

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 GUADALAJARA

Modelo: N10250
PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10
Tfno.: 949-20.99.00 Fax: 949-23.52.24

Equipo/usuario: AAM

N.I.G. 19130 42 1 2017 0000512

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000079 /2018-A

Juzgado de procedencia: JDO.PRIMERA INSTANCIA N.3 de GUADALAJARA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000059 /2017

Recurrente: BANKINTER SA

Procurador: MARTA MARTINEZ GUTIERREZ

Abogado: MARTA VILLARINO GEJO

Recurrido:

Procurador: MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE, MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE

Abogado: CARLOS NÚÑEZ GARCÍA,

ILMA. SRA. PRESIDENTE:

D^a. ISABEL SERRANO FRÍAS

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS:

D. JOSE AURELIO NAVARRO GUILLÉN

D^a MARIA VICTORIA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

D^a MARIA ELENA MAYOR RODRIGO

S E N T E N C I A N° 84/18

En Guadalajara, a veintitrés de mayo de dos mil dieciocho.

VISTO en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de GUADALAJARA, los Autos de Procedimiento Ordinario 59/17, procedentes del JUZGADO DE 1^a INSTANCIA n° 3 de Guadalajara, a los que ha correspondido el Rollo n° 79/18, en los que aparece como parte apelante BANKINTER S.A., representado por la Procuradora de los tribunales D^a Marta Martínez Gutiérrez, y asistido por la Letrada D^a Marta Villarino Gejo, y como parte apelada D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] representados por la Procuradora de los tribunales D^a María Teresa López Manrique, y asistidos por el Letrado D. Carlos Núñez García, sobre nulidad parcial

de préstamo multividiva, y siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a ISABEL SERRANO FRÍAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- En fecha 29 de diciembre de 2017 se dictó sentencia, cuya **parte dispositiva** es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que con estimación íntegra de la demanda presentada por la Procuradora DOÑA MARÍA TERESA LÓPEZ MANRIQUE, en el nombre y representación de DON [REDACTED] y DOÑA [REDACTED] frente a BANKINTER SA, representado por la Procuradora DOÑA MARTA MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad parcial del préstamo en divisas suscrito por los actores con número de Protocolo [REDACTED] en todo lo relativo al clausulado multividiva por vicio en el consentimiento conllevando como efecto propio de la nulidad la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen cláusulas multividiva y que, en consecuencia, se declara que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de cuatrocientos sesenta y cinco mil euros, la cantidad amortizada hasta la fecha en que se haga efectivo el cálculo, también en euros, en concepto de principal e intereses entendiendo que el prestado lo fue de cuatrocientos sesenta y cinco mil euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses, la misma referencia fijada en la escritura cláusula 3^aB para el euro Euribor más 0'40 puntos; condenando a la entidad demandada estar y pasar por la anterior declaración y a soportar los gastos que pudieren derivarse de su efectivo cumplimiento, imponiendo asimismo a la parte demandada las costas causadas.= Notifíquese a las partes".

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de BANKINTER, S.A., se interpuso recurso de apelación contra la misma; admitido que fue, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites, llevándose a efecto la deliberación y fallo del mismo el pasado día 22 de mayo del año en curso.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Deducido recurso de apelación frente a la sentencia que declara la nulidad parcial del préstamo suscrito en divisas entre las partes contendientes, se afirma por la entidad bancaria recurrente que ha existido información, que la escritura recoge de forma clara breve y sencilla que el cambio de divisa afecta no solo a las cuotas a pagar sino también al saldo pendiente del préstamo negando el desequilibrio por cuanto de forma potestativa para los clientes e imperativa para Bankinter se recoge la opción de cambio de divisa. Se niega sean cláusulas oscuras, condiciones generales de la contratación, se mantiene la improcedencia de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, la caducidad de esta acción, se describe el perfil como inversores de los demandantes, se alude al carácter inexcusable del error y que no cabe la nulidad parcial de un contrato con base en un error en el consentimiento.

