

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimoprimera
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 -
28035
Tfno.: 914933872/73,3872
37007740
N.I.G.: 28.007.00.2-2016/0000671



Recurso de Apelación 131/2017

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 06 de Alcorcón
Autos de Procedimiento Ordinario 85/2016

APELANTE: BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

APELADO: D./Dña. [REDACTED] y D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. JOSE ANDRES CAYUELA CASTILLEJO
AN

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos. Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL
D^a ROSA MARÍA CARRASCO LÓPEZ
D. JUAN JOSÉ SÁNCHEZ SÁNCHEZ

En Madrid, a 12 de diciembre de 2017. La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de juicio ordinario número 85/2016 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Alcorcón, seguidos entre partes, de una, como Apelante-Demandado: Bankinter S.A., y de otra, como Apelados-Demandantes: D. [REDACTED] y D^a [REDACTED]

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **DON JUAN JOSÉ SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Alcorcón, en fecha 30 de noviembre de 2016, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por la representación procesal de d. [REDACTED] y Dña. [REDACTED] y, en consecuencia, debo ACORDAR Y ACUERDO:

1.-La nulidad parcial del PRÉSTAMO HIPOTECARIO suscrito por D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED] con la entidad BANKINTER S.A en fecha 20 de octubre de 2006, constando en escritura pública otorgada por el Notario D. [REDACTED] con el número [REDACTED] de su protocolo, en concreto, la CLÁUSULA TERCERA A) y todo aquello referido a la opción multidivisa, debiendo subsistir el contrato sin los contenidos declarados nulos entendiendo que el préstamo lo fue por un principal de 267.500 euros y que las amortizaciones han de realizarse en euros, utilizando como tipo de interés el fijado en la CLÁUSULA TERCERA B), es decir, Euribor más un diferencial de 0,50. A tal efecto la entidad BANKINTER S.A habrá de realizar un nuevo cuadro de amortizaciones tomando como principal 267.500 euros de principal y como interés aplicable el Euribor más 0,50 desde la fecha del otorgamiento de la escritura del préstamo hipotecario objeto de las presentes actuaciones, respetando el periodo de 24 meses de carencia pactado en escritura pública de fecha 9 de octubre de 2012,

deduciendo entonces el importe total de las amortizaciones realizadas por los actores en concepto de principal e intereses.

2.-Cada parte procesal abonará las costas procesales acusadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, del que se dio traslado a la parte apelada, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 31 de octubre de 2017, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 11 de diciembre de 2017.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de BANKINTER S.A. se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada con fecha 30 de noviembre de 2016, la cual estima parcialmente la demanda formulada por la citada representación de D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] declarando *“la nulidad parcial del PRÉSTAMO HIPOTECARIO suscrito por D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] con la entidad BANKINTER S.A en fecha 20 de octubre de 2006, constando en escritura pública otorgada por el Notario D. [REDACTED] con el número [REDACTED] de su protocolo,*

en concreto, la CLAUSULA TERCERA A) y todo aquello referido a la opción multidivisa, debiendo subsistir el contrato sin los contenidos declarados nulos entendiendo que el préstamo lo fue por un principal de 267.500 euros y que las amortizaciones han de realizarse en euros, utilizando como tipo de interés el fijado en la CLÁUSULA TERCERA B), es decir, Euribor más un diferencial de 0,50. A tal efecto la entidad BANKINTER S.A. habrá de realizar un nuevo cuadro de amortizaciones tomando como principal 267.500 euros y como interés aplicable el Euribor más 0,50 desde la fecha del otorgamiento de la escritura del préstamo hipotecario objeto de las presentes actuaciones, respetando el periodo de 24 meses de carencia pactado en escritura pública de fecha 9 de octubre de 2012, deduciendo entonces el importe total de las amortizaciones realizadas por los actos en concepto de principal e intereses”.

En la demanda presentada, la representación de D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] invoca “la protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de los servicios financieros y bancarios”, apreciando “la existencia de cláusulas abusivas”, entendiendo que las cláusulas controvertidas no superan ninguno de los controles, ni el control de incorporación ni el control de transparencia – nulidad de pleno derecho-; así como la “nulidad por dolo y error en el consentimiento –anulabilidad-, apreciando la sentencia de instancia, por un lado que “dicha declaración judicial –anulabilidad- tendría idénticas consecuencias a las de un contrato absolutamente nulo, aplicándose el mismo régimen de restitución de prestaciones de los arts. 1.303 y siguientes”, que la entidad demandada “no informó adecuadamente a los actores del producto y sus riesgos, lo que les indujo a un evidente error que vició su consentimiento”, así como que “cabría aplicando los principios del derecho contractual y

principios expuestos suprimir la cláusula abusiva y reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real”.

