

UPAD CIVIL - JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 6 DE VITORIA-GASTEIZ

ZIBILEKO ZULUP - GASTEIZKO LEHEN AUZIALDIKO 6 ZENBAKIKO EPAITEGIA

AVENIDA GASTEIZ 18 3ª Planta - CP./PK: 01008
TEL.: 945-004876
FAX: 945-004927

NIG PV / IZO EAE: 01.02.2-16/010159
NIG CGPJ / IZO BJKN :01059.42.1-2016/0010159

Pro.ordinario / Proz.arrunta 724/2016 - B

S E N T E N C I A Nº 161/2017

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª ANA HERNANDEZ GARCIA

Lugar: VITORIA-GASTEIZ

Fecha: uno de junio de dos mil diecisiete

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado/a: IGNACIO ARANA RUIZ CAMARA

Procurador/a: CARMEN CARRASCO ARANA

PARTE DEMANDADA BANKINTER S A

Abogado/a:

Procurador/a: MARIA CONCEPCION MENDOZA ABAJO

OBJETO DEL JUICIO: CONTRATOS EN GENERAL

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de julio de 2016, se presentó por la Procuradora Sra. Carrasco, en nombre y representación de D. [REDACTED] demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción individual de nulidad de cláusula multdivisa frente a la entidad financiera BANKINTER, SA.

SEGUNDO.- Por decreto de fecha 16 de septiembre, fue acordada su admisión a trámite, acordando emplazar a la parte demandada para formular escrito de contestación dentro del plazo de 20 días, bajo los apercibimientos y con las advertencias legales correspondientes.

TERCERO.- Dentro del plazo concedido a tal efecto, habiendo comparecido la parte demandada en legal forma, presentó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones formuladas de contrario.

CUARTO.- Siendo convocadas ambas partes a celebración de audiencia previa el día 3 de febrero de 2017, manifestaron subsistir el litigio, proponiendo la prueba que tuvieron por conveniente. Y una vez

admitida la que por S.Sª se estimó pertinente, se fijó como fecha para celebración del juicio el día 27 de abril de 2017, a las 12:15 horas.

QUINTO.- En el día del juicio se practicó toda la prueba previamente admitida, a excepción de la testifical de D. [REDACTED] a la que se renunció por su proponente. Y una vez formuladas las correspondientes conclusiones, quedaron los autos pendientes de dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La parte actora solicita la nulidad de la cláusula multidivisa y la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito con la entidad bancaria demandada en fecha 19 de abril de 2007 por importe de 300.000 euros, que quedó inicialmente formalizado en 49.043.580 yenes japoneses, y con un plazo de amortización de 30 años, al considerar no cumplir con las exigencias del control de incorporación y de transparencia que rigen la contratación con consumidores, a lo que añadió resultar nulo dicho contrato por falta de información tanto precontractual como contractual y concurrir error en el consentimiento prestado, ya que de haberle informado la demandada de forma veraz y suficiente sobre las características del producto, no lo hubiese contratado, habida cuenta de llevar varios años contratado y resultar a día de hoy mayor el capital adeudado de lo que inicialmente le fue concedido.

La entidad bancaria demandada se opone manifestando que, no obstante la inviabilidad de las pretensiones ejercitadas de contrario, dichas pretensiones eran infundadas por cuanto superaban todas las cláusulas del préstamo el control de transparencia y el de inclusión. A lo que añadió que el actor no incurrió en error en el consentimiento, por cuanto acudió expresamente a dicha entidad bancaria solicitando la contratación específica de un préstamo hipotecario multidivisa, al conocer que era una de las pocas entidades bancarias que en dicho momento ofrecía dicho tipo de préstamo. Señaló que se le facilitó toda la información concerniente a los riesgos del préstamo, a las condiciones del mismo, que se le prestó toda la información precontractual, contractual y postcontractual necesaria y de obligado cumplimiento, y que el actor adquirió conocimiento de las características concretas y funcionamiento del préstamo, asumiendo voluntariamente todos los riesgos, tras haberle sido entregado un ejemplo práctico, como documento de primera disposición, en el que se trató el escenario negativo consistente en que el yen, divisa elegida por éste para el préstamo, se apreciara. Habiendo suscrito la solicitud de financiación preliminar en fecha 21 de febrero de 2007 y suscribiendo dicho préstamo en fecha 19 de abril de 2007, la demandada manifestó que no asesoró de modo alguno al demandante en el momento de la contratación ni posteriormente, ni se le realizaron recomendaciones personalizadas de inversión. Y señaló que las únicas peculiaridades de este préstamo eran que se realizaba en yenes, que estaba referenciado el interés al LIBOR, en lugar de al EURIBOR, y tener la facultad de solicitar al Banco cada mes la conversión de la cantidad prestada a cualquiera de las divisas convertibles en España. Por lo que, en el momento de la contratación, el actor pagaba menos intereses en comparación con un préstamo referido a euros y al Euribor, teniendo una tendencia alcista el Euribor antes de la contratación, por lo que concluyó en que el actor asumió conscientemente los riesgos de fluctuación del tipo de cambio. Y por último, manifestó que la acción de anulabilidad ejercitada había caducado.