En la impugnación al recurso se mantiene la falta de información, de formación financiera de los contratantes, que es de aplicación la doctrina de las sentencias del TS que refiere la Sentencia de instancia aludiendo al a contradicción que supone afirmar que ha caducado la acción y que el perjuicio no existe al no haber concluido la relación. Se afirma la falta de transparencia, el desequilibrio. Se mencionan cláusulas concretas cuya falta de claridad es transparente, así "la parte prestataria conoce y acepta que la sustitución de la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor salvo en caso de efectiva amortización, no respondiendo a la realidad pues en ocasiones el capital pendiente se ha elevado por encima del inicial durante la vida del préstamo. No se pudo pues prever las consecuencias económicas derivadas. Se niega la caducidad partiendo como diez a quo noviembre de 2013 en que se empieza a informar por la entidad bancaria a los prestatarios. Además se insiste en la falta de información precontractual, no aportándose un cuadro de amortización máxime cuando se trata de un producto complejo, no se entregó folleto informativo ni

borrador, concluyendo en la posibilidad de la nulidad parcial.

SEGUNDO.- Apuntados los motivos del recurso y en cuanto a la naturaleza del producto cabe citar la S Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 608/2017 de 15 Nov. 2017, Rec. 2678/2015:

“.- La sentencia del pleno de esta sala 323/2015, de 30 de junio, declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente «hipoteca multidivisa»), es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Esta ley, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, traspone la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID).

2.- La posterior sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, declaró, por el contrario, que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que «no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el 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».

3.- Los argumentos que sirvieron de fundamento a esta decisión del TJUE fueron, sucintamente, que en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección 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).

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

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

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

Apuntado lo expuesto sobre la naturaleza de este producto, lo determinante va a ser en cualquier caso, y con independencia del debate suscitado sobre la normativa aplicable, la viabilidad de la acción de nulidad basada tanto, en la falta de transparencia y abusividad de las cláusulas como en la existencia de un error vicio de consentimiento, gira en torno a la demostración de que el cliente bancario recibió toda la información que le era necesaria para conformar un juicio cabal y completo de la operación a realizar, y esta obligación de informar recae sobre la entidad financiera por ser la que la conoce y debe transmitir tales conocimientos a la otra parte contratante de acuerdo con los principios generales de buena fe y

lealtad negocial y el deber específico que le venía impuesto por la legislación sectorial a fin de tutelar los intereses de su cliente y garantizar que este tenga perfecto conocimiento de las características y riesgos del producto que se le ofrece por la entidad bancaria.

Habrà que tener en cuenta a estos efectos las siguientes disposiciones legales: Ley 26/1984, de 19 de julio (LA LEY 1734/1984), para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por RDL 1/2007 artículos 12 , 1860 y 80 , 82; La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LA LEY 1563/1988) (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre (LA LEY 1614/2002) y 41/2007 (LA LEY 12190/2007), de 7 de febrero; Orden de 5 de mayo de 1994 (LA LEY 1668/1994), sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de dicha Orden -artículo 3-, así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo, artículo 5. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento - artículo 7-. No cabe oponer la inaplicabilidad de la Orden de 1994 al préstamo litigioso, por ser igual o inferior a 25 millones o su equivalente en divisas puesto que este requisito fue suprimido por la Ley 41/2007 (LA LEY 12190/2007) al modificar que al mencionar dicho precepto declaró aplicable "con independencia de la cuantía" y se trata de vivienda habitual; Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, cuyo artículo 79, antes de la modificación operada por la Ley 47/2007 (LA LEY 12697/2007), que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE (LA LEY 4852/2004) relativa a los mercados de

instrumentos financieros, y el préstamo aquí concertado lo es, ya imponía a las entidades de crédito comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes; reducir al mínimo los riesgos de conflictos de intereses y, de producirse, dar prioridad a los intereses de sus clientes, cuidando de ellos como si fuesen propios; garantizar una gestión prudente; y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados; Ley 36/2003, de 11 de noviembre (LA LEY 1706/2003), de Medidas de Reforma Económica. Extiende el deber de información de las entidades de crédito a los deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a interés variable, a los sistemas o productos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, sin que su contratación suponga la modificación del contrato de préstamo, cuyas características se harán constar en la oferta vinculante y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de dichos préstamos.

