a su perfil inversor según se ha expuesto, fuese aplicable en ese momento la normativa Mifid o la anterior normativa de conducta de los mercados de valores. Así en el anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo , sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios -BOE 21 de Mayo- ya se disponía que todas las personas y entidades deben actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, conteniendo el artículo 4 relativo a "Información sobre la clientela", las bases sobre las que se asienta la “Teoría del "Perfil del cliente "al ordenar que "- 1. Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer." El artículo 5 relativo a la "Información a los clientes" añadía 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. 6. Deberán manifestarse a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida. 7. Las entidades que realicen actividades de asesoramiento a sus clientes deberán: a) Comportarse leal, profesional e imparcialmente en la elaboración de informes. b) Poner en conocimiento de los clientes las vinculaciones relevantes, económicas o de cualquier otro tipo que existan o que vayan a establecerse entre dichas entidades y las proveedoras de los productos objeto de su asesoramiento...."

La propia parte demandada no niega en su contestación a la demanda que el perfil inversor de la parte actora sea el referido, admitiendo también no haber llevado a cabo una evaluación de la conveniencia o idoneidad del producto para la misma parte actora, partiendo de la consideración de no tratarse de un producto de inversión. Rige por tanto la presunción de no ser un producto idóneo o adecuado para la parte actora que carece de los conocimientos necesarios para comprender su funcionamiento y consecuencias, sin perjuicio de que con adecuada y suficiente información pudiera llegar a contratarlo por propia voluntad. En este extremo la testigo [REDACTED] ratifica que no le consta que la actora tuviese ningún otro producto de inversión y no se evaluó su perfil al contratar, conociendo que era un producto altamente especulativo y de alto riesgo, que ofrecían a colectivos con alto poder adquisitivo como pilotos, informando sólo a otras personas si lo solicitaban creyendo, que no recordando expresamente, que en este caso debió ser así.

Dicha solicitud es negada expresamente por la parte actora en su demanda, quien alega que se suscribió con el fin de evitar pagar el Euríbor, que alcanzó sus máximos históricos en 2.008 y 2.009, recurriendo al franco suizo, que se encontraba en tendencia bajista respecto al euro y era más estable. No se justifica por la parte demandada a quien incumbe la carga de la prueba y por prueba objetiva al efecto que fuera la propia actora quien interesase este producto, al carecer de los conocimientos precisos y no constar según la testigo una campaña publicitaria de la que pudiera haberse servido la parte actora para solicitarlo dirigida a la misma, ni acceso de la misma parte actora a la información relativa a las posibles variaciones del Libor o fluctuación del franco y que tuviese relación alguna con mercado de cambios de divisas y acceso a sus distintos precios, de manera que pudiese elegir uno u otro por sus propios conocimientos y no por la propia información que el banco le facilitó al tiempo de contratar. Ello por más que acudiese a dicha sucursal por indicación de un familiar, admitiendo que mantenía buena relación con la actora la misma [REDACTED] que no recuerda el motivo de solicitarle la actora este producto expresamente, cuando la misma advertía expresamente ser altamente especulativo.

Se presume por tanto que fue el banco quien ofreció el producto lo que no se desvirtúa por prueba en contrario, no habiendo solicitado siquiera la demandada el interrogatorio de la actora o de su familiar para justificarlo.

Sí debe destacarse que en todo caso la propia entidad bancaria no niega en su escrito de contestación a la demanda, que el objetivo de la contratación por parte del actora no fue otro que evitar tener que pagar un mayor interés, por el préstamo concedido para sufragar la

adquisición de un bien de primera necesidad, como es la vivienda habitual en que iba a residir, precisamente por la tendencia alcista del Euríbor, no siendo lógico que siendo ese el objetivo primordial de la contratación, el posible resultado del producto y además previsible para la propia entidad bancaria (que debería advertir expresa y específicamente de este riesgo), sea pagar no ya sólo más intereses que con respecto al préstamo anterior, sino incluso una cantidad mayor que la prestada inicialmente, por el recálculo constante del capital prestado, siendo la parte actora un inversor minorista respecto de quien se presume no desea perder capital y que además precisamente al haber solicitado un préstamo para un bien de primera necesidad, se entiende necesita ese dinero por parte de un tercero para sufragar esa importante adquisición, máxime en este caso en que debe vender su vivienda anterior en un año y amortizar el préstamo casi totalmente.