SEGUNDO.- Entrando en la primera de las cuestiones planteadas, relativa a la caducidad, ha de ser resuelta con carácter previo al fondo y atendiendo a las siguientes consideraciones:

1) La parte actora pretende la nulidad de la “cláusula divisa” no sólo por su abusividad (nulidad radical que no está sujeta a plazo de prescripción), sino también por error-vicio del consentimiento del art.1266 del C.Civil (nulidad relativa o anulabilidad del contrato), acción que está sujeta al plazo de caducidad de 4 años contados desde la consumación del contrato.

2) el contrato en cuestión es un contrato de tracto sucesivo que obliga a los prestatarios al pago de unas cuotas periódicas de amortización.

Y 3) la STS de 12 de enero de 2015 señala que *“No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones » (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983). Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm.569/2003: « Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo".*

De modo que siguiendo dicha doctrina el contrato litigioso se perfecciona en el momento de otorgar la escritura pública el 19 de abril de 2007 pero no se consuma hasta que se produzca la liquidación definitiva, es decir, una vez cumplidas las obligaciones de reintegro del prestatario; y en consecuencia, la acción de nulidad relativa o anulabilidad ejercitada no está caducada, procediendo la desestimación de dicha excepción procesal.

TERCERO.- Entrando ya a analizar las cuestiones de fondo planteadas, en relación a la naturaleza de este tipo de préstamos, con cita en algunas de las resoluciones más recientes del Tribunal Superior de Justicia Europeo (en adelante, TJUE) y del Tribunal Supremo, este último ya se pronunció al respecto en sentencia de la Sala 1ª, de 20 de enero de 2014, estableciendo que 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. De este modo, 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.

La Sentencia del TJUE de 30 de Abril de 2014, se pronunció sobre la abusividad de la hipoteca multidivisa, exigiendo que las cláusulas contractuales se deban redactar de manera clara y comprensible, entendiéndose como una obligación no sólo que sean claras y comprensibles gramaticalmente para el consumidor, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera a que se refieren las

cláusulas , así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que el consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de su cargo.

La Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 concluyó que los préstamos multidivisa sí eran instrumentos financieros derivados relacionados con divisas y, por tanto, incluidos en el ámbito de aplicación de la LMV. Si bien con posterioridad, se dictó la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2015, que resolvió una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional húngaro en relación con la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros ("Directiva MiFID") y, en particular, sobre la eventual consideración de un préstamo denominado en divisas como un servicio o actividad de inversión. Y de conformidad con lo previsto en el artículo 4, apartado 1, punto 2 de la Directiva MiFID, concluyó que los préstamos multidivisa no son un instrumento financiero, en tanto que las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un servicio o una actividad de inversión. De este modo, señaló que estas operaciones son puramente accesorias a la concesión y reembolso de un préstamo al consumo. Por lo que, en definitiva, las entidades financieras no están sometidas a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva MiFID respecto de la comercialización de préstamos multidivisa y tampoco las obligaciones de información que prevé la Ley de Mercado de Valores para productos de inversión comercializados por entidades de crédito en España.

La Comisión Nacional de Mercado de Valores sin embargo señala que las hipotecas multidivisa son un producto extraordinariamente complejo no conveniente para clientes minoristas sin la adecuada formación, 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.

Por lo que, en atención a todo lo anteriormente expuesto, sin perjuicio de evidenciarse existir una cierta controversia entre la sentencia del TJUE anteriormente citado y el Tribunal Supremo, considera esta juzgadora que, en tanto el TJUE analizaba en su sentencia una operación en divisas, en la que no concurría un efectivo servicio de cambio, mientras que en una hipoteca multidivisa sí concurre, en consecuencia, pudiera entenderse que se trataría de un instrumento financiero, si bien en el supuesto en concreto también hay que evidenciar que no le resultaba de aplicación la normativa MiFID, habida cuenta de no encontrarse vigente a la fecha de contratación del préstamo litigioso.

Es de reseñar por ello lo que la ya citada STS de 30 de junio de 2015, en relación con la naturaleza de dichos préstamos, manifestó: *"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".

"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".