SEGUNDO.- CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS ABUSIVAS.-

La escritura de “préstamo en divisa con garantía hipotecaria” de fecha 20 de octubre de 2006 tiene los caracteres generales de un contrato de adhesión a unas condiciones generales, que han sido elaboradas por el empresario oferente, como parte de un sistema de contratación en masa, al que el cliente simplemente se adhiere. Es decir, es fácilmente observable que el contrato celebrado, salvo en los concretos aspectos, se concreta en un modelo uniforme en el que se reflejan las diferentes cláusulas contractuales que se aplican con carácter general por la sociedad ejecutante a quienes contratan con la misma, revelando ello que nos hallamos ante unos contratos de adhesión.

De esta forma, se entiende por contrato de adhesión aquel en que la esencia del mismo y sus cláusulas, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). Y es cierto, como señala la SAP de Asturias de 25 de marzo de 1999 que dada la grave limitación que al principio de autonomía de la voluntad representan las denominadas condiciones generales de la contratación (aquellas insertas en los modelos de adhesión y que una parte redacta imponiéndola a todos los que quieran celebrar el contrato con la misma), se ha dictado un importante cuerpo legislativo en toda España, no para coartarlas sino

controlarlas impidiendo un ejercicio abusivo, como se razona en la STS de 13 de noviembre de 1998.

Ahora bien, como destaca la SAP de Cantabria, Sección 2ª, de 30 de Abril de 2002, citada en la SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 10 de Febrero de 2003, en los contratos de adhesión, el carácter abusivo no se infiere exclusivamente de la falta de negociación individual, que actúa como condición o presupuesto, sino que es preciso que el contenido de la estipulación cause un detrimento importante en el consumidor. Criterio que es el seguido por la STS de 31 de enero de 1998, que, distinguiendo, las cláusulas «redactadas previamente» de las «abusivas», insiste en que se requiere que el consumidor o usuario no pueda evitar su aplicación, siempre que quiera obtener el servicio o bien de que se trate, es decir, que es insuficiente que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula sino que, para que ésta merezca la consideración de abusiva, requiere, además, que aquél no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, que su actitud no haya sido meramente pasiva. Igualmente, para la SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 10 de Febrero de 2003, no basta con calificar de abusiva una cláusula simplemente porque resulte contraria a nuestros intereses, incluso porque está estampada en un contrato de adhesión, pues por sólo tal motivo habrían de desaparecer de la realidad jurídica todos los contratos redactados por las empresas suministradoras de servicios, incluidos los Bancos.

Y como ya expresa la SAP de Madrid, Sección 13ª, de 23 de Mayo de 2000, con cita de las sentencias de 23 de mayo de 1995 y 8 de mayo de 1996, no cabe confundir la redacción impresa del contenido de un contrato que en el marco de la libertad de contratación puede suscribirse con distintas empresas en

lícita competencia y la imposición de ciertas condiciones contractuales en base a una situación de monopolio o cuando menos privilegiada que quebrante el equilibrio de las prestaciones vulnerando así los derechos de los consumidores y usuarios. En suma, el hecho de que el contenido del contrato responda a un modelo normalizado no quiere decir que no pueda ser modificado en algunos extremos por acuerdo de las partes ni que no haya mediado una libre coincidencia de voluntades, ni menos que en sí mismo y por ese solo hecho o circunstancia cause un perjuicio o detrimento desproporcionado al consumidor o comporte un desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones, pues en ese caso pocos serían los contratos que concertados con empresas de crédito y financiación no adoleciesen de tal vicio y causa de ineficacia.

Y cuando hablamos de contratos celebrados con consumidores, parece inevitable hablar de cláusulas abusivas, esto es así desde la perspectiva del justo equilibrio de las prestaciones que debe presidir toda cláusula contractual, máxime cuando interviene en la relación un consumidor y se plasma en un documento prerredactado por el profesional, en la que se da una situación en la que el consumidor no cuenta con el mismo poder de negociación que la entidad de crédito, circunstancia que puede dar lugar a la imposición de condiciones en cuya elaboración no participa el consumidor y que rompen el principio de reciprocidad en las prestaciones que rige el derecho contractual. Es precisamente esa situación la que justifica la imposición de un control de contenido a todas aquellas cláusulas que, no siendo fruto de la negociación individual, implican un desequilibrio contractual contrario a la buena fe que debe presidir la contratación.

Resulta indudable que en el ámbito contractual ha predominado durante bastante tiempo una concepción individualista del mismo en base a los artículos