Ha de añadirse a lo anterior, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LA LEY 1490/1998) y su control de transparencia en contratos celebrados con consumidores y (artículo 7 destacadamente) y doctrina sentada a este respecto por la Sentencia de Pleno del T. Supremo de 24 de marzo de 2015 en la que se citan otras anteriores, en la que concluye que tales condiciones "pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el Juez sino del equilibrio subjetivo del precio y prestación, es decir, tal y como se le pudo representar al consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación".

La sentencia del pleno del TS 323/2015, de 30 de junio, declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente «hipoteca multidivisa»), es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Esta ley, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (LA LEY 12697/2007), traspone la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (LA LEY 4852/2004), relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID). Sin embargo, posteriormente el TJUE en sentencia de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, declaró, que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de

que «no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el 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». Añadía la sentencia del Tribunal europeo «47. Dicho esto, es necesario señalar que algunas disposiciones de otros actos del Derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores pueden ser pertinentes en un asunto como el del litigio principal.

»48. Esto sucede, en particular, con las disposiciones de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) que instauran un mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esta Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 42)».

3.- En esta sentencia del caso Kásler, 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 denominado en divisas.

4.- 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."

Y en el orden Europeo la Sentencia dicta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de fecha 30 de abril de 2014, al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por la Kuria (Hungría) en el asunto C-26/13 , con relación a cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, en aplicación e interpretación de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993), efectuó, entre otras, las siguientes consideraciones: "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 ..". Doctrina que ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 (LA LEY 6612/2015), y la más reciente STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 (LA LEY 35991/2015), que condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que "la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él".

Nada cabe objetar en lo que se refiere a la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, no cabe duda de que la contratación de la hipoteca multidivisa de litis, determinó que los demandantes no fuera conscientes de la trascendencia y significación que entrañaba el riesgo de fluctuación del tipo de cambio y prestara un consentimiento viciado por error, error que ha de calificarse sustancial (afectante a un elemento básico del préstamo relativo a la obligación de reintegro) e inexcusable, ya que, sin conocimientos expertos en materia de contratación en divisas los clientes no pueden saber qué información concreta han de demandar al profesional que es sobre el que recae ese deber de información. Sin embargo, asiste la razón al demandante en cuanto a la prosperabilidad de la nulidad radical al no superar las cláusulas controvertidas en control de transparencia, si bien con las consecuencias de afectar este efecto a los contenidos referentes a la opción multidivisa.

Como recoge la STS anteriormente citada "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».

13.- La jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 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 TJUE.

Esta línea jurisprudencial se inicia a partir de la sentencia 834/2009, de 22 de diciembre y se perfila con mayor claridad a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, hasta las más recientes sentencias 171/2017, de 9 de marzo, y 367/2017, de 8 de junio.

14.- En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del 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.

15.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato”.

Pues bien, no consta el plus de información en el presente supuesto, no consta tomara la iniciativa el

cliente ni que el empleado del Banco tuviera siquiera la formación precisa para transmitir una información rigurosa al cliente, ignorando en definitiva el riesgo asumido que llega incluso a que pasado un tiempo la cantidad adeudada sea mayor que la que es objeto del préstamo.

En el caso objeto de enjuiciamiento, el examen de las pruebas aportadas por la entidad demandada avala la conclusión alcanzada por la sentencia apelada, es decir, que la opción y condicionado "multidivisa" incorporada al contrato de préstamo se pactó a iniciativa de la entidad demandada y fue un clausulado predispuesto por ésta y no negociado individualmente con el prestatario por lo que claramente constituye una condición general de la contratación en la que cabe apreciar una falta de transparencia real y un carácter abusivo, que, de conformidad con la doctrina y disposiciones legales citadas, comportan la inaplicación y nulidad de dicha opción y condicionado, tal y como ha sido solicitado por el actor en su escrito de demanda.

Lo verdaderamente relevante a los efectos de la nulidad interesada por la parte demandante consiste en determinar si dicha opción o clausulado multidivisas fue predispuesta por el banco demandado, es decir, no fue objeto de una particular e individualizada negociación con el demandante prestatario y si este, en cuanto consumidor medio sin especiales conocimientos financieros, recibió una información previa, veraz, adecuada y suficiente sobre dicho producto a fin de que pudiera comprender el alcance y la trascendencia jurídica y económica del mismo, sus riesgos implícitos y las pérdidas que podría conllevar su contratación por las oscilaciones del tipo de interés y cotizaciones de la divisa.

