

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 58 DE

MADRID

C/María de Molina, 42, Planta 4 - 28006

Tfno: 914930867

Fax: 914930866

42020310

NIG: 28 079 00-2-2016/0178706

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1055/2016

Materia: 5

Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

PROCURADOR D./Dña. JAIME QUIÑONES BUENO

SENTENCIA Nº 342/2017

JUEZ/MAGISTRADO.- JUEZ: Dña. CRISTINA VILLA CUESTA

Lugar: Madrid

Fecha: veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete

Vistas por mí, Doña Cristina Villa Cuesta, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Cincuenta y Ocho de Madrid y su Partido Judicial, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO Nº 1055/2016** en el que intervienen como demandante **ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN)** en representación de su asociada [REDACTED] representada por la Procuradora Dª Sharon Rodríguez De castro Rincón y defendida por el Letrado D. Ignacio Delgado Larena-Avellaneda, contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.** representada por el Procurador D. Jaime Quiñones Bueno y defendida por la el Letrado D. Daniel Machado Rubiño, versando los autos sobre nulidad parcial de contrato y reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Procuradora Sra. Rodríguez de Castro Rincón, en nombre y representación de la indicada parte actora, presentó demanda de Juicio Ordinario contra **BANCO POPULAR S.A.** solicitando se dicte sentencia donde:

1.- Se declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito entre [REDACTED] y **BANCO POPULAR ESPAÑOL SA** el 27 de julio de 2005 en todas aquellas cláusulas que se refieran al mecanismo multivisa por error en el consentimiento.

2.- Subsidiariamente se declare nulo por tratarse de cláusulas abusivas de conformidad con lo previsto en el TRLGDCU.

3.- En ambos casos se declare que el capital pendiente de amortizar sea el resultante de disminuir al principal prestado 259.000,00 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses calculada en euros y Euribor aplicando el diferencial más 0,39, recalculándose las cuotas pendientes de amortizar también en euros, condenando al Banco Popular al pago del exceso percibido desde la suscripción del préstamo en cada una de las cuotas y las que se devenguen en el futuro a consecuencia del mecanismo multivisa, conforme al cálculo efectuado por el perito, cantidad que incluirá todas las comisiones incluídas y devengando el interés legal desde la fecha del devengo de cada una de las cuotas y al pago de todos los gastos que la declaración de nulidad conlleva.

4.- Subsidiariamente se declare la resolución parcial del préstamo por incumplimiento de la demandada de sus obligaciones legales y contractuales, con la condena en concepto de daños y perjuicios causados a la pérdida sufrido por razón de dicho mecanismo multivisa en cada una de las cuotas y las que se devenguen en el futuro conforme al cálculo efectuado por el perito. En este caso, se declare que el capital pendiente de amortización es el resultante de disminuir al principal prestado de 259.000,00 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses calculada en euros y aplicando el tipo de interés referenciándolo al Euribor más 0,39 de diferencial, recalculándose las cuotas pendientes de amortizar en euros y condenando a la demandada al pagar de todos los gastos de la resolución parcial.

5.- Se condene en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 16 de noviembre de 2016, se presentó en tiempo y forma por el Procurador Sr. Quiñones Bueno en nombre y representación de **BANCO POPULAR S.A.** escrito de contestación, citando a las partes a para la celebración de la audiencia previa al juicio, asistiendo, en debida forma, en la fecha y hora señalada, la parte actora y la parte demandada. La audiencia se celebró para sus finalidades legales proponiendo y admitiendo como prueba interrogatorio de parte, testimonial, pericial y documental.

TERCERO.- En fecha 21 de noviembre 2017 tuvo lugar el juicio oral, al que comparecieron ambas partes. Practicadas las pruebas, formularon oralmente sus conclusiones en los términos que obran en autos, quedando estos conclusiones para sentencia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La demanda tiene por objeto la declaración judicial de nulidad parcial del préstamo en divisas con garantía hipotecaria suscrito entre los actores y **BANCO POPULAR ESPAÑOL SA** de fecha 27 de julio de 2005 otorgado ante el Notario [REDACTED] con nº de protocolo [REDACTED] por importe de 408.080,40 francos suizos siendo el

contravalor expresado en la misma escritura 259.000 euros. Se alega por la actora la existencia de error o vicio en el consentimiento en el momento de formalizarse el préstamo por incumplir la demandada su deber de información, encontrándonos ante un producto financiero complejo. Sostiene también la nulidad parcial por falta de transparencia siendo la actora consumidora y el clausulado multilingüe del préstamo suscrito no es transparente en tanto no tanto que no resulta claro, ni comprensible y es abusivo.