1.254 y 1.255 del Código Civil a propósito del momento del nacimiento del contrato y los pactos que en el mismo pueden incluirse. No obstante, este sistema ha sido objeto de una mayor presión intervencionista que ha venido moderando el principio de la autonomía de la voluntad, viniendo a surgir una denominada concepción social del contrato fruto de nuevos marcos contractuales (contratación en masa, contratos de adhesión, et c.) de la que se derivan dos consecuencias importantes: primera, que el contrato no sólo puede obligar en lo que alcanza la voluntad contractual, sino en la medida a que alcanza la confianza de la otra parte en la declaración, y, segunda, que los contratos no son absolutamente obligatorios en todo aquello a que la voluntad contractual se extiende, sino que, por varias razones, pueden ser no obligatorios, con lo que se viene a limitar el principio general establecido en el artículo 1.091 del Código Civil. Esto determina que el patrón clásico de contrato se vea notablemente afectado, incluso mediatizado el principio de autonomía de la voluntad, surgiendo categorías contractuales con un contenido normado y sometido a control, al margen e incluso por encima de las concretas voluntades de los intervinientes que no pueden excluirlo. Así en el modelo contractual por adhesión, se produce una evolución en el contenido del contrato, donde ya no prima exclusivamente el consentimiento, sino que va a estar determinado en ciertos aspectos y de modo necesario por la ley, siendo ello particularmente cierto en las condiciones generales de los contratos. Y este control de legalidad de las condiciones generales tiene su reflejo en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1.984, y posteriormente en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, las cuales establecen una serie de requisitos que han de cumplir los contratos de adhesión concertados con consumidores y usuarios, y que básicamente se refieren a la

claridad y sencillez, buena fe, y justo equilibrio de las prestaciones, considerando abusivas las estipulaciones que no respeten estos principios, y sometidas a la sanción de tenerlas por no puestas, lo que no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas –en este sentido, SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 10 de Febrero de 2003-.

El artículo 10.1.c) 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –vigente en la fecha de celebración del contrato-, entiende por cláusulas abusivas “*las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios*”. Se ha de tratar, por consiguiente, de cláusulas no negociadas individualmente, que no perderán su carácter de abusivo por la circunstancia de que ciertos elementos de la cláusula o alguna aislada se hayan negociado individualmente. El hecho de la negociación individual de una determinada cláusula debe ser probado por el empresario o profesional. La Ley de Consumidores ha realizado una enunciación casuística de las cláusulas abusivas, que se ha de considerar que es una enunciación abierta, siguiendo la Directiva comunitaria. Lista de cláusulas que debe considerarse abierta, de forma que además de las que menciona podrán surgir otras que se declaren igualmente abusivas en perjuicio de los consumidores o usuarios.

TERCERO.- PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA EN DIVISAS.-

La problemática de las llamadas "hipotecas multidivisa" ha sido abordada por la STS de 30 de junio de 2015 (RJ 2015\2662), la cual comienza por establecer el marco general de la naturaleza y características de las

"hipotecas multidivisa" expresando que 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, es decir, TASA DE INTERÉS INTERBANCARIA DEL MERCADO DE LONDRES). El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro. Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo

que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el LIBOR, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos.

En la determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico "hipoteca multidivisa" para establecer cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista, la citada STS de 30 de junio de 2015 (RJ 2015\2662) considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de

las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que al cancelarse otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores y es un instrumento financiero complejo.

En este sentido, como declara la STS núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, que cita la STS de 30 de junio de 2015, "estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar".

No obstante, la STJUE, Sala 4ª, de 3 de diciembre de 2015 -asunto C-312/14-, ante la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus

reembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo o relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de «servicios o de actividades de inversión» en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39; expresa 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 controvertido en el litigio 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. Expresa la citada resolución 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 la Sección A del Anexo 1 de la Directiva. En efecto, 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). 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... En efecto, tales operaciones de cambio no parecen tener otro objeto que permitir la concesión y el reembolso del préstamo. Por otra parte, no

puede mantenerse que las operaciones efectuadas en el marco de un contrato de préstamo como el controvertido en el litigio principal formen parte de la categoría de «servicios auxiliares» del anexo I, sección B, de la Directiva 2004/39. A este respecto, si bien conforme al punto 2 de este anexo I, sección B, la concesión de un crédito o de un préstamo puede constituir un servicio auxiliar, esto sólo sucede 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. Ahora bien, no se discute que el préstamo controvertido en el litigio principal no tiene como finalidad permitir que se realice una operación futura de este tipo. De esta mención se desprende que los servicios de cambio, por sí mismos, no constituyen servicios de inversión del anexo I, sección A, de dicha Directiva. Pues bien, las operaciones de cambio controvertidas en el litigio principal no están vinculadas a un servicio de inversión, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39, si no a una operación que no constituye en sí misma un instrumento financiero, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 17, de esta Directiva. Según su acepción habitual en Derecho financiero, el contrato de futuros es un tipo de contrato de derivados mediante el cual dos partes se obligan la una a comprar y la otra a vender, en una fecha posterior, un activo denominado «subyacente» a un precio que se fija en el momento de la celebración del contrato. En efecto, por una parte, en un contrato como el controvertido en el litigio principal, 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 ésta 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. 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 indisociable de ejecución de éste. Por otra parte, en el marco de un contrato de préstamo como el controvertido en el litigio principal, 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. De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, 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 2004/39.