Pues bien, en este caso el banco no ha demostrado ni la negociación individualizada ni la información pre y contractual, antedicha. No se aporta documentación que acredite la evaluación del nivel de conocimiento financiero y la comprensión de riesgos ni siquiera explicativa del producto y sus características. Por toda información, como se alude además en el escrito de contestación a la demanda se remite al contrato de préstamo hipotecario donde se hacía constar que el préstamo se hacía en yenes.

No consta tampoco la existencia de simulaciones sobre el riesgo de la operación para el caso de fluctuaciones de la moneda y subidas del índice de referencia, ni tríptico contractual informativo y la declaración prestada por el empleado del banco demandado lejos de resultar favorable a la tesis de

su empleadora, viene a corroborar lo dicho por el demandante, no pudiendo acreditarse que se prestase la atención debida a la posible experiencia y conocimientos financieros de este, y que la información que se le ofreció no fuera genérica y escasa, sin concretar escenarios y riesgos asociados a los tipos de cambio de divisas (expectativas de evolución, escenarios de mercado, tendencia, consecuencias económicas en interés y cuotas a abonar....).

Y algo parecido hemos de decir con respecto a la propia escritura de préstamo, pues además de no consta que se hubiera entregado copia al prestatario con carácter previo a la firma, contiene un clausulado, especialmente el atinente a los intereses y multidiervas, con conceptos técnicos y complejos difíciles de entender por quién no es experto financiero. Resulta por tanto notoriamente insuficiente el contenido del propio contrato para que el prestatario pudiera comprender la mecánica de la operación de préstamo que estaba contratado y los riesgos que entraña la misma. No consta tampoco que el Notario o quien compareció en nombre de la entidad recurrente le hubiera explicado y advertido forma clara transparente y comprensible, del funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa extranjera así como la relación entre este mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas al préstamo, déficit informativo que tampoco puede considerarse subsanado por la mera lectura rutinaria del escritura por parte del Notario autorizante o la inserción de advertencias meramente genéricas o de estilo, pues como antes se dijo no se trata simplemente de que los prestatarios conocieran que contrataba una hipoteca en francos suizos, sino de que a estos se le hubiera informado sobre los concretos riesgos de esa opción denominada multidierva.

Por lo expuesto y considerando que la caducidad operaría en su caso a la acción de anulación, no a la de nulidad fundada en la abusividad por falta de transparencia, de la cláusula multidierva, que lo es de nulidad radical, cuando de contratación con consumidores se trata, y tomando en consideración la citada normativa, esta causa de nulidad fundada en la abusividad, debe señalarse que tratándose las litigiosas de cláusulas que definen con carácter esencial el objeto principal del contrato, la posibilidad de apreciación de su carácter abusivo es limitada como así resulta de lo dispuesto en el art. art. 4.2º de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados entre consumidores, según la cual esta no puede referirse ..."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", lo que ha llevado a la jurisprudencia del TS en doctrina que recoge entre otras sus sentencias de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 23 de diciembre de 2015, a declarar que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo no se extiende al del equilibrio de las contraprestaciones pactadas.

La sentencia de primera instancia concluye que existe un vicio del consentimiento por lo que opta por la anulabilidad, sin examinar la nulidad que como se ha expuesto también concurre pues faltan los requisitos de inclusión y transparencia reforzada, en cuanto toda la documentación previa adjuntada a la contestación que se afirma suministrada a los actores, ni fue elaborada expresamente para su entrega a los mismos ni aparece suscrita por ellos, no existiendo documentación acreditativa de la entrega previa de la oferta vinculante, estimando igualmente que los términos en que aparecen redactadas en la Escritura de Préstamo no permiten a una persona media comprender los términos reales de lo que contrataba.