CUARTO.- En lo referido al deber de información de las entidades bancarias demandada, con reproducción del Fundamento SEXTO de la SAP Barcelona, en sentencia nº 190/2016, de fecha 29 de abril de 2016, en ROLLO de apelación Nº 324/2015-4ª, procede señalar que:

"Uno de los principales hechos controvertidos en este procedimiento se refiere a la información proporcionada por la demandada sobre el producto contratado, en una doble vertiente: cuál era la información exigible y cuál la facilitada. La información exigible será analizada en este fundamento jurídico, mientras que la información facilitada se estudiará, junto con la valoración de las pruebas practicadas, en el fundamento jurídico siguiente, en el que se analizarán las pruebas practicadas sobre tal información, su suficiencia, exactitud y corrección.

Como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, la carga de probar que la información facilitada fue la exigible según las normas aplicables y las características del caso concreto corresponde a la entidad bancaria demandada, por los principios de disponibilidad y facilidad de la prueba y por la dificultad que tendría para la parte demandante la prueba de un hecho negativo.

En todo caso, no conviene perder de vista que el carácter sinalagmático del contrato no impide, como ha destacado también la jurisprudencia, que deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual, de acuerdo con la norma general del artículo 7 del Código Civil .

La normativa sectorial regula con detalle las obligaciones de información que debe cumplir la entidad sobre los productos y servicios que ofrece. Se expondrán, a continuación los preceptos de estas normas que resultan más relevantes para la resolución de este concreto asunto:

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

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

créditos o préstamos hipotecarios (...) La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos . (...)

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

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

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

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

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

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

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

b) En el Anexo II, al regular la cláusula de amortización, se establece que dicha cláusula especificará, si se tratara de préstamos en divisas, las reglas a seguir para la determinación del valor en pesetas de cada cuota.

En el mismo sentido, en la cláusula sobre intereses ordinarios se especificarán las reglas aplicables para

el cálculo en pesetas del importe de los intereses. En la cláusula sobre comisiones, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

3.- La Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, cuyo artículo 19 regula, como antes lo había hecho el RDL 2/2003, los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, en los siguientes términos: 1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original. 2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito.

4.- La Ley del Mercado de Valores fue modificada por la Ley 47/2007, para incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La introducción de la distinción entre clientes profesionales y minoristas ha servido para extremar las obligaciones de información en las operaciones realizadas con éstos últimos, en los términos regulados en el artículo 79 bis, que regula exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los clientes potenciales. Son deberes básicos de la entidad bancaria los de diligencia y transparencia -artículo 79 LMV- y específicos los métodos para cumplir con la obligación de información -artículo 79 bis LMV-, que se traducen en un conjunto de derechos exigibles por el cliente y en particular los siguientes:

1º.- En la obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios.

2º.- En la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

3º.- En la obligación de prestar información que deberá ser imparcial, clara y no engañosa.

4º.- En la obligación de asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes.

5º.- En la obligación de prestar a los clientes información adecuada sobre (...) los instrumentos financieros y... sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.

5.- Más recientemente 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, justifica su promulgación señalando los problemas existentes "en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado", así como que "algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban". En el considerando trigésimo, la Directiva añade que "debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes

de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio".

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

Finalmente, el TJUE ha dictado una sentencia en 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, que tiene por objeto una de estas hipotecas multidivisa en la que aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, que sirve asimismo de orientación para resolver el caso de autos porque como hemos explicado, los demandantes tienen la condición de consumidores.

Como indica la STS de 20 de enero de 2014, los deberes de información regulados en el artículo 79 bis no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3).

Con posterioridad a la reforma de la LMV, el ya mencionado Real Decreto 217/2.008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión ha reforzado los mismos principios inspiradores de la citada reforma. El artículo 60 regula las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa, exigiendo, en primer lugar, que la información sea exacta y no destaque los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible. En segundo lugar, que sea suficiente y se presente de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios. En tercer lugar, que no oculte, encubra o minimice ningún aspecto, declaración o advertencia importantes. Su artículo 64, al regular la información sobre los instrumentos financieros, insiste en incluir en la información que debe facilitarse los riesgos conexos al instrumento financiero de que se trate y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas".

En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

- a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.*
- b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.*
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles*

responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos".