En este mismo sentido, para la SAP de Madrid, Sección 13ª, de 23 de octubre de 2015 (ROJ: SAP M 14008/2015 -ECLI:ES:APM:2015:14008) no le es aplicable la Ley del Mercado de Valores, pues a tenor del art. 1º de la misma, su objeto es la regulación de los sistemas de negociación de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión, en especial los regulados en el artículo 2 de la citada ley, sin que se pueda considerar como tales productos financieros los préstamos hipotecarios, ya sean referenciados al euro o a otra divisa. Así lo ha entendido el Banco de España al señalar que no puede valorarse dicho producto en base a la normativa MIFID, y la normativa del mercado de valores, toda vez que dichas normas son aplicables a la contratación de productos de inversión por parte de los clientes de las entidades. Añade la misma resolución que es verdad que las "hipotecas multidivisas" han sido objeto de diferentes resoluciones judiciales que han

destacado la considerable complejidad que las mismas entrañan para clientes minoristas sin la adecuada formación financiera, por cuanto es necesario conocer la operativa de referencias como el Libor (LONDON INTERBANK OFFERED RATE, o tasa de interés interbancaria del mercado de Londres), así como de los diversos factores que inciden en su variación, sobre los que el común de los ciudadanos carece de la necesaria información, siendo una de las cuestiones más controvertidas, si este tipo de hipotecas están o no sometidas a la normativa MiFID, como posible "derivado financiero". Y tampoco puede predicarse de los préstamos hipotecarios que sean un "derivado financiero" aunque, el mismo Tribunal Supremo, en la precitada Sentencia expone se puedan producir los mismos resultados desfavorables para los prestatarios.

Igualmente para la Sala IV de Madrid, Sección 13ª, de 5 de abril de 2017 (ROJ: SAP M 4626/2017-ECLI:ES:AP M:2017:4626), con cita de las sentencias precedentes de esta misma Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 17 de julio de 2013, 27 de febrero de 2014, 18 de noviembre de 2014 y 5 de febrero de 2015-, entendiéndose que han sido respaldadas en la STJUE de 3 de diciembre de 2015, que el artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, al afirmar dicha Sala que debe interpretarse dicha norma jurídica en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituye un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio 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.

En este mismo sentido se expresa la SAP de Madrid, Sección 19ª, de 15 de febrero de 2015 –citada en la referida SAP de Madrid, Sección 13ª, de 23 de octubre de 2015 (ROJ: SAP M 14008/ 2015-ECLI:ES:APM:2015:14008)-, la cual dictada a propósito de un "préstamo multimodivisa" expresaba que "el préstamo de autos puede entenderse con la misma facilidad que cualquier otro préstamo, caracterizado como contrato real, en que el prestatario, recibido los fondos del propio préstamo, asume la totalidad de las obligaciones con el pago de los intereses si se hubiesen pactado". Y para el AAP de Madrid, Sección 14ª, de 10 de noviembre de 2015 (ROJ: AAP M 994/ 2015-ECLI:ES:APM:2015:994A), con cita de la AAP de Madrid, Sección 11ª, de 15 de octubre de 2015, un préstamo hipotecario con opción multimodivisa no es más que un Préstamo económico corriente con la distinción de que las cuotas a devolver del préstamo se calculan en otra divisa diferente que no tiene por qué ser la nacional, en este caso el Euro. Esta "opción multimodivisa" te permite cambiar de divisa siempre que el deudor hipotecario, previo análisis del estado de las divisas internacionales, piense que va a ser beneficioso para su crédito. Este mecanismo está pensado para clientes con unos mínimos conocimientos financieros, pues esta opción multimodivisa requiere, para su éxito, que se esté al corriente y se haga un seguimiento de las divisas y de su evolución para así cambiar cuando sea conveniente".

Como ya expresa la SAP de Madrid, Sección 19ª, de 18 de noviembre de 2014 (ROJ: SAP M 15869/2014-ECLI:ES: APM:2014:15869), no cabe duda

que la complejidad del préstamo multidivisas es mayor que la de un préstamo sin la referida cláusula, pues al riesgo de variación del tipo de interés se une el de la fluctuación del tipo de cambio de divisa, pero tales parámetros (moneda en que se efectúa el préstamo y el índice empleado) no desvirtúan la naturaleza del contrato ni lo convierten en un producto asimétrico entre las partes, perjudicial para el cliente y beneficioso exclusivamente para la entidad bancaria. Para la SAP de Madrid, Sección 19ª, núm. 161/2017 de 26 abril (JUR 2017\149682), no cabe duda que la complejidad del préstamo multidivisa es mayor que la de un préstamo sin la referida cláusula, pues al riesgo de variación del tipo de interés se une el de la fluctuación del tipo de cambio de divisa, pero tales parámetros (moneda en que se efectúa el préstamo y el índice empleado) no desvirtúan la naturaleza del contrato ni lo convierten en un producto asimétrico entre las partes, perjudicial para el cliente y beneficioso exclusivamente para la entidad bancaria. Las obligaciones o deberes de información que los reclamantes atribuyen a la entidad bancaria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), no le son exigibles a la entidad demandada; en primer lugar, porque dicha normativa modificada no estaba en vigor a la fecha de la contratación, por lo que su aplicación no puede reclamarse y, en segundo lugar, porque el préstamo hipotecario en divisas al que se contrae la reclamación no es un instrumento financiero incluido en el ámbito de su aplicación, como expresa la STJUE de 3 de diciembre de 2015, ni está sometido a la normativa MiFID.

