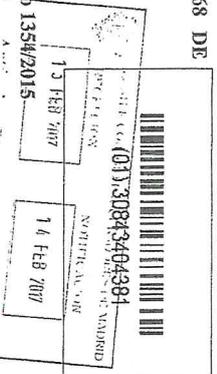


JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 68 DE
MADRID
C/ Capitán Haya, 66 , Planta 7 - 28020
Tfno.: 914932879
Fax: 914932883
42020310
NIG: 28.079.002-2015/0209250
Procedimiento: Procedimiento Ordinario
Materia: Contratos en general
Demandante: D./Dña. J
PROCURADOR D./Dña. NOEMI JURADO LAPENA
Demandado: BANKINTER SA
PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES



SENTENCIA Nº 061/2016

En la Villa de Madrid, a ocho de febrero de dos mil diecisiete.

Javier Mauléón Álvarez de Linera, magistrado juez, titular del juzgado de primera instancia número 68 de Madrid, ha visto los presentes autos de juicio ordinario instados por la procuradora doña Noemí Jurado Lapena, en nombre y representación de don [redacted] asistidos del abogado don Pablo Puente Zomeño, contra BANKINTER, S.A., que ha estado representada por la procuradora doña Rocío Sampedre Meneses y asistida de la abogada doña Patricia Borrás Cebrián, sobre nulidad parcial de contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de septiembre de 2015, se presentó escrito por el que se formulaba demanda por la que se solicitaba se declarase la nulidad parcial de una escritura de préstamo hipotecario en divisa extranjera de fecha 23 de febrero de 2007, en lo relativo a

las cláusulas referidas a moneda extranjera y costas, todo ello sobre la base de los hechos y fundamentos de derecho que invocaba.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada, que contestó a la demanda y se opuso por las razones que invocaba y que damos por reproducidas.

TERCERO.- Se celebró la audiencia previa al juicio el día 9 de junio de 2016, comparecieron las partes, se reconocieron los documentos, se fijó la controversia, se propuso la prueba consistente en documental, testifical y pericial, que fue admitida parcialmente.

CUARTO.- Se celebró el acto del juicio el día 10 de enero de 2017, comparecieron las partes, se practicó la prueba admitida, informaron los letrados en apoyo de sus respectivas tesis y se declararon los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo las relativas al plazo para dictar sentencia por baja del titular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El conflicto planteado hace referencia a la existencia de un préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de una vivienda por parte de los actores y concedido por la entidad financiera demandada, mediante escritura de fecha 23 de febrero de 2007 (con ella se canceló otro préstamo que tenían los actores con la misma entidad bancaria y para idéntico fin), con la peculiaridad de que el préstamo era en moneda extranjera.

La razón de pedir se encuentra en la consideración que hacen los actores de que la información recibida por la entidad bancaria no cumple la norma específica (se refiere a la Ley 26/1988 de disciplina e intervención de las entidades de crédito), además de la normativa en materia de consumidores o la infracción de los preceptos básicos contenidos en

los artículos 1261 y concordantes del Código Civil, de suerte tal que se produce un error en la emisión del consentimiento de alcance tal que produce la nulidad alegada.

La entidad demandada niega tal ausencia de información, afirma que el préstamo se solicita por los propios actores, que se trata de personas versadas en la materia, alegando con carácter previo la caducidad de la acción de nulidad.

SEGUNDO. - Los expedientes sobre la materia, que nos invaden, bien sea por el cuestionamiento de las cláusulas suelo, bien sea por estar concedidos en moneda o divisa extranjera, han obtenido ya múltiples respuestas por los tribunales y no solo de los nacionales a todas las instancias, y si existe un denominador común a todas las sentencias que tratan estas cuestiones es que el factum de cada supuesto es determinante de la solución adoptada.

Dicho ello, y sin contradicción con lo anterior, no es menos cierto que si existe una doctrina fijada por nuestro Tribunal Supremo, que engloba todo lo anterior, y que se refiere al fundamento jurídico del control de transparencia.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015, en cita muy extensa, pero expurgada, que nos es exigida para la comprensión verdadera de la cuestión, señala:

“TERCERO.- Decisión de la Sala. Fundamento jurídico del control de transparencia

1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución...

3.- El artículo 4.2 de la Directiva1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

La sentencia número 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de los “contraprestaciones”... Pero, se añade en la citada sentencia número 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general define el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Este doble control... tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, según dictando nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

El artículo 4.2 de la Directiva1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según convenga con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre las varias ofertadas.