Por otra parte el artículo 79 bis 6 establece que cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Esta información es la base del test de idoneidad regulado en el artículo 72 del RD 217/2008. A través del test de idoneidad se valoran tres bloques esenciales: conocimientos y experiencia del cliente, situación financiera y objetivos de inversión. Siguiendo la información pública de la CNMV, por fijar una referencia homogénea a la que tienen acceso tanto las entidades bancarias como los clientes, se estima que para valorar el primer bloque, con el que se trata de determinar si el cliente puede comprender el producto y los riesgos que conlleva, la entidad financiera debe obtener información sobre los siguientes extremos: (i) Los tipos de servicios, operaciones e instrumentos financieros con que está familiarizado. (ii) La naturaleza, volumen y frecuencia de las operaciones sobre instrumentos financieros y el período durante el cual se han llevado a cabo. (iii) El nivel de formación y su profesión. Sobre su situación financiera (segundo bloque), que debe permitir, entre otras cosas, conocer las necesidades de liquidez o la tolerancia al riesgo, la entidad debe indagar: (i) El nivel y la fuente de ingresos periódicos. (ii) Sus activos -líquidos, inmuebles e inversiones-. (iii) Los compromisos financieros periódicos. Y por último, para saber cuáles son sus objetivos de inversión, la entidad debe recabar información sobre (i) el horizonte temporal deseado para la inversión (ii) las finalidades de inversión (iii) y el perfil de riesgo, fijando la pérdida máxima que el cliente estaría dispuesto a asumir. Y, en todo caso, si la entidad no obtiene esta información, debe abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente.

El artículo 79 bis 7 de la LMV establece, por lo demás, la obligación de realizar la evaluación de la conveniencia, esto es, de solicitar al cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente.

La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada. El objetivo del análisis de conveniencia es que la entidad obtenga los datos necesarios para valorar si, en su opinión, el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del servicio o producto ofrecido, advirtiéndole en aquellos casos en que juzgue que el producto no es adecuado. Los factores a analizar en el ámbito de la conveniencia, según el artículo 74 del ya citado Real Decreto 217/2008, son: (i) su experiencia inversora, es decir, la naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado; (ii) el nivel de estudios, la profesión actual o anteriores que resulten relevantes, es decir, su nivel general de formación y experiencia profesional; (iii) su nivel general de conocimientos financieros o, lo que es lo mismo, los tipos de instrumentos financieros con los que esté familiarizado.

El TS considera (STS de 20 de enero de 2014) que las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de

conveniencia o de idoneidad.

Debe citarse, además, el artículo 70 quáter de la LMV, que establece que las empresas que presten servicios de inversión deberán organizarse y adoptar medidas para detectar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o su grupo, o entre los diferentes intereses de dos o más de sus clientes, frente a cada uno de los cuales la empresa mantenga obligaciones. Igualmente, deberán aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de interés que sea eficaz y apropiada a su organización, destinada a impedir que los conflictos de interés perjudiquen los intereses de sus clientes.

Respecto a la información exigible desde la perspectiva de la normativa de protección de consumidores y usuarios, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, es también de aplicación a este supuesto, ya que la parte demandante es persona física que ha actuado en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. El artículo 60, sobre la información previa al contrato, establece que "antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

Su artículo 80 establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, éstas deberán cumplir los siguientes requisitos:

A) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

B) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

C) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Tienen la consideración de cláusulas abusivas las definidas en el artículo 82 y, en todo caso, las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. También tienen la consideración de cláusulas abusivas (artículo 89), las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

Debe citarse, en este punto, la STJUE dictada el 30 de abril de 2014 en el asunto C-26/13, que contiene los siguientes pronunciamientos de interés sobre esta cuestión:

I.- El artículo 4.2. de la Directiva, que no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, debe ser objeto en toda la Unión europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición

y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (apartados 37 y 38).

II.- El artículo 4.2. de la Directiva establece una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece, por lo que debe ser objeto de interpretación estricta (apartado 42), sobre los criterios facilitados por el TJUE (apartados 46-50) en sus pronunciamientos sobre el objeto principal del contrato:

a) Deben ser cláusulas contractuales que describan prestaciones esenciales, por contraposición a las cláusulas de carácter accesorio.

b) El hecho de que una cláusula haya sido negociada por las partes en ejercicio de su autonomía contractual y en el contexto de las condiciones del mercado no implica necesariamente que esa cláusula forme parte del objeto principal del contrato, porque las cláusulas negociadas individualmente no entran por principio en el ámbito de aplicación de esa Directiva. Por tanto, no se puede plantear la cuestión de su posible exclusión del ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2.

III.- Desde la perspectiva de las cláusulas relacionadas con la «adecuación entre precio y retribución, por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», el alcance de esta categoría es reducido: al estar limitada la exclusión de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, no cabe aplicarla cuando se impugna la asimetría entre la cotización de venta de la divisa extranjera, que ha de utilizarse para el cálculo de las cuotas de devolución en virtud de esa cláusula, y la cotización de compra de esa divisa, que se ha de utilizar para el cálculo del importe del préstamo entregado, en virtud de otras cláusulas del contrato de préstamo. Como el prestamista realmente no realiza ningún de servicio de cambio por el cálculo de las cuotas en divisas, no hay contrapartida a la "retribución", esto es, al sobrecoste asumido por el consumidor.