Y en este sentido, la novísima STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893) cambia la

doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, y declara que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, citando la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, expresando que “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 A 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).

Igualmente, añade la novísima STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893) que no puede estimarse que las cláusulas controvertidas han sido objeto de negociación individual y, por tanto, queden fuera del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 3. Que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo, el plazo de devolución,

incluso la presencia del elemento «divisa extranjera» que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento «divisa extranjera» en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato; concluyendo “la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores y usuarios que desarrolla la Directiva sobre cláusulas abusivas”.

En el caso de autos, además, en la escritura pública de fecha 20 de octubre de 2006 se hace constar, bajo la rúbrica “CONDICIONES GENERALES” que “tienen carácter de tales condiciones todas las contenidas en la presente escritura, excepto las que regulan la cuantía del contrato, el vencimiento y amortizaciones, el tipo de interés y las comisiones, las cuales han sido negociadas individualmente”.

CUARTO.- NULIDAD ABSOLUTA POR ABUSIVIDAD.-

Como expresa la STS (Pleno) núm. 705/ 2015 de 23 diciembre (RJ 2015\5714), la doctrina emanada de las SSTS (Pleno) números 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088); 464/2014, de 8 de septiembre (RJ 2014, 4660); 138/2015, de 24 de marzo (RJ 2015, 845); y 139/2015, de 25 de marzo (RJ

2015, 735); y de la STS 222/2015, de 29 de abril (RJ 2015, 5042); ha tratado el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria ("cláusulas suelo"). Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Esta línea jurisprudencial se inicia en SSTS núm. 834/2009, de 22 de diciembre (RJ 2010, 703); 375/2010, de 17 de junio (RJ 2010, 5407); 401/2010, de 1 de julio; y 842/2011, de 25 de noviembre; y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 638/2013, de 18 de noviembre (RJ 2014, 2233) y 333/2014, de 30 de junio (RJ 2014, 3526). El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». La STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), con referencia a la anterior STS núm. 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 8857), consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un

control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 165), asunto C- 26/13, declara, y la sentencia de 26 de febrero de 2015 (TJCE 2015, 93), asunto C- 143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ni ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013 (RJ 2013, 3088), con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia. Como recordamos en la STS núm. 138/2015, de 24 de marzo (RJ 2015, 845), ya dijimos en la previa STS 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 8857), el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato

suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

Añade la citada resolución que, por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la

prestación objeto del contrato según contra te con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. Las citadas sentencias de esta Sala han basado dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 TRLGCU, interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE; y hemos citado a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 93), asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste».

Añade la STS (Pleno) núm . 705/2015 de 23 diciembre (RJ 2015\5714) que la STJUE de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 165), dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71) , que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la

exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo» (párrafo 73), y concluir en el fallo que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo». Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015 (TJCE 2015, 93), asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan

(véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai [TJCE 2014, 105], EU:C:2014:282, apartado 73)».

Igualmente, para la novísima STS, Pleno, núm. 608/ 2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/ 2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), en la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, EU:C:2014:282), el TJUE declaró la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo. También la STJUE del caso Andriciuc declara la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en los contratos de préstamo denominados en divisas. Efectivamente, el apartado 35 de la STJUE del caso Andriciuc 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, el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesorio de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo». Añade la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de

2017 (R OJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:T S:2017:3893) que 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 esté 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 predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.

QUINTO.- Expuesto lo anterior, y antes de analizar la abusividad, en el caso de autos hemos de tener en cuenta que el producto contratado es un préstamo hipotecario a interés variable, en el que “las fincas urbanas que se describen” han sido tasadas en 382.208, 58 euros, y que “BANKINTER S.A. entrega a la parte prestataria que recibe un préstamo multidivisa de doscientos sesenta y siete mil quinientos euros por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España, y en concreto, inicialmente, en francos suizos - el préstamo inicialmente queda formalizado en cuatrocientos veintinueve mil ochocientos cuarenta y cinco con setenta y cinco francos suizos, al que se incorpora una “opción de cambio de moneda” que permite al prestatario la posibilidad, durante la vida del préstamo, al vencimiento de cada periodo de amortización, de satisfacer la cuota correspondiente en euros o en una de las divisas alternativas “cotizadas en España”; llevándose a cabo la amortización del préstamo mediante el pago de 360 cuotas MENSUALES de 1.729,86

FRANCOS SUIZOS; fijándose un tipo de interés variable con referencia al índice LIBOR cuando el préstamo se cifrara en divisas distintas del euro y al EURIBOR en los periodos en que la disposición se cifrara en euros. Nos encontramos pues ante un préstamo hipotecario en divisa extranjera con opción multidivisa -en el "préstamo multidivisa" los prestatarios tienen la "opción" de cambiar a otra divisa, mientras en el "préstamo en divisas" no existe esa opción, salvo que se acuda al mecanismo de la novación, que requiere la anuencia del prestamista-.