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

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

TERCERO.- Dicho lo anterior, lo cierto es que hasta la fecha, en la materia concreta de las escrituras de préstamo en divisa extranjera, existían múltiples sentencias de los juzgados y tribunales (algunas claramente contradictorias, pero con la prevalencia del factum para la resolución), hasta que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil fijando de forma clara el criterio de nuestra Alto Tribunal.

Dice la sentencia de 30 de junio de 2015 (por cierto denegatoria de la pretensión de la nulidad) también en transcripción muy extensa, absolutamente necesaria, y que iremos pormenorizadamente detallando, sobre la naturaleza y características del negocio jurídico así

como sobre la normativa que regula la información que las entidades que lo ofertan deben facilitar a sus potenciales clientes, dice la sentencia:

“Lo que se ha venido en llamar coloquialmente “hipoteca multilateral” 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 período 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 prevé la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.”

Analiza a continuación la dicha sentencia los riesgos que tal contrato conlleva y la dificultad añadida de comprensión cuando se trata de particulares minoristas que adquieren su vivienda mediante un préstamo de tal modalidad, y dice:

“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 sólo 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 sido 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 adende al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al conceder 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 contratado para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia mixto, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los próximos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estos "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben abora una cantidad en euros mayor que cuanto suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos."

Establecido lo anterior, prosigue la sentencia analizando la legislación vigente, con algún matiz en función de la fecha de la contratación, y también examina la jurisprudencia no siempre pacífica, debiendo destacar que en el caso examinado no se aplica la Directiva 93/13/CEE por no tratarse de un consumidor (cosa diferente al supuesto que nosotros enjuiciamos), y dice así:

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

Como Justificación de dicha norma, el considerando cuatro de la Directiva hace referencia a los problemas existentes « en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado», así como que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban». En el considerando

préstimo la Directiva añade que «debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio.

En los artículos 13.1 y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercializan.

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

La sentencia continúa (el destacado en negrita es nuestro) en su análisis y señala que resulta fundamental la determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico para saber así cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista, reconociendo que no es una cuestión pacífica y fijando el criterio de la Sala de esta manera:

"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 cantidad que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el artículo 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al artículo 2.2 de dicha ley.

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto. No es obviado para lo anterior que el artículo 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores establezca que el artículo 79 bis no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

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

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

En consecuencia, no existiendo, cuando se concertó la operación, normativa comunitaria ni normas europeas comunes para entidades de crédito que establecieran unas obligaciones

de información para las entidades financieras en relación a la concesión de préstamos en los que la determinación del importe de la cuota de amortización y el cálculo del capital pendiente de amortización en cada momento estuviera referenciado a una divisa extranjera, y que permitieran a los clientes la adecuada valoración del riesgo, la normativa reguladora de estas áxtreras era la normativa MIFID. ”

Prosigue la sentencia recordando los deberes de información recogidos tanto en la legislación como en la jurisprudencia y al efecto señala:

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

Continúa la sentencia y entrando en el capítulo de las consecuencias de esa infracción, examina la posibilidad de la nulidad (los destacados en negritas son nuevamente nuestros) y señala:

“La sentencia de esta Sala núm. 716/2014, de 15 diciembre, ha afirmado que la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró que si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deben establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que transpone el artículo 9, apartados 4 y 5, de las Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias » y que, en consecuencia, « a falta de normas sobre la

materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-391/10), apartado 217].

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

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

Finalmente, la sentencia entra en las consideraciones relativas al error-vicio y dice así:

"Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría

informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

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

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

Considera el Tribunal Supremo la incidencia del carácter del cliente (minorista o profesional) y expresa:

"Que un cliente bancario sea clasificado, a efectos de la normativa MIFID, como minorista significa que no reúne los rigurosos requisitos que la Ley del Mercado de Valores exige para ser considerado cliente profesional. Resumidamente, son clientes profesionales las entidades financieras; determinadas administraciones u organismos públicos de considerable importancia; empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; 3º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros;

inversores institucionales que tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros; y clientes que lo soliciten con carácter previo, y remancien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas, siempre que se cumplan al menos dos de los siguientes requisitos: 1º que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores; 2º que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros; 3º que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

Ciertamente, ser cliente minorista implica una presunción de falta de conocimiento de los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las empresas de inversión. Pero no significa, como pretenden los recurrentes, que el cliente sea necesariamente un "ignorante financiero", pues puede ocurrir que clientes que no reúnan los rigurosos requisitos que la normativa MIFID exige para ser considerado como cliente profesional tengan, por su profesión o experiencia, conocimientos profundos de estos instrumentos financieros complejos que les permitan conocer la naturaleza del producto que contratan y los riesgos asociados a él, incluso en el caso de no recibir la información a que la normativa MIFID obliga a estas empresas.