En cuanto a la información exigible desde el punto de vista de la formación del cliente esta perspectiva de la información exigible ha sido ya abordada en el análisis de la Ley del Mercado de Valores en referencia a los clientes clasificados como minoristas, que es el caso que nos ocupa.

Cuando, además de esa clasificación, el cliente no tiene formación ni experiencia en este tipo de productos financieros complejos, es necesario extremar la claridad en las explicaciones ofrecidas e incrementar el control sobre el grado de comprensión del contenido del contrato y de sus riesgos. Esta afirmación es especialmente aplicable a los supuestos en que es el banco quien asume la iniciativa de promover la contratación del producto.

La perspectiva del contenido material está muy relacionada con la calidad de la información que facilita la entidad bancaria. Es precisamente antes de llevarse a cabo la contratación cuando se debe ilustrar al cliente sobre las características del producto. En el contenido de la explicación precontractual es esencial que la información aclare todas las circunstancias relativas al funcionamiento y a los riesgos de la hipoteca multidivisa y, en particular:

La incidencia del tipo de referencia aplicable en la obligación de pago del prestatario: índice aplicable, periodos de revisión y evolución pasada y previsible del índice en cuestión.

La determinación de todos los elementos que intervienen en la determinación de las cuotas mensuales. Esas cuotas mensuales equivalen a la representación mental que se hace el prestatario sobre la adecuación entre los recursos de que dispone y la obligación de pago que puede asumir. Por ello, es esencial que los elementos que influyen en su determinación se expliquen de forma clara, con apoyo de simulaciones si es preciso.

La forma de aplicación de las cuotas amortizadas y en qué medida se aplican a reducir el capital, los intereses o ambas partidas.

Los distintos niveles de riesgo vinculados al genérico riesgo de fluctuación de la moneda, es decir:

-Que con el mismo esfuerzo económico en la moneda funcional, la capacidad de reducir la deuda, el capital prestado, puede ser inferior a lo previsto si la divisa se aprecia sobre el euro.

-Que las cuotas de amortización periódicas pueden variar, además de por el tipo de interés aplicable, por el cambio aplicable a las monedas, siendo incluso probable que esa variación sea mucho más acusada que la que producen las modificaciones del Libor.

-Que el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en divisa no se limita a ser una simple representación inicial del capital prestado, sino que actúa como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en divisa, lo que supone la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital y, a la vez, hace posible que la cuantía del propio capital se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas.

-Que el aparente beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés (LIBOR) puede quedar neutralizado con el riesgo de sobre coste de amortización del capital si éste queda sometido al mencionado sistema de recálculo permanente.

-Que esta opción, además del citado inconveniente, está limitada al puntual cumplimiento por el prestatario de todas las obligaciones de pago, que en otro caso queda atrapado en la evolución de la divisa de que se trate.

-Que todos estos riesgos tienen dificultad añadida, y es que el prestatario, para optimizar las posibles ventajas que para un consumidor supone la contratación de este tipo de hipoteca, deberá tener en cuenta múltiples factores, todos los meses, para tomar la decisión más adecuada sobre la divisa aplicable y sobre la forma de gestionar su pago, ya con su contravalor en euros, ya mediante la puesta a disposición del banco de la divisa de pago.

Respecto a la forma de transmitir esta información, los parámetros de calidad en productos complejos como el que nos ocupa implican recursos como (i) la realización de simulaciones con todos los escenarios posibles; (ii) favorecer el tiempo de reflexión facilitado al cliente, aunque este no lo pida expresamente, sobre la conveniencia de suscribir la orden de compra; (iii) la facilitación de borradores de la documentación contractual para que el cliente pueda consultarlos en su casa o contrastarlos con terceras personas, con conocimientos especializados; (iv) la explicación de la información necesaria a todos los titulares que van a suscribir el producto, y no sólo a uno de ellos; (v) la plena adecuación entre el resultado de los test de conveniencia e idoneidad, siempre que sean rigurosos, y el producto ofrecido o contratado; y (vi) la entidad debe adoptar todas las medidas necesarias para que la información verbal, que es la que asume el cliente con mayor facilidad, recopile todos los datos relevantes, esencialmente sobre los factores de riesgo, cuando sea previsible que por una eventual relación de confianza y/o por el tamaño y contenido técnico de la documentación contractual el cliente no va a leer detenidamente todos los documentos que se le ponen a la firma. Se trata, con esta cautela, de evitar la firma de declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, así como las declaraciones de adhesión o conformidad a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad efectiva de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