Se opone BANCO POPULAR SA con fundamento en la invariabilidad de la nulidad parcial del contrato manteniendo la vigencia del mismo, adecuada información al prestatario de los riesgos asumidos con la contratación de un préstamo en moneda extranjera no estando sometidos a la normativa MIFID, teniendo la opción de cambiar de moneda, si bien no está obligado a realizar una labor de asesoramiento al no resultar de aplicación la normativa del mercado de valores. La prestataria era conocedora del préstamo suscrito habiendo recibido la información de sindicato SEPPLA con quien el Banco negoció las cláusulas, siendo además perfecta conocedora del funcionamiento por su cualificación profesional. Ausencia de desequilibrio de prestaciones más allá del carácter volátil de los tipos de cambio sujetos a continuas fluctuaciones. Se alega que no nos encontramos ante una condición general de la contratación y de estarlo la misma es transparente y se ha negociado.

SEGUNDO.- Concepto y naturaleza de la denominada hipoteca multilingüe. Siguiendo la exposición realizada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12, de 18 de enero de 2017. La hipoteca multilingüe ha sido definida por el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 30 de junio de 2015. Según expone dicha Sentencia "lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multilingüe" 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 Offer Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)",

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."

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 establece *El*

préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio. 1.- La sentencia del pleno de esta sala 323/2015, de 30 de junio, declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente «hipotecamultilingüe»), es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Esta ley, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, traspone la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MIFID).

2.- La posterior sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, declaró, por el contrario, que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MIFID debe interpretarse en el sentido de que «no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el contrario en el lenguaje principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad».

3.- Los argumentos que sirvieron de fundamento a esta decisión del TJUE fueron, sucintamente, que en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección 4 de la Directiva MIFID (apartado 55). Estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago) (apartado 56). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (apartado 57).

Tampoco estarían comprendidas en el concepto de «negociación por cuenta propia» al que se refiere la sección 4, punto 3, del anexo I de la Directiva MIFID (apartado 58) ni forman parte de la categoría de «servicios auxiliares» del anexo I, sección B, de la Directiva MIFID (apartado 62), pues esto solo sucedería si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación (apartado 63) y tales operaciones de cambio no están vinculadas a un servicio de inversión (apartado 67), ni se refieren a uno de los instrumentos financieros del anexo I, sección C, de dicha Directiva (apartado 68).

Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71).

Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisoluble de ejecución de éste (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L., asunto C-604/2011 (apartado 73).

Por último, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad (apartado 74).

TERCERO.-Normativa aplicable. La polémica se suscita sobre si este producto está o no dentro del ámbito de la normativa MiFID, está resuelta por la STS de 15 de noviembre de 2017 y así el Alto Tribunal dispone:

El préstamo que es objeto de este recurso, las razones por las que el TJUE, en esa sentencia, consideró que la operación no estaba regulada por la Directiva MiFID son plenamente aplicables al préstamo objeto de este recurso: las operaciones de cambio de divisa son accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato (el préstamo), sino únicamente una modalidad indisoluble de ejecución de éste y el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano sino que se realiza sobre la base del tipo de cambio de estas divisas en la fecha de entrega del capital del préstamo o del vencimiento de cada cuota mensual de amortización.

6.- *Que a efectos de las normas contables, concretamente de la NIC 39, un préstamo denominado o indexado en divisas constituya un instrumento financiero híbrido, al combinar un contrato principal no derivado y un derivado implícito en tanto que los flujos de efectivo del contrato principal se modifican de acuerdo con un tipo de cambio, no supone que constituya un instrumento financiero a efectos de la Directiva MiFID y del art. 2.2 de la Ley del Mercado de Valores. La sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, ha afirmado que no lo es.*

7.- *Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, del pleno de esta sala, y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.*

8.- *Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando oferten y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria.*

Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso Banif Plus Bank (...).

Señala la Sentencia de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de septiembre de 2016, siguiendo la Sentencia de esa misma Sección de 28 de marzo de 2016 (Pte. Sr. De Bustos) que la normativa aplicable sería:

- La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en las reformas efectuadas, con anterioridad a la perfección del contrato.