En este extremo no se justifica que se proporcionase información sobre posibles escenarios negativos con tipos de cambios desfavorables y cómo en un escenario adverso las cuotas del préstamo podrían aumentar. La testigo [REDACTED] alega que aunque no recuerda la operación daba la misma información sobre la tendencia anterior y hasta la fecha de contratación y sobre la información del periódico Expansión y no sobre la proporcionada por el Banco. Señala que existía un dossier inicial que se entregaba al cliente con la información y riesgos esenciales del producto que la demandada no ha aportado de existir en este caso y que sí advertía de todos los riesgos y esencialmente del tipo de cambio en capital y cuotas. Alega que acudió a la firma de la escritura, sin que al ser leídas las cláusulas principales haya sabido precisar al ser preguntada, el motivo de no costar claramente ese riesgo de tipo de cambio en el pago de la cuotas o de efectivo aumento de capital en la escritura, ignorando el motivo de esa redacción. Ignora cómo podía saber la actora el capital pendiente y admite que no podía saber el cliente el tipo de cambio antes de las 11 horas, de abrir una cuenta en divisas, cuando antes de dicha hora todos los meses, debe pagar la cuota, devengándose conforme a la escritura intereses moratorios de no cubrir el total importe. Manifiesta ignorar las cuestiones relativas a los tipos de cambio comprador y vendedor para pagar la cuota o cómo se adquiriría la divisa. Dificilmente pudo informar adecuadamente al cliente sobre tales extremos, que ahora manifiesta desconocer, que afectan al capital y cuotas que son esenciales como prestación principal del préstamo e integran el mismo mecanismo de la opción multidivisa, además de conllevar importantes comisiones por un servicio igualmente esencial como es el cambio de divisa, que realmente como se ha acreditado en estos autos, no se prestaba realmente. No ha aportado la parte demandada pese a ser requerida al efecto ningún documento que acredite su prestación, estando en vigor el contrato y sin justificación alguna de ello.

Las declaraciones genéricas de la carta del Anexo de la escritura de exonerar a la demandada de cualquier responsabilidad derivada de la evolución desfavorable del tipo de cambio de divisa, sin advertencia expresa y clara en ese Anexo del principal riesgo asumido que podía ser el aumento del capital prestado, deja vacía de contenido dicha declaración genérica (condición general de contratación con falta de claridad y transparencia), constando en la compleja escritura suscrita diversas advertencias sobre el encarecimiento del contravalor en euros de la cuota mensual y capital pendiente, pero nunca referencia específica y clara al aumento del capital prestado. Era sencillo para la entidad bancaria haber incluido de manera destacada y esencial la advertencia expresa al cliente de que el producto era especulativo, complejo y de alto riesgo y podía conllevar tener que pagar mayor cantidad que la prestada

inicialmente y por tanto pérdida de capital para el prestatario, lo que no efectuó, realizando advertencias sesgadas y no claras referidas únicamente a riesgos de cambio de la divisa, contravalor en euros superior al límite pactado o que las cuotas mensuales y capital pendiente podía aumentar, que inducen a pensar que es la variación propia de un préstamo a interés variable, pero en todo caso un préstamo por una cantidad fija indeterminada.

Como alega la parte actora en su demanda de haber conocido este riesgo no hubiera suscrito el producto.

Precisamente la aleatoriedad del producto y su alto riesgo dan lugar a que como se ha expuesto, en la cláusula sexta bis) apartado g), el banco se reserve la facultad de dar por vencida la obligación, si por las fluctuaciones de tipos de cambio y estar cifrado el capital del préstamo en divisa, el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortizar en cada fecha de pago de cuotas comprensivas de capital e intereses, resulta superior en más de un 20% al resultado de aplicar al mismo importe el valor de cambio de divisa expresado en el apartado a) de la cláusula primera del contrato, a no ser que el prestatario reembolse la diferencia, amplíe la hipoteca o aporte otras garantías en el plazo que se reseña. Se trata de una cláusula con la que el banco se cubre de uno de los riesgos propios de la hipoteca multidivisa, y pone en evidencia que se trata de un producto de riesgo y por ello de carácter especulativo, vinculado a un derivado financiero cambiante. En el mismo sentido la letra f) de dicha cláusula que establece otra causa de vencimiento anticipado si el valor de tasación de la finca de la escritura llega a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento y no se aumentan las garantías. Es de nuevo de otra garantía en favor del banco que se protege así de otro de los riesgos inherentes al contrato, pudiendo de manera unilateral en ambos supuestos resolver incluso el contrato, como consecuencia del riesgo de cambio, sin contraprestación alguna en favor de la parte actora, quien podría ver cancelado el producto en un momento perjudicial para la misma y en beneficio del banco o serle exigidas garantías que no pudiera prestar, viéndose privado de un bien de primera necesidad como es su vivienda habitual. Constituyen de nuevo tales prevenciones condiciones generales de contratación desproporcionadas, sin prestación equivalente para el consumidor, al que no se advierte del riesgo específico que supone poder llegar a superar el límite del préstamo, de lo que es consciente el Banco claramente por la referida cláusula, no superando por tanto siquiera el control de incorporación al contrato, careciendo de una cláusula expresa y específica que advierta la cliente del riesgo especial y más importante que conlleva el contrato, que no es la simple fluctuación del cambio de divisa o del tipo de referencia como tal, sino aumento efectivo del capital prestado. Dichas cláusulas y en contra de lo que alega la parte demandada, no revelan al cliente que va a tener que pagar más que el capital inicial, puesto que se estipulan sólo para un supuesto desfavorable para el banco, refiriéndose a un contravalor en euros, que según el resto de cláusulas de la escritura, y pese al cambio de divisas, no podía variar para el cliente, siendo innecesario en caso contrario haber fijado ese importe en el contrato, contravalor en euros del importe fijado en francos suizos, que además tampoco se correspondía con la propia fecha de la firma de la escritura sino de dos días antes. Como ha alegado la testigo, el capital en euros no variaba y sí los francos suizos, lo que entiende el cliente como un importe fijo en euros de su préstamo al que se refieren la mayoría de las cláusulas y novación posterior.