Una vez fijada la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores y usuarios que desarrolla la Directiva sobre cláusulas abusivas; y como expresa la novísima STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-E CLI: ES:TS:2017:3893), 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. En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso Andriuc, declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas: «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». Añade nuestro Alto Tribunal, que 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 TRLCU, 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 TJ UE. 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. En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro 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. 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 por menorizado del contrato. Esto excluye que pueda empeorarse 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. 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 algunos de sus riesgos. En nuestra sentencia 323/2015, de 30 de junio, hemos explicado por qué los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Dijimos en esa sentencia: «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 ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que

pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multdivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos. También declaramos en esa sentencia, como con firma 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 conllevaban». El considerando trigésimo de 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 [...]». 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.

Añade la novísima STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893) que 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 Káslerné Rábai, asunto C-26/13, párrafo 70. También lo hace la STJUE del caso Andriuc, cuyo apartado 48 declara: «Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste 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 Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C- 308/15, EU:C:2016: 980, apartado 50). 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 Sistemático 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). » 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».

Añade la misma resolución que no es admisible la tesis de que no le era exigible a la entidad bancaria el cumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la Orden de 5 de mayo de 1994 porque la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que establecía que «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», solo sería aplicable en futuras normas sobre transparencia bancaria, que no se dictaron hasta varios años más tarde. Dado que las obligaciones de información relativa a los préstamos hipotecarios en que la hipoteca recae sobre vivienda estaban ya desarrolladas por la Orden de 5 de mayo de 1994, la modificación legal significó que, desde su entrada en vigor, esa normativa sobre transparencia pasaba a ser exigible en cualquier préstamo hipotecario en que la hipoteca recayera sobre una vivienda, sin que hubiera que esperar a que se dictara una nueva normativa sobre transparencia en los préstamos hipotecarios.

SEXTO.- Y traslada la citada doctrina a nuestro caso de autos, resulta evidente que no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, puesto que no se les entregó ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo.

Para la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), para determinar la información que Barclays debió suministrar a los demandantes tiene especial relevancia la diferenciación entre la divisa en que se denominó el préstamo, pues en ella se fijaba el capital prestado y el importe de las cuotas de amortización, a la que podemos llamar «moneda nominal». Y en nuestro caso de autos, como ya hemos expresado, “las fincas urbanas que se describen” en la escritura pública han sido tasadas en 382.208,58 euros -la valoración del bien hipotecado contenida en la escritura se hizo en euros y la fijación de la extensión de la garantía hipotecaria se hizo también en euros-; haciéndose constar además que “BANKINTER S.A. entrega a la parte prestataria que recibe un préstamo multidivisa de doscientos sesenta y siete mil quinientos euros -la escritura pública de préstamo hipotecario preveía que el ingreso del capital prestado en la cuenta de los prestatarios se hará a, como se hizo, en euros-, por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España, y en concreto, inicialmente, en francos suizos -el préstamo inicialmente queda formalizado en cuatrocientos veintinueve mil ochocientos cuarenta y cinco con setenta y cinco francos suizos-. Por tanto, el importe del capital del préstamo denominado en la divisa inicial, el franco suizo, era la equivalencia, al tipo de cambio fijado, del importe que los prestatarios necesitaban en euros. Los demandantes solicitaron el préstamo para hacer el pago de una cantidad de dinero determinada en euros,

concretamente la cantidad necesaria para la adquisición de una vivienda, y tenían sus ingresos en euros. Y aunque el clausulado predispuesto por Barclays preveía la posibilidad de hacer los pagos de las amortizaciones en divisas o en euros y establecía en este último caso el tipo de cambio aplicable (tipo de cambio de compra de la divisa fijado por el banco en un determinado momento), esta segunda opción era la única que podía cumplirse de forma efectiva en la ejecución del contrato puesto que los prestatarios obtenían sus ingresos en euros. Y los apuntes en la cuenta de los prestatarios, en la que el banco ingresó el capital prestado y los prestatarios ingresaban las cuotas de amortización, se hacían en euros.

Y siguiendo la siempre citada STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/ 2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), lo expuesto muestra que era exigible a la entidad bancaria —en nuestro caso de autos BANKINTER S.A.- que hubiera informado a los demandantes sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, el franco suizo inicialmente, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución (esto es, la entrega efectiva del capital a los prestatarios y el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización). En concreto, no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones 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 de la divisa. Esa información era necesaria para que los prestatarios pudieran haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudieran haber comprendido los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda en la que recibían sus ingresos. Así lo

declara la STJUE del caso Andriuc, en sus apartados 49 y 50... Añade la STS, Pleno, núm . 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), que 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 fluctúa 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 Andriuc, 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.

Siguiendo igualmente la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), BANKINTER S.A. tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos. La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante 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 fluctúa 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. Este riesgo afecta a la obligación del prestatario de devolver en un solo pago la totalidad del capital pendiente de amortizar, bien porque el banco haga uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo cuando

concurra alguna de las causas previstas en el contrato (entre las que se encuentran algunas no imputables al prestatario y asociadas al riesgo de fluctuación de la divisa, como veremos más adelante), bien porque el prestatario quiera pagar anticipadamente el préstamo para cancelar la hipoteca y enajenar su vivienda libre de cargas.