- La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (artículos 1, 2, 5, 6, 7, 8 y Disposiciones Adicionales Primera y Segunda, que modifican la Ley 26/1984 y la legislación hipotecaria). Aplicación reñudada la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

- La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de febrero. En el referido artículo se dispone que los contratos entre las entidades de crédito y la clientela se formalizarán por escrito debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contratados por las partes y sus derechos ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras (a), imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito (b); efectuar la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a préstamos a intereses variables (c); determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, tal información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si se ajustan a sus necesidades y cuando puede verse afectada su situación financiera (d). El apartado 3 del artículo 48 establece que las disposiciones que puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias contempladas en el número 2 no podrán ofrecer un nivel de protección de la clientela inferior al que derive de las disposiciones que se aprueben por el Ministro de Economía y Hacienda al amparo de dicho número.

- La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es

garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de dicha Orden -artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo -artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento -artículo 7-".

A lo que cabría añadir que el hilo conductor de todas esas disposiciones, es sin duda, la Directiva 93/13, respecto de la cual la propia Sentencia del Tribunal Europeo de 3 de diciembre de 2.015 recuerda su aplicabilidad al caso (parágrafo 48).

Y, en fin, aun juzgando el comportamiento desde la perspectiva de la lealtad, insita en el deber de buena fe (artículo 7 del Código Civil), sería exigible el deber de información.

CUARTO.- Protección de los consumidores y usuarios. Deber de información. Desde la perspectiva de la normativa de protección de consumidores y usuarios, puede esta resumirse, en la fase precontractual, en la obligación de dar toda la información necesaria para que el cliente, que carezca de conocimientos especializados, conozca la trascendencia práctica y la carga económica real que asume con la operación. Ha de ser una información completa, veraz y relevante (artículo 60.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios).

Y luego, en el propio momento de emisión de las declaraciones de voluntad, se sitúa el deber, que lógicamente se cumple con anterioridad a ese momento, de redactar las cláusulas contractuales con claridad, (artículo 80 de la Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) término que ya pacíficamente se entiende en el doble sentido de equivocar a la transparencia formal, afectante al modo de redacción, y a la transparencia material, relativo a la sumministrazione de los datos precisos para que el cliente, que se adhiere al contrato, pueda conocer todos los riesgos que con él asume, y, por ende, pueda efectuar un cálculo, potencialmente acertado, de los beneficios reales (y, por contraposición, de los riesgos) que puede tener para él, en su particular situación, la conclusión del contrato.

La razón de estos deberes estriba en la misma dinámica de la relación de consumo.

La característica fundamental de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (ahora en la versión codificada que le da el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), con la que se trata de satisfacer el principio constitucional de protección de los derechos e intereses de éstos, es contemplar la relación jurídica entre empresario y consumidor en su totalidad, sin duda bajo la idea de responder la operación económica que subyace en el contrato a un todo unitario.

Por eso, la citada Ley presta atención a todas las fases en que esa relación se manifiesta: desde la oferta pública, a la formalización del contrato, y desde su perfección y consumación, a su desarrollo y agotamiento.

El contacto entre consumidor y empresario, a través del cual aquel trata de conseguir un bien o servicio y este de colocar su producto en el más amplio mercado posible, comienza con la información que ha de suministrar éste a aquél, que ha de ser una "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" (artículo 60 del Texto Refundido).

Sin duda, esa información es uno de los factores que impulsa al consumidor a contratar, como también tiene influencia decisiva el contenido de la oferta pública, por lo que "el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato", salvo que en éste se contengan condiciones más beneficiosas, a las que en ese caso habría de estarse (artículo 61).

La vinculación, en esa fase precontractual, es tan intensa, que incluso la produce la simple omisión de información relevante (artículo 65).

Así pues, es en la fase precontractual donde, sin duda, las especialidades son más intensas, y donde la normativa citada trata de lograr que las características fundamentales del producto o servicio que se oferta puedan ser captadas por el consumidor, para decidir libremente su consentimiento.

Sobre el control de transparencia del clausulado del préstamo hipotecario multidivisa el TS en la referida Sentencia de 15 de noviembre de 2017 establece:

9.- Una vez fijada la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores y usuarios que desarrolla la Directiva sobre cláusulas abusivas, el apartado 35 de la STJULI del caso Andriticic, afirma que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, a las que hace referencia el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan. Y en el apartado 38 añade: «[...] mediante un contrato de crédito, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este último se compromete, a su vez, principalmente a reembolsar, generalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos. Las prestaciones esenciales de este contrato se refieren, pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. Por lo tanto, como el Abogado General ha señalado en los puntos 46 y siguientes de sus conclusiones, el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesorias de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo».