Se firmó por ello el contrato en la confianza de que se ofrecería un producto acorde con los objetivos de contratación de la parte actora que no ha desvirtuado la demandada y que no aporta el oportuno test o evaluación que debió hacer para desvirtuarlos. Así con base en la información que se facilita verbalmente de modo personalizado y por la confianza en la entidad bancaria experta en la materia, se decide la contratación, dado que en principio no está la actora capacitada como inversora para comprender el alcance y consecuencias de la información contenida en la compleja escritura, que como se ha expuesto no es clara y transparente en sus cláusulas y respecto de los principales riesgos del producto.

Igualmente en la cláusula primera letra a) se hace constar que se entregan francos suizos, cuando lo que se ingresa en la cuenta son euros, fijándose el contravalor correspondiente en euros en la fecha que indica y sobre esta cifra y no sobre los francos suizos, se fija el valor de la responsabilidad hipotecaria, sin referencia alguna a los francos suizos, al igual que, como se ha expuesto, para la amortización anticipada de 210.000 €, en consonancia con la novación modificativa posterior igualmente, en euros (60.000 €). Todo ello induce a pensar al cliente que el euro es finalmente el marco de referencia de su deuda total final, pues en caso contrario la entidad bancaria no tendría por qué haber hecho constar ese contravalor, que además mantiene inalterable en lo que se refiere al capital, durante 18 meses. En el mismo sentido se hace constar en la escritura, cláusula II el importe de la cuota inicial en francos suizos, si bien en los propios extractos, se hace constar su equivalente para la cuota sólo en euros y al mismo tiempo y en la misma cláusula II de la escritura, se alude a una baja parcial del capital de 210.000 €, sin mencionar los francos suizos. Cuando menos resulta confuso y contradictorio que se alternen constantemente las monedas y dado lo confuso del contrato inicial, cuya interpretación no puede favorecer a la parte que lo ha redactado, en este caso el banco, (Arts. 1.281 y 1.288 del CC y concordantes de 80.2 del TLGGDCU y 6 de la LCGC), acudiendo a los propios actos de las partes, coetáneos y posteriores a su suscripción, no cabe entender que vaya a tener el cliente que devolver mayor cantidad de la pactada inicialmente en el contrato en euros. Por ello procede el banco a ingresar euros en la cuenta del cliente, a utilizar el euro como moneda de referencia para los cambios de moneda y a cobrar comisiones para el cambio pasando siempre por euros y euros utiliza para fijar el importe de la responsabilidad hipotecaria, incluso superior al importe del préstamo y para fijar la cantidad de baja parcial y posteriormente para la novación modificativa de 2009, sin referencia alguna a francos suizos.

Consta expresamente en el apartado c) igualmente que la transformación de la moneda, esto es, el cambio de divisa por el prestatario, “no constituye una novación o modificación alguna del presente préstamo”. Dicha expresión induce a pensar una vez más que el principal del préstamo lógicamente no va a variar. Pero es que además acto seguido señala que deben reintegrarse las cuotas comprensivas de pago de capital e intereses en la moneda en que está representado el préstamo en cada momento, sin advertencia alguna del efectivo aumento del capital y abono del mismo.

Como indica la parte actora constan a continuación las posibles fechas de cambio de divisa, evidenciando la pericial aportada las dificultades que se pueden tener para ello y el perjuicio que de manera efectiva se produce para un consumidor medio que no tiene a su alcance la debida información para adoptar decisiones que le puedan beneficiar, jugando con los tipos

de cambio, máxime cuando el banco se reserva la posibilidad de aplicar los tipos de cambio comprador y vendedor que le son más favorables. En todo caso y sea cual sea la divisa elegida, se efectúan esos cambios con el euro, funcionando realmente la divisa como un derivado subyacente y no como un préstamo realmente entregado en la divisa elegida. En el mismo sentido en la cláusula III hay posibilidad de efectuar amortizaciones parciales voluntarias muy gravosas, sin que se pueda conocer el precio de conversión de la divisa y el que se pagará por la amortización anticipada previamente.

En todos estos casos no consta proporcionada por la empleada de la entidad, la debida información, con diversos escenarios y posibilidades, por lo aleatorio y complejo del producto.

Todas esas cláusulas en la forma en que se han aplicado, han resultado perjudiciales para el cliente y al mismo tiempo muy beneficiosas para el banco, que ha percibido importantes comisiones por ello, sin haber acreditado pesar de sido requerido al efecto, el coste que le suponía a su vez la adquisición de la divisa, constando por el contrario acreditado por el informe pericial aportado, que las entidades bancarias disponían en su haber de divisa que debían colocar a sus clientes, para evitar resultar perjudicados precisamente por el cambio de tendencia en su evolución, incurriendo en un evidente conflicto de intereses en perjuicio de sus clientes con el ofrecimiento y contratación de este producto, de lo que evidentemente tampoco consta advertencia alguna al cliente.

Se produjo una labor de auténtico asesoramiento financiero, en que el cliente decide esa contratación ante la información determinante recibida y opinión de quien le ofrece el producto como profesional de la banca, siendo dicha opinión y no la propia, la determinante de la transferencia y adquisición del producto concreto.

Como señala la ST del Juzgado de primera Instancia nº 84 de Madrid 103/14 de 12 de mayo se trata 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, este tribunal considera que ha quedado suficientemente justificado que la respuesta sería negativa. Es evidente que un consumidor cuyos ingresos y gastos lo son exclusivamente en euros, que carece de formación académica y 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".