Y en nuestro caso de autos, igualmente, la materialización de este riesgo ha determinado que pese a que los prestatarios han pagado durante más de diez años las cuotas de amortización mensuales, al haberse devaluado considerablemente el euro frente al franco suizo, inicialmente, y posteriormente frente al yen japonés –se cambia la divisa en abril de 2008-, los prestatarios adeudan al prestamista un capital que se encuentra cercano al que les fue entregado al concertar el préstamo. Además, este riesgo de recálculo al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar traía asociados otros, sobre los que tampoco se informó a los demandantes. Tales riesgos estaban relacionados con la facultad que se otorgaba al banco prestamista –ESTIPULACIÓN SEGUNDA-, “*en el caso de que el contravalor en euros pueda ser superior al límite pactado*”, de “*ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula séptima de las financieras*”; en cuyo caso podrá “*exigir la inmediata devolución del total del capital del préstamo o de la parte del mismo no amortizada, con sus intereses, demoras y gastos...*” –ESTIPULACIÓN SÉPTIMA-; reservándose igualmente la entidad bancaria “*el derecho a exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en euros, todas las disposiciones al cambio del día excedan en el 10,00 por ciento del límite actual del préstamo*” –ESTIPULACIÓN TERCERA- .

Como expresa la STS, Pleno, núm . 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017: 3893), si bien el riesgo de un cierto incremento del importe de las cuotas de amortización, en los casos de préstamos denominados en divisas o indexados a divisas, por razón de la fluctuación de la divisa, podía ser previsto por el consumidor medio de este tipo de productos sin necesidad de que el banco le informara, no ocurre lo mismo con los riesgos que se han descrito en los anteriores párrafos. La percepción propia de un consumidor medio que concierda un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo. Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado considerablemente y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor. El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa. 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. Por estas razones es esencial que la información que el banco dé 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 devaluación, 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 vería obligado a devolver de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar.

Es cierto que en la escritura pública de fecha 20 de octubre de 2006 se refleja por el notario autorizante que se ha procedido por él mismo a la lectura de la escritura a los otorgantes, que advertidos de su derecho para hacerlo por sí, no hacen uso del mismo. No obstante, como expresa la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), con cita de la STS 464/2013, de 8 de septiembre, la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario –en nuestro caso de autos ni siquiera se mencionan estos extremos en la escritura pública y tampoco ha quedado acreditado que BANKINTER S.A. hiciera entrega a los prestatarios del folleto informativo y la oferta vinculante exigidos en la Orden de 5 de mayo de 1994- no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia. En la STS 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 concertación 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 cerciorarse 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.

Además de lo expuesto, en la escritura tampoco se informa sobre la naturaleza de los riesgos asociados a la denominación en divisas del préstamo. Es cierto que en la propia escritura pública de préstamo hipotecario se hace constar que “...la parte prestataria 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... incluida la posibilidad de que el contravalor en euros pueda ser superior al límite pactado...”; si bien en modo alguno se precisa a continuación en qué consistían tales riesgos. Tal afirmación, como ha resultado probado en el proceso, no se ajustaba a la realidad pues BANKINTER S.A. no entregó a los demandantes ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo sobre su naturaleza y riesgos. Como expresa la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de

noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/ 2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), “ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las mencionadas predisposiciones que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisposiciones por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así lo ha declarado esta sala en numerosas sentencias, desde la STS 244/2013, de 18 abril, hasta la STS 335/2017, de 25 de mayo, y todas las que han mediado entre una y otra”. También el TJUE, en el ámbito del crédito al consumo y con relación a las obligaciones de información de la entidad de crédito para con sus clientes previstas en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, ha declarado en su sentencia de 18 de diciembre de 2014 (asunto 449/ 13, caso Bakkaus, apartados 31 y 32), que si una cláusula predisposición por el empresario en la que el consumidor reconoce haber recibido la información sobre el contrato significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por la Directiva, por lo que las disposiciones de esta se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva.

Añade la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893) que la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos... La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas... También se agravó su situación jurídica, puesto que concurrieron causas de vencimiento anticipado del préstamo previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