10.- Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que está representado el capital

pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del prestador cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.

11.- De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

12.- En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso Andrić, declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se controla debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de depreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se controla, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

13.- La jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCUI, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE. Esta línea jurisprudencial se inicia a partir de la sentencia 834/2009, de 22 de diciembre y se perfila con mayor claridad a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, hasta las más recientes sentencias 171/2017, de 9 de marzo, y 367/2017, de 8 de junio.

14.- En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filio de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

15.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda empujarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

16.- Que la normativa MIFID no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de sus riesgos.

El TS en Sentencia de 30 de junio de 2015 estableció «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 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 concertar el préstamo. »Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo financiado se añade la fluctuación del pasivo contratado para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financian mediante la suscripción de este tipo de préstamos».

La hipoteca multidivisa es un producto complejo, cuya exacta comprensión requiere un alto nivel de conocimientos de la Ciencia Económica, y es además, al tiempo en que se concertó la que aquí se examina -julio de 2005, de implantación novedosa en nuestro País, introduciendo un alto componente especulativo que compromete a veces, como también ocurre en este caso, la vivienda habitual del prestatario. Supone, por tanto, un grado mucho

más elevado de complejidad, para determinar la conveniencia o no en el supuesto concreto para el consumidor.

De ahí que esa información deba ser exhaustiva, hasta el nivel en que el que lo oferta pueda quedar convencido de que el potencial contratante conocía los rasgos básicos de su funcionamiento.

Ello debe incluir la simulación de distintos escenarios de subidas y bajadas de la divisa en que se conciba el préstamo y la explicación de la forma, modo y tiempo en que puede ser cambiada la denominación de la divisa.

Aún cuando corresponde a la actora la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, por su parte correspondía a la entidad bancaria acreditar que dio a la prestataria información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación del préstamo en divisas en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al préstamo contratado.

En este sentido la citada STS de 15 de noviembre de 2017 establece *También declaramos en esa sentencia, como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, que 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, en su considerando cuarto, 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» y 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 conllevarán». El considerando trigésimo de la Directiva añade que «debido a los importantes riesgos ligados a los préstamos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el periodo de vigencia del crédito [...]».*

Por esas razones, los arts. 11.1.j, 13.f y 25.6 de la Directiva imponen determinadas obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos asociados a la denominación del préstamo en una moneda extranjera.

Esta Directiva no es aplicable al presente caso, por razones temporales, pero su regulación muestra los problemas existentes en la contratación de préstamos en moneda extranjera y la necesidad de que el prestatario reciba una información suficiente sobre el juego de la moneda extranjera en la economía del contrato y en su posición jurídica y sobre los riesgos inherentes a ese tipo de préstamos. La obligación de transparencia en la contratación de estos préstamos es preexistente a la entrada en vigor de esta Directiva puesto que deriva de la regulación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. La novedad que en esta materia supone la Directiva 2014/17/UE consiste en establecer una regulación detallada de la información a facilitar y en protocolizar la documentación en la que tal información ha de prestarse así como la forma concreta en la que debe suministrarse.

19.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia

en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51, y de 30 de abril de 2014, caso Kásler y KáslernéRábai, asunto C-26/13, párrafo 70.

También lo hace la STJUE del caso Antchitec, cuyo apartado 48 declara: «Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que revise una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Narayño y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50).

20.- Esta sentencia precisa cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas: «49. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistemico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación 4.-Comencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1). » 50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras».

QUINTO.- Información facilitada, control de transparencia. Como señala la STS de 30 de junio de 2015, "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, que en este caso no se han cumplido. Y además, no cabe entender que los demandantes tuvieran, por su profesión o experiencia, conocimientos profundos de este producto financiero complejo que les permitiera conocer los riesgos asociados a él. No puede considerarse, por las razones que se han expuesto, que

quienes contrataron el préstamo hipotecario multidivisa disponían de los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del instrumento financiero contratado y los riesgos asociados al mismo, teniendo en cuenta que se trata de un producto peculiar, que precisa de conocimientos especializados que no están al alcance de cualquier ejecutor."

La reciente Sentencia del TJUE de fecha 20 de septiembre de 2017 establece " 50. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistemico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A— Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).

51. Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto".