CUARTO.- Al establecer la naturaleza y alcance de estos productos, ya había dicho acertadamente la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2015 (por cierto, desestimatoria de la nulidad pretendida):

"... Nos encontramos ante un producto complejo, que entraña un riesgo importante, ... "Este tipo de productos contiene riesgos muy importantes que deberían estar identificados claramente para que el cliente entendiera de manera correcta lo que supone suscribir una hipoteca en una divisa diferente a la propia de nuestro país", de tal forma que "Sólo expertos conocedores del mercado de divisas podrían haber supuesto que estos productos financieros podrían ser susceptibles de variaciones tan importantes", finalizando con lo siguiente: "En definitiva, tal y como está configurado el producto parece más bien un producto especulativo que un producto destinado a la financiación de una vivienda".

El contenido del referido informe pericial nos lleva a entender que el contrato que nos ocupa precisa de una explicación amplia y detallada por parte de la entidad bancaria, con la

finalidad de que la contratación del mismo se lleve a cabo de forma libre y voluntaria, permitiendo con ello descartar la concurrencia de "error en el consentimiento", que vendría determinado por dos factores de especial trascendencia, a saber: la formación y conocimiento de la parte actora y la información proporcionada por la demandada.

... teniendo en cuenta que nos encontramos ante un consumidor que ha solicitado el préstamo para adquirir una vivienda, siendo de aplicación la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente en el momento en que se celebró el contrato de préstamo, ...

Por tanto, los conocimientos y preparación del actor, la información que la entidad proporcionó al cliente, según manifiesta el testigo que ha depuesto, y los extremos contenidos en la escritura de préstamo, que nos ocupa, nos conducen a concluir que no cabe apreciar la concurrencia de error en el consentimiento; a estos efectos, no podemos obviar que "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo" (artículo 1266 del Código Civil); precepto que ha sido interpretado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de septiembre de 2002, cuando ante la alegación de infracción de los artículos 1265 y 1269 del Código Civil, que establecen la nulidad del consentimiento prestado como consecuencia de una conducta insidiosa, dirige a provocar una determinada declaración de voluntad, puntualiza que "la actuación dolosa de la entidad bancaria ha determinado un error en el consentimiento, que ha de calificarse de esencial y excusable, y que en definitiva, dichos vicios de la voluntad determinan la nulidad de tal consentimiento", en sentencia de 22 de diciembre de 2009, con respecto a los contratos celebrados con entidades bancarias, considera que la nulidad del contrato por vicio del consentimiento ha de fundarse en argumentos relevantes, entre otros se encuentra "la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil", manteniendo en la actualidad la misma postura de interpretación restrictiva de los vicios del consentimiento, pronunciándose en sentencia de 20 de febrero de 2012 en los siguientes términos: "los vicios del consentimiento (error, violencia, intimidación o dolo), requieren una cumplida prueba, sometida a la apreciación de los Tribunales de instancia. El consentimiento tiene naturaleza de hecho y su existencia corresponde declarar la al Tribunal tras la apreciación de las pruebas, y la misma naturaleza de simple hecho, la tienen los vicios del consentimiento (STS 21 de junio de 1998)".

Finalmente, debe dejarse constancia que por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2015 se ha establecido que sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional, no constituye un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas.

QUINTO.- Establecido todo lo anterior, lo que procede es analizar la concurrencia en el supuesto que nos ocupa de esos factores a los que se refieren las sentencias transcritas, pero previamente deberemos resolver la caducidad alegada.

Debe rechazarse la caducidad invocada, pues lo cierto es que aunque el contrato se remonte al año 2007, son múltiples las incidencias habidas posteriormente, principalmente los cambios en la divisa que no decimos que no se hayan efectuado a petición de los actores, pero que ponen de manifiesto que no existía una convicción de las consecuencias del contrato intentando paliar sus efectos mediante el cambio de divisa, de suerte que los actores, carentes de cualquier conocimiento específico en la materia o en relación con los países de la moneda en que se contrató o cambió, no alcanzan el íntegro conocimiento de las irreversibles consecuencias del negocio hasta pocos meses antes de formular su demanda al tener el informe pericial que aportan, sin fecha de emisión pero que por su contenido no puede fijarse antes del mes de julio de 2015.