Debió tener en cuenta la entidad bancaria el largo plazo del contrato a la hora de explicar los diversos escenarios al menos tras la amortización parcial e imposibilidad de efectuar un cálculo de lo que el futuro podría deparar, siendo máxima la aleatoriedad del producto, fuese o no un producto de inversión.

En esta línea la DF 3ª de la actual Ley 9/12 de 14 de noviembre de reestructuración y resolución de entidades de crédito, ha introducido determinadas modificaciones en la Ley

24/88 de 28 de julio del Mercado de Valores, dando carácter imperativo a algunas recomendaciones que la CNMV ya había transmitido como buenas prácticas a las empresas que prestan servicios de inversión, dictándose en su desarrollo la Circular 3/13 de 12 de junio que las incorpora, destacando la necesidad de que se obtenga previamente a la contratación al inversor de toda información o publicidad sobre el producto, con todo tipo de advertencias sobre su complejidad. Ha modificado igualmente los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis en cuanto a las mayores exigencias en la evaluación de la conveniencia o idoneidad, describiendo por escrito u otra forma duradera al cliente cómo se ajustan las recomendaciones que efectúa a las características y objetivos que persigue el mismo, debiendo advertir expresamente de la no conveniencia del producto de resultar así.

No se pudo conocer el real alcance el producto que se contrataba, no prestando un consentimiento acorde al objeto del contrato, incurriendo con tal proceder en claras infracciones de la normativa Mifid y buena práctica bancaria en general conforme se ha expuesto e incluso de no estimarse producto de inversión, al no ser el producto contratado acorde a la finalidad contractual perseguida por la parte actora.

Con respecto a las condiciones en que se suscribió el contrato, no constan efectuadas por el notario advertencias específicas del riesgo de tipo de cambio y lo que conlleva tanto para las cuotas como para el principal, reseñando que no existen condiciones generales de contratación que hayan sido declaradas nulas o abusivas, no constando documento escrito previo del contrato a suscribir entregado al efecto a la parte demandante, en los términos exigidos por la Orden 5/5/94, que desde 2007 ya era aplicable, por mandato de la Ley 26/1988, a todos los préstamos hipotecarios que recaigan sobre viviendas, con independencia de la cuantía a partir de su entrada, obligaciones que se han incorporado a la vigente Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Tampoco consta que el cliente tuviera a su disposición y la correspondiente minuta con tres días de antelación como mínimo para haber podido examinar su contenido.

No hay constancia de más información precontractual, sin que el contenido de la escritura pública tal y como indica el supuesto semejante la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 abril 2015, supere el control de transparencia sobre los riesgos de la cláusula multidivisa, tal y como está redactada la escritura. La simple lectura no garantiza que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, ni la carga jurídica del mismo, no constando simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del líbor en relación con el Euríbor al tiempo de contratar. En este extremo alude la testigo a suponer una dificultad adicional el líbor frente al euríbor por variar mensualmente, sin que se acredite no sólo que informase de tal extremo al contratar, sino tampoco posteriormente. Consta en cambio en el informe pericial aportado, que la propia parte demandada podía conocer por los informes existentes y su propia actuación en el mercado de divisas, la solución previsible de un contrato que podría llegar a tener tan larga duración, no sólo inicialmente al tiempo de suscribir la escritura, sino incluso posteriormente al suscribir en 2.009 la novación, cuando al banco ya le constaba según alega en su escrito de contestación a la demanda, que el contravalor en euros del préstamo concedido en francos suizos era ligeramente superior al vigente en junio de 2007, no constando proporcionada información alguna al cliente ni verbal, ni escrita.

Es evidente así el carácter no negociado de las cláusulas que regulan la aplicación de la opción multdivisa. Se trata de un clausulado General, redactado unilateralmente por la entidad bancaria como no desvirtúa la misma e impuesto al cliente de forma abusiva y perjudicial para el mismo.

Resulta obligación de la entidad bancaria como menciona la referida sentencia, probar que estas concretas cláusulas fueron objeto de negociación individual y los específicos motivos de su aceptación en los términos en que están redactadas, debiendo concluirse que se trata de cláusulas predispuestas, cumpliéndose el primero de los requisitos precisos para entrar en el control de abusividad y la prestación del consentimiento, que ya no se presume libre y voluntariamente otorgado, por incumplimiento de la entidad bancaria de sus obligaciones de información. Existe un claro desequilibrio en las prestaciones de las partes en perjuicio del consumidor, a quien no se informa claramente del riesgo derivado de la fluctuación de la moneda con relación al capital del préstamo, el cual puede aumentar e implica un evidente beneficio para el banco, que controla además los tipos de cambio y las importantes comisiones que perciben por el propio funcionamiento del préstamo, que no responden a un servicio realmente prestado, no aportando pese a ser requerido al efecto, justificante alguno de las compras y ventas de divisas, máxime encontrándose en este momento la hipoteca en vigor como se ha señalado.

Era esencial conocer el mecanismo propio de funcionamiento derivado de la fluctuación en su repercusión económica y jurídica, que no resulta de la mera lectura de la escritura.

Además al haber resultado el producto contrario a la finalidad perseguida por la actora al contratar, queda desnaturalizado su contenido y objeto esencial y viciada la voluntad prestada conforme a tal objeto esencial.