Desde la perspectiva de la doctrina expuesta debe enfocarse el asunto litigioso y valorar la prueba de su cumplimiento.

En este sentido, y como es ya general en las relaciones de consumo y, en particular en las relaciones entre entidades bancarias y sus clientes (véase las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2016) la prueba sobre tal extremo corresponde al Banco, y ha de provenir de elementos fiables que permitan, aun pasado el tiempo, establecer como se desarrolló la relación jurídica precontractual.

En nuestro caso se trata de determinar si cuando la prestataria contrató el préstamo conocía de modo comprensible y completo, el real alcance de los riesgos asociados a la fluctuación de la divisa en la paridad Francos Suizos / Euros en toda su extensión. No evidentemente de la fluctuación inherente al tipo de cambio entre la divisa escogida y el Euro propio del mecanismo de préstamo en divisas, esto es, las fluctuaciones lógicas que pueden experimentar los tipos de cambio de las distintas divisas, sino si al tiempo de celebrar el contrato tuvieron la oportunidad real de conocer los riesgos inherentes al mecanismo del préstamo en divisas, y muy especialmente el riesgo de tipo de cambio y la posibilidad de sufrir una variación al alza del principal en caso de depreciación del Euro respecto al Franco.

Para ello es necesario partir de una premisa y que la entidad bancaria no ha acreditado que la parte actora tuviese conocimiento, específicos y cualificados en materia financiera, en concreto en cuanto al propio mecanismo de los préstamos en divisas ni tampoco un asesor externo, no cumpliendo tal finalidad el sindicato SEPLA.

Como dispone la STS de 15 de noviembre de 2017 "un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que la STJUE del caso *Andrić*, en sus apartados 49 y 50, exija una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa.

28.- *Barclays tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos. La fluctuación de la divisa supone un recidivo consistente del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incrementa significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar. (...)*

32.- *Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización*

o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros. 33.- Por estas razones es esencial que la información que el banco de al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo. También debe ser informado de la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la denudación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera, porque supone también un serio riesgo para el consumidor que, pese a no haber incurrido en incumplimiento contractual, se vea obligado a devolver de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar.

Si aplicamos lo expuesto a nuestro caso, resulta que D. [REDACTED] empujado de la entidad bancaria y responsable de riesgos, afirmó que si bien no recuerda exactamente la negociación con la prestataria, lo que sí sabe es que el SEPLA informaba a sus afiliados. Existía un convenio entre BANCO POPULAR y SEPLA y los clientes ya venían con la información previa ofrecida por el sindicato y se les aplicaba el convenio que estaba en vigor. No recuerda si el cliente había suscrito productos de riesgo. En relación a la información que le facilitó afirma que hizo simulaciones de escenarios diferentes peor no previsiones a futuro, dichas simulaciones a futuro estaban en el convenio. Por su parte [REDACTED] también empleado del banco afirmó que el cliente acudió al banco para cambiar el Libor de anual a mensual.

En relación con la testifical de los empleados de banca, la Sección 12 de la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 20 de octubre de 2016, de 27 de marzo y de 18 de diciembre de 2013 de manera reiterada ha declarado la insuficiencia de la declaración testifical del comercializador, adscrito en su momento a la entidad financiera, para sobre ella sola fundar la decisión del cumplimiento del deber de información y expone "la sola declaración del que, como empleado de la entidad demandada, comercializó el producto, no es suficiente para demostrar la información precontractual suministrada.

Por su parte [REDACTED] prestataria afirmó en la testifical, que es piloto de líneas aéreas y afiliada al SEPLA. Acudió al banco porque sus compañeros tenían una hipoteca multidivisa. Desconocía cómo era este tipo de préstamos y su funcionamiento. Quería comprarse una casa y acudió al banco solicitando información sobre los préstamos que tenían y también sobre el préstamo multidivisa. Le informaron que con el yen la cuota sería menos elevada pero con el franco suizo era más estable y si no quería preocuparse lo mejor era el franco suizo. Reconoce que le dijeron que la cuota variaría mes a mes pero no de forma significativa. Afirmó que el Sepia mandaba información sobre la hipoteca multidivisa como de tantas otras cosas, pero acudió al banco para que fuese éste quien le informara. Manifestó que una vez suscrito el préstamo no seguía la cotización del franco, se desprecupó porque lo que quería era estabilidad. Pasados unos años comprobó que las cuotas se incrementaban y pensó que era por el interés al tener un Libor anual y sus compañeros le informaron que era mejor mensual y por eso cambió. No sabía cómo influía la fluctuación de la moneda en el capital pendiente, si lo hubiese sabido nunca lo hubiera contratado. Supo que se había metido en un lío a partir del año 2015.