Ciertamente en relación al requisito de incorporación, que conforme a la jurisprudencia del TS, por todas sentencia de 29 de abril de 2015, atiende fundamentalmente a una mera transparencia documental o gramatical, el propio TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, concretamente en su parágrafo 202, recoge que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente los requisitos exigidos por la LCGC (LA LEY 1490/1998), para la incorporación de estas cláusulas de determinación de intereses variables. Ahora bien, ello no supone que cuando no conste que se haya llevado a cabo de forma pormenorizada toda la información precontractual que se exige en tal normativa, -(falta de prueba en parte justificada en este caso por el tiempo transcurrido desde la suscripción de los préstamos hipotecarios, cercana a los 9 años cuando se presenta la demanda)-, pueda concluirse sin más que las cláusulas referidas a la multividiva no superen en este caso el control de inclusión. Lo relevante para estimar cumplido este requisito es que el contenido de las cláusulas y la información previa suministrada permita a los prestatarios conocer que se trataba el concertado de un préstamo a interés variable, teniendo un

conocimiento real y razonablemente completo de tipo de interés a que estaba sometido y con ello la circunstancia de cómo podía este incidir en la economía del contrato y en el coste para ellos del mismo.

Aludir por ultimo a que el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano ad quem, permitiendo un novum iudicium, que da lugar a una revisión de la sentencia dictada en primera instancia y un examen completo de la cuestión litigiosa (SSTC 152/1998, de 13 de julio (LA LEY 8136/1998) y 212/2000, de 18 de septiembre (LA LEY 11989/2000) y SSTs de 28 de marzo de 2000 y 30 de noviembre de 2000), por lo que los tribunales de alzada tienen competencia no solo para revocar, adicionar, suplir o enmendar las sentencias de los inferiores, sino también para dictar respecto de todas las cuestiones debatidas el pronunciamiento que proceda, como resulta del art. 456.1 LEC (LA LEY 58/2000) (STS de 7 de mayo de 2015 ROJ: STS 2956/2015). No obstante, está sometido a ciertos límites: su ámbito objetivo lo delimitan las partes -"tantum devolutum quantum appellatum": artículo 465, apartado 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000)-, pero siempre dentro de los contornos propios del de la primera instancia -"pendente appellatione nihil innovetur"- . Y la sentencia que lo resuelva no puede perjudicar al apelante, como regla- prohibición de una "reformatio in peius": artículo 465, apartado 4, antes citado (STS de 21 de diciembre de 2009 ROJ: STS 7778/2009).

De otra parte, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5618/2015) declara: "2.- Como dijimos en la sentencia del Pleno de esta Sala 138/2015 de 24 de marzo , tratándose de cláusulas que presentan una configuración y un casuismo muy similares, no hay nada reprochable en que las resoluciones de instancia partan en sus argumentaciones de la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo, sin que ello suponga falta de motivación; máxime si, como sucede en este caso, tras dicha apoyatura jurisprudencial, se analiza en concreto la cláusula que es objeto de litigio."

Dicho esto y manteniendo la nulidad parcial del contrato de hipoteca con base la doctrina de la abusividad de las cláusulas que se refieren a la multidivisa, por considerar que no superan el control de transparencia conforme al a doctrina del TS, establecida al respecto de contratos basados en condiciones generales suscritos entre un profesional y unos consumidores, solo cabe confirmar la resolución impugnada remitiéndonos también a la

sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 (LA LEY 3315/2014), según la cual, 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 (LA LEY 1/1889) 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. [...]

Insistir en que la viabilidad de la acción de nulidad basada tanto -en la falta de transparencia y abusividad de las cláusulas como en la existencia de un error vicio de consentimiento- gira en torno a la demostración de que el cliente bancario recibió toda la información que le era necesaria para conformar un juicio cabal y completo de la operación a realizar, y esta obligación de informar recae sobre la entidad financiera por ser la que la conoce y debe transmitir tales conocimientos a la otra parte contratante de acuerdo con principio general de buena fe y lealtad comercial y el deber específico que le venía impuesto por la legislación sectorial a fin de tutelar los intereses de sus clientes y garantizar que estos tengan perfecto conocimiento de las características y riesgos que tenga el producto que se les ofrece por la entidad. "No cumplida con la carga de la prueba que le incumbe a la parte demandada solo cabe declarar la nulidad en la forma instada por la actora al impugnar la sentencia.

La imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de pleno derecho es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia. La declaración de abusividad de una cláusula contractual conlleva la sanción de nulidad absoluta o de pleno derecho. Podría únicamente plantearse la posibilidad de independizar la acción de nulidad.