Aplicado todo ello al supuesto de autos, procedería partir de que, interrogado el actor, éste manifestó que estudió para publicista pero que en la actualidad trabajaba como camarero y que en el paso había sido comercial. Preguntado sobre su experiencia o formación en productos financieros o bancarios, dijo que aparte de dicha hipoteca, tuvo una cuenta vivienda y que la contrató para comprarse su primera vivienda, y que fue para la que suscribió dicha hipoteca. Contestó que fue a dicha entidad a preguntar por hipotecas en general y que no pidió expresamente la hipoteca multidivisa, a diferencia de lo que contestó la testigo Dña. Aitziber Urruchi Cantero, directora de la sucursal de Bankinter en Miranda, quien manifestó conocer al actor y recordar la comercialización de dicho producto con él cuando trabajaba en Postas. Según dicha testigo, dijo recordar que acudió el Sr. Cervera porque se iba a comprar su vivienda habitual en la calle Dato y que le comentó que su madre y su hermano también eran clientes. Afirmó ésta venir orientado por alguien porque le había preguntado por la hipoteca multidivisa.

Siéndole exhibido al demandante el anexo 3 de la contestación, denominado como "Solicitud de préstamo de divisas con garantía hipotecaria, fechado el 27 de marzo de 2017, reconoció su firma, y observando venir a reproducir su contenido el anexo 4 de fecha 15 de abril de 2017, que incluía la denominación Documento de Primera Disposición", volvió a reiterar haberlo firmado él y dijo no recordar expresamente que se le informara de riesgos, sino que se le dijo en qué consistía, y que suponía que lo leería en dicho momento. Si observamos dicho documento, en el párrafo Cuarto de la misma, expresamente se señalaba "conocer y aceptar que la sustitución de la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto, el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a BANKINER, SA de cualquier responsabilidad derivada del préstamo en caso de ser ésta última diferente al Euro, pueda ser superior al límite pactado, tal y como se describe en el ejemplo propuesto a continuación de este documento cuyo contenido es conocido y comprendido por el prestatario". Acudiendo a este último documento referenciado, el cuál no consta firmado, se observaría consistir en el planteamiento de un supuesto de un capital inicial en euros por plazo de 20 años y con un tipo de cambio inicial al JPY, con una apreciación de esta última divisa frente al euro, cuya traducción se decía tener un doble efecto: por un lado, un incremento de su contravalor en euros y por otro, un incremento del capital pendiente que podría llegar a superar incluso el contravalor inicial de la hipoteca. A lo que se añadía que el efecto o riesgo divisa sobre el capital vivo sólo se producía realmente si sólo concurría una de las siguientes características: a) al amortizar anticipadamente la hipoteca y b) por cambio de la divisa de su capital pendiente. En relación a este último documento, y sin perjuicio de lo que posteriormente se continuará valorando, preguntada la perito Dña. Nuria María García si en este documentado aparecían todas las referencias necesarias o variables de tipo de interés y de tipo de cambio a tener en cuenta, contestó afirmativamente, si bien a su entender, manifestó resultar complicada su comprensión para un cliente sin conocimientos financieros, al no ser ilustrativa de los riesgos. Por lo que, analizado por esta juzgadora en detalle, ciertamente se advertiría no haberse simulado un escenario más extremo, al efecto de poder advertir los riesgos en una situación de gran fluctuación, en cuanto únicamente aparecían cuatro primeras cuotas con una ínfima variación de factores, en los que prácticamente no se apreciaba una gran variación, habiendo resultado necesario para una persona con falta de experiencia y de conocimientos financieros acreditados por el actor, haberle realizado una simulación de los peores escenarios para haber podido concluir haberlo entendido, aún cuando éste hubiese demandado dicho producto. Pues aún cuando no se encontraba vigente la normativa MiFID, tampoco consta acreditado que se le desaconsejara contratarlo ni que se le informase asegurándose de haberlo comprendido tras haberle exhibido todos los escenarios posibles a los que no estaría habituado encontrarse, precisamente por la fluctuación del tipo de interés y del tipo

de cambio, en tanto en este tipo de préstamos han de tenerse en cuenta ambas variables, y de no entenderse o de resaltarse únicamente la variación del tipo de interés, sin explicarse debidamente la fluctuación aparejada del tipo de cambio, no podría afirmarse haberse informado completa y adecuadamente dicho concreto préstamo.