Pues bien, que el cliente sepa que si la moneda fluctúa su cuota también lo va a hacer, no significa que tenga conocimiento de la naturaleza y riesgos asociados a las cláusulas relativas a la divisa. No se ha practicado prueba alguna que permita otorgar a la prestataria otra categoría que la de consumidor minorista con un conocimiento ordinario a una persona que ha cursado estudios universitarios, lo que no implica un especial conocimiento sobre este tipo de préstamos. Como ya se ha dicho anteriormente y ha sido reconocido por la jurisprudencia del TS y la de las Audiencias Provinciales, este tipo de contrato requiere un alto nivel de conocimientos económicos ya que su funcionamiento introduce un nivel especulativo que compromete, a veces, como también ocurre en este caso, la vivienda habitual del prestatario. Que el cliente sea piloto, viaje y conozca la fluctuación de las monedas no significa necesariamente posea los conocimientos necesarios para entender el funcionamiento del préstamo tanto en la cuota como en el capta, y es necesario por ello determinar la conveniencia o para él del producto contratado.

Por otra parte, no consta que al cliente se le entregara información precontractual necesaria para conocer los riesgos y naturaleza del préstamo. La parte demandada invierte esta obligación en el Sepia, al existir un acuerdo de colaboración suscrito y negociado entre el banco y el sindicato, pero un diligente empresario como debe ser la entidad bancaria, no puede atribuir a un tercero las obligaciones que sólo a él le corresponden por imperativo legal, siendo diferentes y con una finalidad también distinta las relaciones que unen a los sindicatos y sus afiliados, a la que debe existir entre el banco y sus clientes. No podemos olvidar que en muchas ocasiones los contratos de colaboración entre el banco y determinados colectivos obedecen a un interés para captación de clientes de solvencia económica y no necesariamente con experiencia financiera. Por otra parte no se ha practicado prueba alguna que acredite que el acuerdo de colaboración suscrito entre el Banco Popular y el Sepia aportado junto al contestación la demanda, haya sido entregado a [REDACTED] y lo que es más importante, que lo haya entendido en todos sus extremos y sea conveniente para ella.

En este sentido cabe citar por examinar u supuesto idéntico al nuestro la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 3 de 19 de julio de 2017 que dispone " y enlazado a lo anterior, adentrándonos así en el tercer motivo de apelación, cabe señalar que el Tribunal Supremo tiene reiteradamente establecido, incluso con posterioridad al dictado de la Sentencia del TJUE a la que alude la apelante (en su STS de 3.02.2016) que la falta de acreditación por parte de la entidad bancaria de estos deberes de información, permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y que, por tanto, su consentimiento se halla viciado por error y, en el caso que analizamos, pese a las alegaciones de la apelante, debemos comparar con la Juzgadora de instancia su parecer de que, en atención a la prueba practicada, la demandada no ha acreditado que le proporcionara la debida información a su cliente, pues el propio comercial que le ofreció el producto financiero, D. Diego, señaló en su testifical, que más allá de la copia del Convenio en el que figuraba la oferta al SEPLA no le entregó información escrita alguna, ni le hizo simulaciones de posibles escenarios; ni tampoco se realizó test de conveniencia o idoneidad, amparándose en que el perfil del actor (carente de estudios superiores, que al tiempo de concertarse el préstamo tan solo contaba con 27 años de edad, y que jamás había contratado un producto financiero) era, al tiempo de suscribir el préstamo, el de una persona acostumbrada a operar con divisas, conclusión que extrajo por el solo hecho de que el actor era piloto

comercial de profesión, y afirmando, que partió de él la iniciativa de solicitar un préstamo en moneda extranjera y concretamente en francos suizos, cuando este hecho fue rotundamente negado por el Sr. Carlos Alberto y, en todo caso, aún de ser así, tampoco quedaría desvirtuada la presunción de falta de información porque, tal y como tiene dicho este Tribunal el interés del cliente en suscribir un determinado producto financiero no exime a la entidad bancaria de su obligación de informar cumplidamente de los riesgos que comporta la operación, ni de verificar que la información con base a la cual solicita dicho producto se corresponde efectivamente con la realidad".