Resuelto lo anterior, tendremos, pues, que referirnos y exponer lo que resulta acreditado, a la luz de las pruebas practicadas a nuestra presencia, también las no practicadas por no haberse solicitado el interrogatorio por la parte demandada, y valoradas conforme a las reglas de la crítica ordinaria, respecto de:

1. Circunstancias personales de los actores. Su consideración de clientes minoristas o clientes profesionales.

Pese al ingente esfuerzo de la parte demandada en su contestación y en el interrogatorio del empleado o colaborador del banco que declaró a nuestra presencia en el

acto del juicio, lo cierto y real es que nos encontramos ante un matrimonio que pretende obtener o mejorar o cambiar la financiación para la adquisición de su vivienda, pues en definitiva con el préstamo hipotecario que nos ocupa se produce la cancelación de otro préstamo que tenían los actores con garantía de su vivienda y con la misma entidad.

Las circunstancias personales de los actores se combaten por la demandada, pero de forma interesada (que en nada puede favorecerle) nos ha privado del interrogatorio de los actores y desde luego las circunstancias de los actores no pueden quedar acreditadas por la opinión que pudiera tener sobre ellos el empleado de la oficina bancaria, a quien no le reconocemos cualificación alguna al respecto.

Ninguna de las opiniones de la demandada sobre los actores ha quedado acreditada, sino todo lo contrario, y esas suposiciones que realiza no han quedado en modo alguno confirmadas por el resultado del interrogatorio de los actores ya que por su voluntad no se ha podido practicar.

Lo cierto y real es que se trata de dos personas, funcionario y ama de casa, que lo único que querían era adquirir una vivienda. La trivialidad que se presupone en los actores (dedicándose a cambiar de divisa sin ton ni son) por parte de la demandada, o su alto grado de conocimientos financieros, no se han podido apreciar por este tribunal porque la demandada no pidió su interrogatorio. Su nivel de estudios y conocimientos en materia financiera son inexistentes, a salvo los básicos de cualquier persona no formada en esas materias.

Por ello, debemos concluir señalando que los actores carecían de cualquier conocimiento específico que pudiera hacer presumir la innecesidad de una información precisa por parte de la entidad financiera, se trata de consumidores con calificación de minoristas y por ello con toda la protección que les dispensa la ley específica en materia de consumidores, ya señalada.

2. Información recibida de la entidad financiera conforme a la normativa MIFID.

La ausencia de cualquier actividad probatoria satisfactoria por la entidad financiera es manifiesta, y debemos recordar que las características dichas del actor no eximen precisamente a la demandada de desplegar toda esa actividad, como le exige el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues es la entidad financiera quien tiene que acreditar ante el tribunal la información precisa que dio para que el cliente pudiera contratar con pleno conocimiento de las consecuencias del negocio.

Toda la actividad se ha limitado a un testigo, empleado de la entidad financiera, cuyo testimonio hay que tomar más que con cautela, y de unos muy escasos documentos desde los que no cabe deducir esa información previa necesaria y exigible, tampoco de las conversaciones grabadas para el cambio de divisa, pues lo determinante no es tal expresión de voluntad (madre duda que el cambio de divisa lo hace el actor), sino la base sólida para tomar tal decisión.

Solo en supuestos de complejidad y conocimientos específicos en materia financiera y especulativa (como acertadamente manifestaba el perito en la sentencia que antes señalamos), cabe aceptar que pueda producirse semejante comportamiento, pues no es el supuesto habitual el que un simple ciudadano sea quien determine la posibilidad de contratar un préstamo para adquirir su vivienda en divisa extranjera con la que no se tiene vinculo alguno. Solo la confluencia de esas circunstancias de conocimiento específico puede hacer comprender el supuesto dicho o, subsidiariamente, la trivialidad de una persona ignorante en la materia y que por razones de tal trivialidad quiere tener el préstamo para adquirir su vivienda en yens japoneses u otra moneda.