Siendo éste el objeto esencial del contrato, conforme admiten ambas partes, ello resulta también determinante en cuanto al deber de información que sobre su objeto esencial y riesgos que conlleva, ha de prestar la entidad bancaria que lo ofrece. Así cualquier circunstancia afectante al contrato que determine la anulación de su objeto o cualquier cláusula que incida en su objeto esencial, ha de ser objeto de especial y veraz información para el cliente que contrata al principio y durante toda la vida del mismo, quedando en otro caso viciada su voluntad.

El producto contratado resulta un producto complejo de inversión y no propio de un cliente minorista y no se aprecia con la documental aportada y testifical practicada que se cumplan las exigencias legales de adecuada información en cuanto a su objeto, no solo ya con arreglo a la normativa reguladora del mercado de valores, sino de la contratación bancaria en general y normativa de contratación, destacando solo las ventajas y no reseñando más que genéricamente sus principales riesgos.

No se estima que en la contratación del producto el cliente pudiese acceder a toda la información relevante para adoptar una decisión fundada, adecuada al fin contractualmente perseguido por el mismo, del que tenía pleno conocimiento la contraparte (o que su error

fuese excusable con una diligencia media), como se ha acreditado, en los términos exigidos legalmente.

La SAP de Madrid 270/01 de 23 de abril entre otras señala también: “con respecto a los contratos bancarios, sin que sea ahora el caso en entrar en el nombre propio de cada uno o si se trata de contrato innominado, y para estos contratos el art. 48 L 26/1988 de 29 julio, sobre Disciplina e Intervención Bancaria marca unas indudables pautas de comportamiento, en orden a que cada contrato se celebre por escrito, reflejando de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, entregando al cliente un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito, así como que las entidades de crédito den a conocer a su clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de concreción, claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas, condiciones o estipulaciones que con carácter general se apliquen a la venta de productos o servicios, con posibilidad de comprensión directa y sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual;....., por mucho que se trate de contratación en masa o contratos de adhesión y con condiciones generales, que en todo caso además de lo antes expuesto han de estar presididos por los principios de buena y justo equilibrio de las contraprestaciones;

En este punto debe señalarse que si bien se aprecia error en la contratación no en cambio dolo por parte de la testigo comercial que ofreció en su día la contratación, no informando la entidad bancaria debidamente a la misma de cómo proceder con el producto e ignorando parte de su funcionamiento que no ha sabido explicar, en la creencia de actuar adecuadamente, al no estimarse producto de inversión ni evaluarse el perfil y por el comportamiento seguro que habían venido manteniendo hasta la contratación las divisas, que era la información de que disponía. Así es cierto que es un hecho notorio que la crisis económica comenzó en el propio año 2.008 evidenciada en septiembre con la crisis de Lehman Brothers y posteriormente la tendencia en 2.009 y años siguientes no era tan favorable, si bien ya no intervino en la firma de la novación la testigo y no se sabe qué previsiones se tuvieron en cuenta, incurriendo el banco en actuación negligente en todo caso, pero no acreditada en ese momento dolosa, pues también podía haber resuelto el contrato. En este sentido la SAP Madrid 156/11 de 6 de abril en supuesto de un contrato bancario referido a un producto de permuta financiera o swap, en que se presume la buena fe, debiendo acreditarse el dolo expresamente, sin perjuicios de apreciar negligencia en la actuación de la entidad bancaria.

Se aprecia por ello solo una consentimiento viciado por error invencible para la actora y por la omisión de relevante información en términos adecuados a la normativa aplicable, ofreciendo un producto complejo de alto riesgo e inadecuado al perfil de un cliente minorista y sin suficiente información para comprender su objeto y adecuarse a los fines contractualmente perseguidos, quedando viciada su voluntad.

En esta materia y apoyando las anteriores conclusiones señala la SAP Valencia 30-10-08 o de 17-7-08, con cita de la de 14-11-05 que la especial complejidad del sector financiero-terminología, casuismo, constante innovación de las fórmulas jurídicas, transferencia de riesgos a los clientes adquirentes...- dotan al mismo de peculiaridades propias y distintas respecto de otros sectores, que conllevan la necesidad de dotar al consumidor de la adecuada protección tanto en la fase precontractual -mediante mecanismos de garantía de transparencia de mercado y de adecuada información al consumidor (pues sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación)- como en la fase contractual -mediante la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales, a fin de que la relación guarde un adecuado equilibrio de prestaciones - como finalmente, en la fase postcontractual, cuando se arbitran los mecanismos de reclamación. La [Ley de Mercado de Valores \(RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149, 1781\)](#) y el [Código General de Conducta de los Mercados de Valores \(RCL 1999, 2621\)](#), en lo relativo a la información a suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata".