Volviendo a la testifical de la Sra. **Urruchi** ésta manifestó que para resultar adecuado dicho producto a un cliente en concreto se revisaba el que tuviese capacidad de reembolso ante fluctuaciones de mercado, así como demostrar conocimientos en divisas y conocimientos financieros. Y preguntada sobre el actor, dijo que éste conocía el producto y que se le hicieron simulaciones en función del tipo de cambio, y que tuvo claro el actor que quería el yen porque le favorecía el tipo de cambio en relación al euribor que estaba en ese momento más alto. Asimismo, dijo que no podían preveer lo que posteriormente sucedió en los mercados, y que el primer cambio después de formalizar la hipoteca en abril, la había hecho a mediados de agosto por las caídas en bolsa, y que creía que había buscado refugio en el franco suizo, y que en octubre hizo amago de volver o no al yen porque veía que la cuota no le bajaba y el yen frente al euro se estaba depreciando. Dijo que se le enviaban informes mensuales y el cliente también tenía acceso en la intranet a información de bolsa, aparte de la oficina. Siendo preguntada por las hipotecas multidivisa que había comercializado, dijo que no eran muy demandadas y que habían sido sólo 3 o 4 las que ella había comercializado. Preguntada sobre la naturaleza de dicha hipoteca, dijo no ser un producto complejo, si bien tenía un componente de riesgo, y que no era adecuado para todos los clientes. Contestó que también le ofreció al demandante realizar una hipoteca en euros, pero que éste prefirió la hipoteca multidivisa con yen. Y en relación a las divisas con las que podía hacer el cambio, en relación a lo dispuesto en la cláusula 3ª apartado d) de dicho préstamo, dijo que de momento estaba limitada al yen, al franco suizo y al euro, si bien se daba opción a la posibilidad de abrir el abanico a otras divisas.

Volviendo a la pericial de la Sra. García, economista especializada en productos financieros complejos, dando por reproducido el contenido íntegro de su informe en el que se ratificó en el acto del juicio, manifestó por el contrario a la Sra. **Urruchi** que la hipoteca multidivisa era un producto complejo y especulativo, coincidiendo únicamente en que no era tradicional. Señaló que se había constituido con el cambio vendedor según tarifas de Bankinter y que si se cancelaba, se aplicaba el cambio comprador que no se le explicaba a los clientes cuál era, en tanto, revisada la documentación obrante en autos, no constaba haberle sido entregado. Siendo bloomberg el líder global de información financiera, la perito manifestó que no estaba a disposición del cliente, sino únicamente a disposición de entidades bancarias las previsiones, cambios y fluctuaciones de divisas que había manifestado la testigo tener el demandante para poder informarse, insistiendo en que a la fecha de contratación del préstamo, ya existía una previsión de apreciación del yen respecto del euro, no haciendo aconsejable la contratación realizada por el actor, así como una aproximación del libor al euribor, por lo que si al mes siguiente de suscribirse la hipoteca se incrementaba el capital pendiente, en su opinión no tenía ningún sentido, tal y como exponía en el anexo 3.1 de su informe. Por lo que, concluyó haber tenido un perjuicio de 126.137,14 euros, ya que el gancho era ofertar el tipo de interés más bajo a dicha fecha, no explicando el tipo de cambio, ya que éste suponía incrementar el capital pendiente en euros. Aportada la evolución de tipo de interés, a la página 14 de su informe, dijo ser ésta la evolución real y señaló que entre abril de 2007 y 2009, el libor no era favorable, y que la previsión de la página 15 de su informe anteriormente aludida, se cumplió con efectos desfavorables para el cliente. Y a la página 19 de su informe, expresó que ya en agosto de 2007, cuando apenas habían pasado 4 meses desde la firma de la hipoteca, la deuda se situaba en los 321.197,44 euros, lo que suponía un 7,07% sobre el inicial contratado, cuando el mes anterior tan sólo era de 292.792,30 euros, y desde septiembre de 2008 hasta agosto de 2013, el incremento de la deuda se situó por encima del 10% establecido como límite para la exigencia de garantías adicionales o la cancelación anticipada del exceso según se recogía en la

escritura, alcanzando en algunos meses hasta más del 55%, como en enero de 2012, no siendo la toma de decisiones sencilla de una divisa a otra, cuando además, clientes con el perfil del ahora demandante, podían percibir tarde el perjuicio de las variaciones en el tipo de cambio, no obteniendo ninguna ventaja con hipoteca multidivisa y opción de cambio de moneda. Los datos expresados en el informe pericial evidencian que los cambios de divisa que realizó el actor, tuvieron por finalidad minimizar los perjuicios derivados de dicho préstamo sin conseguirlo. Y ello consta corroborado por la propia declaración de la testigo Sra. [REDACTED] quien hay que recordar que manifestó que el primer cambio lo hizo el actor a mediados de agosto de ese mismo año por las caídas de bolsa y que había buscado "refugio" (según sus propias palabras) en el franco suizo, y en octubre había hecho "amago" (palabra que también utilizó literalmente) de volver o no al yen y en octubre volvió al yen "porque la cuota no le bajaba". De todo lo cuál, se infiere la falta de conocimientos y experiencia del actor, dado que su preocupación, tal y como se evidencia y la propia testigo manifestó, era la de bajar la cuota mensual, sin advertir todavía entonces la repercusión del tipo de cambio sobre el capital vivo de su hipoteca, pendiente aún de amortización.