No podemos olvidar que la prestataria ha solicitado un préstamo donde hipoteca su vivienda habitual, con plazo de amortización de treinta años, siendo la moneda en la que obtiene sus ingresos el Euro. La actividad probatoria practicada no acredita que tuviera conocimientos en productos de riesgo o inversión, ni capacidad para entender con todas las consecuencias económicas del préstamo que estaban suscribiendo. No consta que la entidad bancaria explicara a la prestataria que las fluctuaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable, que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del Euro respecto a la divisa. La información que consta en las actuaciones por parte de Banco Popular es la información fiscal y los extractos de liquidaciones mensuales y en ninguno de ellos se hace referencia al contravalor en euros del capital pendiente, luego difícilmente puede el prestatario hacerse una idea cabal de la influencia de las fluctuaciones del Franco en el capital pendiente de amortizar. En el juicio afirmó el perito de la demandada D. David Espejo Navarro que dicho dato no lo considerara relevante para el análisis. No se puede comparar esta conclusión, cuando nos encontramos con un prestatario que vive en España, percibe su sueldo en Euros y piensa por tanto en Euros, luego el contravalor del capital pendiente tiene especial relevancia en nuestro caso, debiendo saber que la apreciación de la divisa elegida en su préstamo frente al Euro, pudiera incrementar el capital pendiente de amortizar en euros en relación con el que le fue prestado.

No ha quedado por tanto acreditada la entrega del folleto informativo y la oferta vinculante exigidos en la Orden de 5 de mayo de 1994. Como estable en TS en sentencia de 15 de noviembre de 2017.

Y en nuestro caso, la obligación que se afirma incumplida en la demanda, y que constituye, por tanto, el themaprobandi, no es la administración de cualquier información, sino la que exige la norma.

Quiere decirse que, quien tenga la carga de probar el hecho discutido, ha de probar no sólo haber informado sino el contenido de la información, para comprobar si se ha facilitado la información "relevante" para la toma de decisión por el cliente".

La carga de probar que se ha suministrado la debida información, con el contenido que se acaba de exponer, corresponde a la entidad bancaria. El cumplimiento del deber de información es sustancial, consistiendo en una exposición clara, completa y comprensible de los riesgos, incluso en el peor escenario posible, adaptadas a las condiciones personales del cliente, que permita que éste emita un consentimiento realmente informado. No basta con cualquier información, sino que ha de ser clara, correcta, precisa y suficiente sobre el

producto o servicio de inversión y sus riesgos. La información fiscal remitida por el banco no es suficiente, pues como se ha expuesto el préstamo suscrito entraña una mayor complejidad.

Tampoco resulta suficiente que conste en la escritura que han recibido toda la información de las condiciones generales del contrato y que se les ha entregado en la Notaría, ni que exprese que los prestatarios conocen que el préstamo está formalizado en divisas y asumen explícitamente sus riesgos. El TS en sentencia de 15 de noviembre de 2017 recuerda. En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concreción del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo.

Ciertamente, en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, dijimos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede certiorrarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]»

Pero en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, afirmamos que tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula sujeta, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predisuestas por el empresario o profesional.

La parte actora nunca cambió de divisa. Como establece el TS en la mencionada sentencia de 15 de noviembre de 2017 Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato.

Asimismo, debe reseñarse que el clausulado del contrato es insuficiente para que el cliente conozca la mecánica y los riesgos que entraña la operación que está contratando. La lectura del contrato demuestra una complejidad en el funcionamiento de la divisa, y en el establecimiento del interés, que se desarrolla en una redacción necesariamente abigarrada y prolija, que está muy alejada de la claridad que los textos normativos aplicables exigen. Como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 3ª), de 20 de julio de 2016, "la redacción de la cláusula multidisiva de autos no permita a los prestatistas hacerse una idea completa de las consecuencias que la fluctuación del valor de cambio de

la moneda podía tener en las obligaciones que asumían. No es de comprensión fácil, sino más bien una idea contra intuitiva, que el prestamista haya de restituir, como consecuencia del préstamo una cantidad mayor a la que resulta de sumar capital e intereses inicialmente pactados, y esto es, precisamente, lo que podía ocurrir con el préstamo multidivisa, y que la cláusula en cuestión no explica con suficiente claridad. La continua referencia al "contravalor del préstamo" no advierte a los prestatarios con la suficiente claridad -recuérdese que el TJUE exige una claridad más allá de lo gramatical- sobre las consecuencias de la volatilidad del cambio de divisas, sujeto a frecuentes albagos, y de como la fluctuación de la moneda podía afectar no solo a la cuota sino también al capital".