El Artículo 79 y concordantes de la Ley de Mercado de Valores, regula hoy día las obligaciones de diligencia y transparencia, la cual ha sido modificada por Ley 47/2.007 de 19 de diciembre y Ley 9/12 de 14 de noviembre, que vino a potenciar a través de la introducción de un Artículo 79 bis, los deberes de información al cliente, haciendo una regulación muy exhaustiva de la misma y distinguiendo en tal información, la que se debe al cliente no profesional. Según su regulación, " la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión, deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias", de igual forma recoge una obligación de máxima aplicación al supuesto que nos ocupa al señalar que "la información deberá ser exacta y no destacará los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial e invisible", dicha obligación es evidente que el Banco debe de cumplirla a pesar de que ello conlleve un riesgo de no contratación. En igual sentido se dictó la Circular 3/13 de 12 de junio de la CNMV, dando carácter imperativo a algunas recomendaciones que ya antes había transmitido como buenas prácticas bancarias a las entidades que prestan servicios de inversión, exigiendo entre otras cuestiones, que en la información previa (siempre previa ya con arreglo a la anterior normativa) que se entregue a los inversores, con carácter previo a la adquisición de un instrumento del mercado de valores y en su publicidad, es incluyan las advertencias necesarias y en particular las que destaquen que se trata de un producto no adecuado para inversores no profesionales, debido a su complejidad, incluyendo un registro de clientes y productos no adecuados de haberse efectuado una evaluación en sentido negativo. Fija igualmente las expresiones manuscritas concretas a recabar y redacción de las advertencias concretas para evitar abusos.

También destaca la STS 22-12-09, que Ley del Mercado de Valores y el Código General de Conducta de los Mercados de Valores en lo relativo a la información a suministrar al cliente, considera que las entidades deben ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información relevante para la adopción por ellos de las decisiones de inversión, dedicando el tiempo y la atención adecuada para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. Así lo dispone el Art. 79 de Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, al decir las entidades de crédito que actuasen en el Mercado de Valores deben atenerse, entre otros, a los siguientes principios y requisitos: "a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado", "c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios", "e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados".

Con arreglo a tal normativa, la información debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y haciendo expreso hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo a fin de que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata-Art. 5.3 del Código General de Conducta del Mercado de Valores, de obligada observancia con arreglo al contenido del artículo 78 b) de la Ley de Mercado de Valores anteriormente citada-.

En el caso de productos de inversión complejos la carga de la prueba sobre la existencia de un adecuada información 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 resulta de los apartados b) y c) del artículo 2 que "las entidades deberán asesorar profesionalmente a sus clientes en todo momento, tomando en consideración la información obtenida de ellos, c) Las entidades desarrollarán su actividad de acuerdo con los criterios pactados por escrito con el cliente ("criterios generales de inversión") en el correspondiente contrato. Tales criterios se fijarán teniendo en cuenta la finalidad inversora perseguida y el perfil de riesgo del inversor o, en su caso, las condiciones especiales que pudieran afectar a la gestión. Dentro del marco establecido por estos criterios, los gestores invertirán el patrimonio de cada uno de sus clientes según su mejor juicio profesional, diversificando las posiciones en busca de un equilibrio entre liquidez, seguridad y rentabilidad, dando prevalencia siempre a los intereses del cliente".

El Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil) en Sentencia de 20 de Enero de 2003 -Ponente: Sr. Almagro Nosete, LaLey Juris.: 794/2003 - declara:

"...Ya la Ley del Mercado de Valores de 1988 estableció, superando la arcaica legislación existente hasta el momento, las nuevas bases del régimen jurídico español en la materia y de su regulación, en lo que al tema respecta, ha de concluirse, desde una perspectiva general, que el contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil(artículo 244 del Código de Comercio), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el "mercado de valores", al llamado contrato de "comisión bursátil"; de manera, que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley del mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en los dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad".

Ninguna de las obligaciones que resultan de lo anteriormente expuesto en cuanto a diligencia, perfil adecuado y transparencia, se cumplieron por la demandada con la actora en este caso, ni al tiempo de la contratación, ni posteriormente incluso con la nueva normativa Mifid en vigor, procediendo por todo lo expuesto estimar íntegramente la pretensión principal de la demanda en los términos interesados, al no verificar la parte demandada el perfil inversor de la actora, ni proporcionar la información adecuada a la hora de suscribir el producto, careciendo el contrato del esencial requisito de consentimiento por error esencial y excusable de la parte actora y resultando condiciones generales de contratación nulas y abusivas en perjuicio del consumidor, las relativas al contenido multidivisa.

Con respecto al resto de las cláusulas cuya nulidad se postula por resultar abusivas o poco transparentes conforme a la normativa de consumidores, ninguna alegación específica ha efectuado la parte demandada sobre las mismas que se limita a negar con carácter genérico las alegaciones verificadas de contrario.

Como se ha expuesto sin duda estamos ante un contrato en que el cliente es un consumidor, lo que no contradice la parte demandada, por lo que resulta aplicable, además de la normativa bancaria, igualmente la normativa sectorial de consumo, en concreto, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En especial, resulta aplicable el art. 8 del citado Real Decreto Legislativo, que establece, con carácter general, que es un derecho básico del consumidor la información correcta sobre los diferentes productos o servicios.