Reiterar que la nulidad debe analizarse desde la perspectiva del control de transparencia y de las abusividad de las cláusulas, dado que el error o el dolo como vicio del consentimiento, al afectar al objeto del contrato o a sus elementos esenciales, determina la nulidad del propio contrato.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 20 de septiembre de 2017 (-ECLI: EU:C:2017:703- asunto Andriciuc), como la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3893) analizan la cuestión desde la perspectiva del control de transparencia. Por tanto, realizaremos nuestro análisis a partir de las consideraciones jurídicas realizadas en esas dos resoluciones.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 20 de septiembre de 2017 (-ECLI: EU:C:2017:703- asunto Andriciuc) ha considerado que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "objeto principal del contrato", en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato».

La STS de 15 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3893) sigue el mismo criterio del TJUE para identificar las cláusulas que definen el objeto principal del contrato: «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».

Partimos de la jurisprudencia del TJUE sobre el control que puede hacerse de las condiciones generales que determinan el objeto principal del contrato. Estas cláusulas no pueden considerarse

abusivas si han sido redactadas de forma clara y comprensible (así, por ejemplo en el apartado 43 de la sentencia de 20 de septiembre de 2017, en la que se citan sentencias anteriores en las que se afirma que «las cláusulas contempladas en esa disposición sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08, EU:C:2010:309 , apartado 32)»).

El Tribunal proyecta la claridad y comprensibilidad de las cláusulas no sólo a sus aspectos formales (transparencia formal), sino que la extiende al denominado segundo control de transparencia, entendido como la «obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C 96/14, EU:C:2015:262, apartado 50)» (apartado 45 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 se expresa en parecidos términos, al señalar que "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" (apartado 11 del fundamento octavo).

TERCERP.- Sobre el alcance del control de transparencia.

12. La STJUE de 20 de septiembre de 2017 se extiende de forma notable en interpretar la forma en la que debe llevarse a cabo el control de transparencia, así como la finalidad que el mismo persigue. En cuanto a esta última, expresa en el apartado 476 que «incumbe al juez nacional, (...) verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que

pueden incidir en el alcance de su compromiso». Por consiguiente, el objetivo último del control de transparencia consiste en determinar si el consumidor se ha encontrado al contratar en situación de poder conocer y comprender adecuadamente todos aquellos elementos que tienen incidencia en las obligaciones asumidas. Ello incluye, en un contrato como es el préstamo multidivisa, los riesgos asociados al producto contratado.

La STJUE hace referencia, en el apartado 49, a la extraordinaria importancia de esos riesgos, a la que también nosotros nos referíamos en nuestra Sentencia de 26 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:4033), con alusión a 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. Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes « en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado », así como que « algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban». En el considerando trigésimo, la Directiva añade que «[d]ebido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio».

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

En suma, esa Directiva nos sirve para justificar que lo pactado no es algo corriente, al menos en las relaciones entre una entidad bancaria y un consumidor

y menos aún cuando el consumidor se encuentra en una situación tan vulnerable como es la que se produce en el momento de la solicitud de financiación para la compra de su vivienda habitual. Por tanto, lo que pone de manifiesto esa Directiva es que en estas situaciones se produce una situación de vulnerabilidad extraordinaria del consumidor que hace precisa una intervención del legislador para remediarla, al menos hacia el futuro. Y, en cuanto al pasado, esto es, respecto de los contratos ya celebrados, la enseñanza de la Directiva 2014/17/UE sirve al juez para justificar la idea de que al contrato se asocia una importante situación de riesgo para el consumidor, lo que ha de conducir a extremar la interpretación de las garantías relativas a la forma en la que se produjo la prestación de su consentimiento contractual.

13. La doctrina que emana de la STJUE de 20 de septiembre es particularmente elocuente respecto de ese punto, al poner mucho énfasis en los deberes de lealtad y diligencia que pesan sobre el Banco, deberes que comportan unas especiales obligaciones de información que el Banco debe prestar al consumidor. A pesar de que en la STJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14) se afirmara que el préstamo multidivisa no es un producto de inversión, razón por la que no le resultan de aplicación la normativa MiFID (esto es, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financiero), ello no impide que la intensidad y calidad de la información que el Banco debe suministrar al cliente se aproxime mucho a la que es propia de los productos de inversión, porque los riesgos son similares.