Como señala la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Baleares de 20 de julio de 2016 (Ponente, Ilmo. Sr. Gómez Martínez), "tampoco es suficiente a efectos de desvirtuar la presunción de falta de información suficiente a los prestatarios el hecho de que fuesen ellos quienes tuviesen la iniciativa de solicitar el producto, préstamo multidivisa, de la entidad bancaria demandada ya que el interés del cliente en suscribir un determinado producto financiero no exime a la entidad bancaria de su obligación de informarle cumplidamente de los riesgos que comporta ni de verificar que la información con base en la cual solicita dicho producto se corresponde efectivamente con la realidad". Este razonamiento es plenamente aplicable a nuestro caso.

El TS en sentencia de 15 de noviembre de 2017 dispone la conclusión que se desprende de esta aplicación es, como se ha expuesto, que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013, de 9 de noviembre, hemos fundado en los arts. 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

Esta falta de transparencia ha generado en la prestataria un grave desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe, al ignorar los riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudiendo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con la de otros préstamos y ha sido determinante para la prestación de un consentimiento viciado. En base a lo anterior debemos concluir, que la entidad bancaria incumplió la obligación de comportarse con diligencia y transparencia para con sus clientes en cuanto a los concretos riesgos asociados al préstamo suscrito, en especial a las concretas consecuencias derivadas del funcionamiento y riesgos derivados del tipo de cambio de la operación en la determinación del principal adeudado y las posibles modificaciones en cuanto a su cuantía a fin de que esos consumidores pudieran evaluar con criterios claros, precisos, detallados y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo, siendo nulas por abusivas. Lo expuesto da lugar a que se declare la nulidad parcial del préstamo en divisas con garantía Hipotecaria suscrito entre POPULAR SA de fecha 27 de julio de 2005 otorgado ante el Notario [REDACTED] y BANCO [REDACTED] con nº de protocolo [REDACTED].

SEXTO.- Efectos de la nulidad. La consecuencia de ello no es la nulidad total del contrato, que obligaría al consumidor, en un evidente empeoramiento de su situación, a la

devolución inmediata de todo el capital prestado, aunque fuera calculado en euros, penalizándole con una suerte de vencimiento anticipado e injustificado, sino la eliminación de aquellos aspectos del contrato afectados por el error.

En este sentido se ha pronunciado el TS en sentencia de 15 de noviembre de 2017 al establecer se declara la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se veía obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y KáslernéRábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

54.- *Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.*

No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo.

55.- *Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Así lo ha declarado el TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y KáslernéRábai, asunto C-26/13), apartados 76 a 85.*

SEPTIMO.-Costas. De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil, procede imponerlas a la parte demandada.

FALLO

Se ESTIMA ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por la Procuradora Sra. Rodríguez de Castro Rincón en nombre y representación de ASUFIN contra BANCO POPULAR S.A. representada por el Procurador Sr. Quiñones Bueno con los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declara la nulidad parcial de préstamo en divisas con garantía hipotecaria suscrito entre [REDACTED] y BANCO POPULAR SA de fecha 27 de julio de 2005 otorgado ante el Notario [REDACTED] con nº de protocolo [REDACTED], en todo lo relativo al clausulado en divisa, debiendo entenderse otorgado en Euros y utilizando como índice de referencia el Euribor.

Se condena a la entidad demandada a recalcular el cuadro de amortización con la cantidad prestada en Euros y aplicando el tipo de interés pactado en la escritura más el diferencial estipulado.

Tras el cálculo anterior, se condena a la entidad demandada a tener en cuenta los pagos realizados por los actores hasta la fecha de la presente resolución, y en la parte que excedan de las cuotas comprensivas de capital e intereses que correspondería con arreglo al nuevo cuadro de amortización, más los intereses legales desde la respectiva fecha de pago, dicho importe sea objeto de restitución a la actora, y en el caso de que en alguna cuota la cantidad pagada por la actora sea inferior a la determinada en euros, la diferencia, más los intereses legales desde la respectiva fecha de pago, sea satisfecha por la actora.

2.- Se condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACION que deberá interponerse ante este Juzgado en el PLAZO DE VEINTE DÍAS contados desde la notificación de esta sentencia que será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid.

Llévese esta sentencia al Libro de su clase dejando testimonio suficiente en los autos.

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

PUBLICACIÓN: En la fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