Es aplicable asimismo la imposición a la entidad demandada en los contratos que utilicen cláusulas no negociadas individualmente el cumplimiento de los requisitos del artículo 60,

sobre la información previa al contrato, que establece que *"Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas"*. Y su artículo 80 establece que; 1. *en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura. c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. 2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.*

Nos hallamos además ante un contrato que resulta de adhesión, no acreditándose como ha reconocido expresamente la misma testigo [REDACTED] que estas condiciones generales fueran en modo alguno negociadas individualmente y cuya incorporación al contrato se incluyó por el Banco en los huecos pertinentes y por ello han *"sido impuestas por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"*, supuesto que de conformidad con el artículo 59 del TRLCYU queda sometido, no solo a la normativa específica de consumidores sino también a la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Asimismo, tal y como contempla el artículo 1 de la Ley 7/1998 LCGC, *"El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión."*

Partiendo de tales extremos resulta del simple examen de las cláusulas y de las pruebas practicadas, justificadas las alegaciones de la parte actora con respecto a las cláusulas específicas que señala. Así además de ser nulas por los motivos expuestos las cláusulas referidas a la opción multidivisa, incluidas las referidas a las comisiones por el servicio inexistente, son nulas también otras con evidente por falta de transparencia, algunas en parte referidas a la opción multidivisa y otras no. Así la cláusula 5ª, "Gastos y tributos a cargo de la parte prestataria" (página 32), que incluye los cargos a la prestataria de todo gasto, incluidos los extrajudiciales y honorarios y derechos de letrado y procurador si el banco usa sus servicios, implicando una renuncia del consumidor a sus derechos, radicalmente nula.

La cláusula 6ª “Intereses de Demora”, que recoge el tipo aplicable de seis puntos por encima del vigente al entrar el deudor en mora, con un mínimo del 18% computado desde el día en que debía hacerse el pago y sin previa notificación, que es también aplicable para el caso de vencimiento anticipado por incumplimiento del deudor, devengándose sobre toda la cantidad vencida y no pagada. Resulta abusivo y contrario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo de 22-4-15 que impone un máximo de dos puntos por encima del tipo de interés ordinario, ajustándose al interés remuneratorio a que alude la referida sentencia.

La cláusula 6ª Bis “Causas de resolución anticipada” (pag.35) que establece por un lado las principales causas y entre ellas la posibilidad del banco de dar por vencido anticipadamente el préstamo por falta de pago a la fecha de vencimiento de cualquiera de las cantidades debidas de la escritura, sea por principal o intereses o incumplimiento de las obligaciones del epígrafe I de la cláusula 7ª de la escritura. Se trata de cláusulas contrarias a derecho como ha venido estableciendo la jurisprudencia del TJUE, pues como alega la misma parte actora no todo incumplimiento puede dar lugar a esa resolución anticipada.

Igualmente es contraria a derecho la letra f. relacionada con la opción multidivisa, que estipula como causa de resolución:” si el valor de la tasación de la finca de la escritura llega ser inferior a 125% del contravalor en euros el principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento, y la parte deudora no aumentare la garantía en la forma establecida en el apartado d) anterior de la presente cláusula”. Se trata de algo como alega la actora, que ha ocurrido tras la caída del valor de los inmuebles, debiendo efectuarse la tasación descontando de antemano las posibles oscilaciones del valor del bien que puede sufrir durante el préstamo y si la entidad aceptó esa tasación debe aceptar sus consecuencias, pues cuenta además de con un bien inmueble, con la garantía personal e ilimitada del deudor hipotecario. Es una cláusula que faculta al banco a su ejercicio y es contraria a la buena fe, con abuso del banco.

Resulta igualmente abusiva la letra g), referida a la opción multidivisa en que el banco se reserva una facultad de dar por vencida la obligación, si por las fluctuaciones de los tipos de cambio y estar cifrado el nominal del préstamo en divisa, el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización, en cada fecha de pago de cuotas comprensivas de capital e intereses, fuese superior en más de un 20% al resultado de aplicar al mismo importe el valor de cambio de la divisa que se ha expresado en el apartado a) de la cláusula primera del presente contrato, a no ser que el prestatario reembolse la diferencia o para cubrirla amplíe la hipoteca con rango de primera o aporte otras garantías reales suficientes a juicio del banco en el plazo de los ocho días siguientes a ser requerido al efecto.

También en el segundo apartado de causas de vencimiento anticipado, en la página 37; “Otras causas de vencimiento anticipado”, se contienen un cúmulo de circunstancias contrarias a derecho y así, si se produjera por ejemplo el caso previsto en la letra d) que supone que la parte prestataria incumpliera alguna de las obligaciones del contrato o las accesorias con la letra c) si la parte prestataria solicita o es declarada en suspensión de pagos, quita o espera o concurso de acreedores, lo que en principio no tiene por qué dar lugar a un vencimiento anticipado. Se trata además de cláusulas que el banco establece y que puede ejercitar a su conveniencia, de forma abusiva y contraria a derecho.

En la página 39 con la denominación “Sección Segunda”. Cláusulas generales, se incluye una Cláusula 7ª. Manifestaciones y Compromisos Especiales de la parte prestataria” en que se incluyen obligaciones como mantener la finca hipotecada en perfecto estado, pagar cuotas y derramas, contribuciones, impuestos, constitución en seguro de incendio y daños a favor de Barclays...en la cláusula quinta incluye una cláusula contraria a derecho, limitando el derecho de propiedad, ya que se pacta que se compromete el prestatario a no arrendar el inmueble a terceros por una renta anual inferior a la que fija el banco y en caso contrario el banco le puede exigir a ampliar la hipoteca u otras garantías o incluso proceder al vencimiento anticipado del préstamo y ejecutar la garantía hipotecaria.