A lo que habría que añadir no ser tampoco revelador la simple intervención notarial, ya que como señala la STS de 8 de septiembre de 2014, no garantizaría la comprensión real ni el control y cumplimiento de ese deber especial y esencial de facilitar la información de forma clara, completa y adecuada, en cuanto al concreto funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa, y muy especialmente, la relación entre éste y el detallado en otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo. Y tal y como está redactada la escritura, su simple lectura no garantizaría en absoluto que el demandante conociese la carga económica real que le iba a suponer dicho contrato ni tan siquiera la comprensión jurídica de las obligaciones contraídas por él mismo.

Por lo que, en definitiva, partiendo de las apreciaciones de la naturaleza de este contrato, del perfil, falta de experiencia y formación acreditada del demandante y de la insuficiente información prestada a éste, en tanto, tal y como se ha analizado anteriormente, pese a poder aparecer en el anexo 4 todos los factores referenciados, no consta probado ni en ese documento ni en ningún otro haberle realizado simulaciones más extremas, de las que poder advertir realmente el grave riesgo que posteriormente se materializó, obteniendo un mayor perjuicio, que beneficio, por el doble efecto del tipo de interés y del tipo de cambio, y resultar insuficiente el clausulado del contrato para conocer asimismo los riesgos y mecánica de la operación que estaba contratando, procedería concluir con concurrir en el presente supuesto error por vicio del consentimiento fundado en falta de conocimiento del producto contratado y de los riesgos asociados al mismo, al haberse omitido información relevante al actor y no constar probado que se le facilitase además de manera comprensible y adecuada para comprender el riesgo de fluctuación de divisa y que ésta suponía un recálculo constante del capital prestado pendiente de amortización.

QUINTO.- En cuanto a los efectos de la nulidad y efectos de la misma, será tener por no puesta la cláusula multidivisa integrada en dicho préstamo y la subsistencia de dicho contrato en el resto de sus estipulaciones. Y en este sentido, la STS 323/2015, de fecha 30 de junio de 2015, entre otras muchas, que permiten la conservación del contrato, partiendo del artículo 1303 C. Civil y art. 83 del RD Legislativo 1/2017 y STJUE de 30 de abril de 2014, al haber sido expresamente validada en supuestos como el que ahora analizamos, en el que la nulidad afecta a una cláusula esencial del contrato como es el tipo de interés pactado. Y acordar, en consecuencia, que se actualice el capital pendiente de amortizar al concebido inicialmente, aplicando al mismo los importes abonados por el demandante a la amortización del mismo y de los intereses pactados en euros, rehaciendo el cuadro de amortización desde la fecha de suscripción de dicho contrato; y en lo sucesivo, se aplique lo previsto en el contrato sobre conversión en euros del préstamo con aplicación del referido interés del euribor + 0,45, en las

condiciones pactadas y hasta la total amortización del préstamo con pago de las cuotas de amortización pendientes hasta completar las cuotas de amortización pendientes, persistiendo la vigencia de todas las cláusulas y condiciones no incompatibles con lo anteriormente establecido.

SEXTO.- Estimadas las pretensiones de la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC, procedería condenar a la demandada al abono de las costas causadas.

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

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Carrasco, en nombre y representación de D. [REDACTED] frente a la entidad financiera BANKINTER, SA, declarando la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre ambas partes en fecha 19 de abril de 2007, según escritura de préstamo hipotecario realizada ante el Notario D. [REDACTED] y con número de protocolo [REDACTED] en las cláusulas relativas a la multidivisa, acordando asimismo que se actualice el capital pendiente de amortizar al concebido inicialmente, aplicando al mismo los importes abonados por el demandante a la amortización del mismo y de los intereses pactados en euros, rehaciendo el cuadro de amortización desde la fecha de suscripción de dicho contrato; y en lo sucesivo, se aplique lo previsto en el contrato sobre conversión en euros del préstamo con aplicación del referido interés del euribor + 0,45, en las condiciones pactadas y hasta la total amortización del préstamo con pago de las cuotas de amortización pendientes hasta completar las cuotas de amortización pendientes, persistiendo la vigencia de todas las cláusulas y condiciones no incompatibles con lo anteriormente establecido; todo ello con expresa imposición en costas a la entidad bancaria demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de ALAVA (artículo 455 LECn). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LECn).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 0072 0000 04 0724 16, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. MAGISTRADO que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe, en VITORIA-GASTEIZ, a uno de junio de dos mil diecisiete.