Naturalmente, la tercera posibilidad es que quien "vende" el producto es la entidad financiera, por razones que se nos escapan, y en tal supuesto, que es el que consideramos acreditado, debe desplegarse por la entidad financiera todo lo preciso para informar debidamente en su momento al cliente y poder acreditarlo después ante el tribunal en caso de conflicto, lo que –insistimos– en el caso que nos ocupa no se ha producido.

En autos no existe prueba documental de la que poder deducir la existencia de la precisa información que debía facilitar el banco a su cliente, pues los documentos aportados

son de un nivel y rigor tan escaso que no pueden alcanzar y menos superar los estándares de rigor exigibles.

Por ello, tenemos por no acreditado que la entidad financiera cumpliera con su obligación de prestar la información precisa y necesaria para que "el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo", dicho sea en las palabras mucho más precisas de una de las sentencias antes transcritas, y por ello la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el artículo 79.bis de la Ley del Mercado de Valores, en concreto las relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando.

3. El contenido del contrato de préstamo y el control de transparencia de las cláusulas en él contenidas

Examinando la escritura de préstamo hipotecario aportada, tenemos que decir que su imposible simple lectura (es imposible que sea simple por ser agotadora, exigiendo un esfuerzo tal lectura imposible para conocer su auténtico alcance) no arroja la claridad que es exigible para los fines antes expuestos.

Tales fatigosas escrituras de préstamo, que deberían estar simplemente prohibidas cuando nos encontramos en supuestos de sencillos consumidores o usuarios que solo quieren comprarse una casa, no pueden ser salvadas por simples, huecas y huertas cláusulas de estilo que pretenden actuar como una suerte de liberación de cualquier obligación.

Por mucho que estas cláusulas afirmen que se ha recibido toda la información precisa, lo cierto es que el conjunto de la escritura no destaca los aspectos sustanciales del

negocio, aquellos que nos exige el control de transparencia antes indicado. Sin rubor, hemos de reconocer que algunas de las cláusulas nos resultan, incluso a nosotros, ininteligibles.

Por todo ello, tampoco tenemos por acreditado en autos que el contrato de referencia cumpla con los condicionantes mínimos, pero básicos, para aceptar superen el control de transparencia.

SEXTO - La conclusión que alcanzamos es que, en el supuesto que nos ocupa, cabe apreciar la concurrencia de error en el consentimiento pues recae sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (artículo 1266 del Código Civil), pues la actuación de la entidad bancaria ha determinado un error en el consentimiento, que ha de calificarse de esencial y excusable, por fundarse en la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil.

Por ello, apreciamos la nulidad del negocio en lo que se refiere a la moneda en que se pactó y a la obligación de devolver tal capital en moneda yens japones o la que posteriormente se fijó.

Por todo ello, el único aspecto del negocio que declaramos nulo es el relativo a su concesión y amortización en moneda yens japoneses o la que posteriormente se fijó, de suerte que debe excluirse toda referencia a ella y ser sustituida por la referencia al euro, de manera que deberían hacerse los oportunos reajustes desde el inicio del contrato hasta su terminación para que toda cantidad "recibida" en yens se convierta en euros y toda cantidad ya satisfecha o pendiente de satisfacer por los prestatarios debe convertirse también en euros, debiendo por ello hacerse, conforme al artículo 1303 del Código Civil, la restitución recíproca de las prestaciones que, en el supuesto que nos ocupa, como queda dicho debe limitarse a la transformación de cualquier pago o asiento en yens japoneses a la moneda del euro.

SEPTIMO.- En cuanto a las costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la estimación de la demanda procede su imposición.

Por todo lo expuesto, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLO

Que debo de estimar y estimo la demanda formulada por la procuradora doña Noemí Jurado Lapiega, en nombre y representación de don

contra BANKINTER, S.A., y, en consecuencia, declaro nula cualquier expresión, derecho u obligación que en dicha escritura, de fecha 23 de febrero de 2007, se haga a la moneda o divisa extranjera, debiendo figurar en su lugar la referencia a la moneda "euro", y derivada de dicha nulidad deben hacerse los pertinentes ajustes para que cualquier pago en cualquier divisa sea modificado y convertido en euros de suerte que toda la vida del préstamo desde el inicio hasta su conclusión se desarrolle en dicha moneda, todo ello conforme se detalla en el cuerpo de esta sentencia, sin imposición de costas.

Notifíquese a las partes y hágase saber que contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación, para ante la Audiencia Provincial de Madrid, dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.