La cláusula 8ª, “Lugar de Pago”; página 43, se establece la oficina del banco que designa y una cuenta domiciliada, que es distinta la cuenta del préstamo de la página 45, cláusula 10ª. Además se hace constar en el apartado b) que el banco puede variar el lugar de pago siempre que se encuentre dentro del mismo término municipal que el inicialmente pactado, modificando las reglas previstas en el Código Civil, sin justificación, ni justo equilibrio de prestaciones.

La cláusula 9ª “Compensación y aplicación” de la página 44 vulnera igualmente las reglas que rigen el sistema de pago y compensación, resultando abusiva ya que el banco deja a discreción completa suya, la compensación de saldos, en perjuicio del consumidor.

La cláusula 10ª. “Cuenta del préstamo”, página 45, viene a indicar que es una hipoteca en euros, ya que se reconoce que se entregarán al cliente euros y éste pagará en euros, instrumentalizándose todo a través de una cuenta en esta moneda, salvo que el cliente decida comprar divisas por su cuenta y de manera anticipada a través de una cuenta propia en divisa, y en este caso no existe. Igualmente el apartado siguiente viene a reconocer que el cliente no le adeuda una cifra de capital pendiente en una divisa concreta, sino su contravalor en euros, resultando una hipoteca indexada a una divisa, nula conforme a lo expuesto y abusiva.

La cláusula 11ª sobre “Cesión del Préstamo”, página 46 ya ha sido declarada abusiva por los tribunales y contraria a derecho al implicar una renuncia de derechos de los consumidores, permitiendo al banco ceder a cualquiera el crédito, sin notificación al prestatario, que renuncia a ello.

Las cláusulas 12ª y 13ª sobre la responsabilidad hipotecaria y a la extensión de la hipoteca, constando la página 14ª, disposiciones sobre la “Ampliación de la hipoteca”, que vuelven a ser abusivas, ya que faculta al banco a su ejercicio, con clara inseguridad jurídica en caso de disminución del valor de la finca hipotecada por debajo del 20% del valor de tasación inicial, pudiendo el banco exigir ampliar la hipoteca a otros bienes, devolución del exceso etc.; es una cláusula contraria a la buena fe y un claro abuso de la facultad del banco como predisponente.

Tras una serie de disposiciones sobre ejecución y aceptación y solicitud de inscripción, el banco en la cláusula decimoctava, página 55 establece un pacto por el que los comparecientes se someten a la competencia de los juzgados o tribunales de Madrid,

contrario a derecho, ya que el consumidor no puede renunciar al fuero propio que le confiere la ley, resultando una renuncia nula.

Procede en definitiva y conforme a lo expuesto estimar íntegramente la demanda formulada en sus pedimentos principales, al haber acreditado la parte actora los hechos en que funda su pretensión y no la parte demandada su extinción.

QUINTO.- Conforme a lo previsto en el artículo 394 de la LEC, procede imponer las costas a la parte demandada.

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

FALLO.- Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda formulada por el Procurador Don Ramón Valentín Iglesias Arauzo en nombre y representación de la entidad “Asociación de Usuarios de Servicios Financieros” (Asufin) en nombre e interés de su asociada Doña [REDACTED] contra la entidad “Bankinter, S.A.” representada por el Procurador Don Miguel Ángel Montero Reiter. y, en consecuencia, debo declarar la nulidad de la cláusula u opción multidivisa del préstamo hipotecario multidivisa suscrito con el asociado en cuyo interés se actúa por la parte actora, y de cuantas innovaciones o carencias se hayan suscrito, por el error en que incurrió la asociada en la suscripción de este producto, declarando además abusivas por falta de transparencia dichas cláusulas, en los términos descritos en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución. Procede igualmente declarar la nulidad del resto de las cláusulas insertas en el contrato consideradas abusivas y poco transparentes, referidas igualmente en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución.

Como consecuencia de lo anterior debo condenar y condeno a la entidad demandada a eliminar de su contrato dicha opción multidivisa y a prohibir su utilización futura en el contrato, condenando a la demandada a eliminar también del contrato el resto de cláusulas consideradas abusivas referidas en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución.

Igualmente y como consecuencia de ello, procede condenar a la entidad demandada a recalcular el importe pendiente de amortizar a través de un cuadro de amortización en euros, referenciado al tipo de interés y diferencial previsto para este supuesto en el contrato, así como a devolver a la prestataria las cantidades que se hubieran cobrado en exceso, en virtud de las cláusulas declaradas nulas, actualizado con los intereses legales correspondientes, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, adoptando al efecto las medidas necesarias para ello, como la elaboración de la tabla comparativa entre lo efectivamente abonado por todos los conceptos y lo que tendría que haber abonado, corriendo con todos los gastos que se deriven del cumplimiento del presente fallo.

A tenor de lo previsto en el artículo 22 de la LCGC al haberse estimado igualmente la nulidad de las cláusulas conforme a dicho precepto, debe libarse mandamiento al titular del

Registro de Condiciones Generales de la Contratación, para la inscripción de la sentencia estimatoria en el mismo.

Finalmente procede imponer a la parte demandada las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de Apelación en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta mi sentencia de la que se unirá certificación a los autos correspondientes, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada que fue la anterior sentencia por la Sra. Magistrado-Juez que la suscribe en el día de su fecha, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

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