Igualmente, para la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS: 2017:3893), es cierto que el considerando trigésimo de 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, tras hacer referencia a los «importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera», afirma que «el riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos». Esta previsión se concreta en el art. 23 de la Directiva. Pero la exigencia de medios de limitación del riesgo tales como la posibilidad de cambiar la divisa en la que está representado el capital del préstamo, y en

concreto cambiar a la moneda en que el prestatario tiene sus ingresos, no releva al banco de sus obligaciones de información precontractual. Esta cláusula no se prevé como alternativa a la obligación de informar al prestatario sobre los riesgos. Se trata de exigencias cumulativas. Es más, la Directiva contempla que se establezca, como mecanismo de limitación de riesgos, la posibilidad de cambiar la moneda en que está representado el capital del préstamo o en un contexto normativo de refuerzo de la información que debe facilitarse durante la ejecución del contrato. El art. 23.4 de la citada Directiva prevé: «En lo que se refiere a los consumidores que tengan un préstamo en moneda extranjera, los Estados miembros se asegurarán de que el prestamista les dirija advertencias regulares, en papel o en otro soporte duradero, como mínimo cuando el valor del importe adeudado por el consumidor del préstamo o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 % del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de crédito y la moneda del Estado miembro que estaba vigente en la fecha de celebración del contrato de crédito. En la advertencia se informará al consumidor del incremento del importe adeudado por este, se mencionará cuando proceda el derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ello, y se explicará cualquier otro mecanismo aplicable para limitar el riesgo de tipo de cambio a que esté expuesto el consumidor». Además, la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo. La conversión de la divisa en que está representado el capital se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en el que esta conversión tenga lugar, por lo que se consolida la revalorización de la divisa y, por tanto, del aumento de la equivalencia en euros

(o en la nueva divisa) del importe del capital pendiente de amortizar, pues se traslada a la nueva divisa escogida el incremento producido como consecuencia de la apreciación de la divisa. Para hacer realizar esta conversión, el prestatario debe estar al día en el pago de las cuotas del préstamo y además debe pagar una comisión por hacer uso de esta posibilidad, pues así lo prevé la escritura. El prestatario no puede realizar ese cambio en cualquier momento, sino solo al inicio de cada nuevo «periodo de mantenimiento de moneda e interés» en que se divide la vida del préstamo. En este caso, esos periodos eran mensuales. Pero una devaluación significativa de la moneda funcional respecto de la divisa puede producirse en cuestión de semanas. Solo se evita el hipotético riesgo de una apreciación de la divisa en el futuro. Pero si el prestatario ignora, porque no ha sido informado adecuadamente, que cuando haga uso de esa facultad de cambio de divisa consolidará el aumento de valor de la divisa en que estaba denominado el préstamo, es posible que cuando pretenda hacer uso de esa facultad porque la cuota mensual de reembolso se haya incrementado significativamente, el incremento de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar sea ya considerable. 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. Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se

incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización. Por tanto, la posibilidad de cambio de divisa, aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida, ni dispensa al predisponente de sus obligaciones de transparencia en la información precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario. Para que pueda tener alguna eficacia, el banco debe informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusula y ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato.

Concluye el Alto Tribunal expresando 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.

SEXTO.- Por último, siguiendo la siempre citada STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), la nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería 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 Káslerné Rábai, 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.

Y en nuestro caso de autos, lo realizado en la sentencia de instancia constituye, en realidad, como expresa la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017: 3893), 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. 1.170 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. 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 Káslerné Rábai, asunto C-26/13), apartados 76 a 85).

SÉPTIMO.- Como consecuencia de la desestimación del recurso de apelación, procede imponer a la parte apelante el abono de las costas procesales de la presente alzada.

OCTAVO.- Igualmente, procede declarar la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial

VIS TOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

Que desestimando el recurso de apelación formulado por la representación de BANKINTER S. A. frente a D. [REDACTED] y Dª [REDACTED] debemos acordar y acordamos CONFIRMAR la sentencia dictada con fecha 30 de noviembre de 2016; imponiendo a la parte recurrente el abono de las costas procesales de la presente alzada.

Igualmente, procede declarar la pérdida del depósito constituido para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Contra esta sentencia cabe recurso de Casación por presentar la resolución del recurso interdicto casacional (artículo 477. 2-3º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y recurso extraordinario por infracción procesal en los supuestos previstos en el artículo 469 de la misma Ley en relación a su disposición final decimosexta, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal, y cuyo conocimiento corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201710184452824	
Asunto	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 12/12/2017)	
Remitente	Órgano	AUD.PROVINCIAL CIVIL/PENAL SECCION N.21 de Madrid, Madrid [2807937021]
	Tipo de órgano	AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO AUD. PROVINCIAL CIVIL [2807900004]
Destinatarios	SAMPERE MENESES, MARIA ROCIO [519]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	CAYUELA CASTILLEJO, JOSE ANDRES [1236]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
Fecha-hora envío	26/12/2017 11:07	
Documentos	5929134_2017_I_131516100.RTF(Principal)	
	Hash del Documento: 988419c6f001d2a21301ba4865dd8fd2218fb7a1	
	5929134_2017_E_14471571.ZIP(Anexo)	
Datos del mensaje	Hash del Documento: 989c263cd15b3bf417fcd8be99fc760a777ff05b	
	Procedimiento destino	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 1 N° 0000131/2017)
	Detalle de acontecimiento	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 12/12/2017)
	NIG	2800700220160000671

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
26/12/2017 12:19	CAYUELA CASTILLEJO, JOSE ANDRES [1236]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
26/12/2017 11:41	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPARTE A	CAYUELA CASTILLEJO, JOSE ANDRES [1236]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.