El alcance de ese derecho de información constituye uno de los pilares fundamentales (no el único, como veremos) de la doctrina que establece la STJUE de 20 de septiembre de 2017. En el apartado 47 se expresa que esa información debe permitir «... a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar» el coste total del préstamo, lo que incluye las consecuencias económicas adversas y desconocidas en el momento de contratar que se puedan derivar de la evolución de los mercados de divisas.

El deber de prestar información que pesa sobre el Banco se proyecta en una doble dirección: de una parte, como exigencia del deber de lealtad de quien se encuentra en clara posición de ventaja hacia quien está en clara posición de desventaja, implica que el Banco ponga en conocimiento del cliente toda aquella

información relativa al conocimiento de los mercados de divisas a las que haya podido tener acceso de forma ordinaria, esto es, sin un especial esfuerzo o inversión de medios por su parte; de otra, ese deber de información se ha de acomodar a las concretas circunstancias de cada consumidor, a su grado de información y conocimiento de los mercados, para asegurarse (le entidad financiera) de que ambas partes prestan de forma efectiva el consentimiento sobre un mismo objeto, determinado previamente con la necesaria claridad.

14. La Sentencia Andriciuc expone en el apartado 48 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)».

Y se refiere al alcance de la información que deberá recibir el cliente (consumidor) en los siguientes términos: «...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 (apartado 50 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017).

En el supuesto del denominado préstamo multdivisa el deber de información del predisponente tiene unos perfiles especiales ya que no sólo debe informarse al adherente sobre las condiciones del crédito, es decir, los intereses, comisiones y garantías a cargo del prestatario, de modo que el prestatario debe conocer y comprender con certeza «el crédito se reembolsará en la misma divisa extranjera en que se contrató [indicando] las razones de su inclusión en el contrato y su mecanismo de funcionamiento». Sino que también se debe informar al

adherente de «la posibilidad de apreciación o de depreciación de una moneda extranjera» (apartado 42 de la Sentencia Andriciuc).

El Tribunal Europeo, a modo de resumen sobre el alcance de ese deber de información, precisa en el apartado 51 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».

15. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 refleja con detalle el alcance de este deber cualificado de información cuando afirma en el apartado 48 que:

«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 incrementa 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».

El Tribunal Supremo en la citada Sentencia fija algunas pautas para valorar el alcance de la información en el control de transparencia:

a) En este tipo de cláusulas el deber de transparencia en la incorporación es más intenso, es especial.

b) Se traslada a la entidad financiera la obligación de probar que se ha facilitado esa información adicional, información cualificada.

c) Las pautas de información exigidas para los contratos de préstamo multidivisa debe ser superior a la información que se facilita para otros tipos de préstamos con garantía hipotecaria.

d) Al exigirse una información cualificada, es necesario que el empleado que informa a los clientes tenga una formación también cualificada.

e) La información que debe evaluarse es la facilitada al consumidor antes de suscribir el contrato.

f) Ni la intervención del notario, ni la inclusión en la escritura cláusulas en las que se indica que el consumidor ha sido expresamente informado, o cláusulas de exención de responsabilidad a la entidad prestamista por la fluctuación de tipos de interés, son suficientes para acreditar que el consumidor ha sido suficientemente informado, o para convalidar posibles carencias de la información precontractual.

g) El grado de conocimiento del consumidor medio sobre este tipo de cláusulas exige no sólo que conozca que la fluctuación de la divisa, con referencia al contravalor en euros, puede afectar al principal pactado, ha de ser consciente de que esa incidencia puede ser considerable.

La Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, al dar respuesta a la primera cuestión prejudicial, referida el momento en que debe examinarse el desequilibrio que una cláusula abusiva causa en los derechos y obligaciones de las partes, tras indicar que debe examinarse en atención a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, expone en los apartados 56 a 58 el alcance de ese análisis. Antes, en el apartado 54, se remite a las conclusiones del Abogado General señaladas en los puntos 78, 80 y 82. Estimamos conveniente, para valorar adecuadamente la posición del Tribunal, partir de las consideraciones del Abogado General. En este sentido, en el apartado 82 señala que "debe distinguirse el caso en el que una cláusula contractual entraña un desequilibrio entre las partes que sólo se manifiesta mientras se ejecuta el contrato de aquel otro en el que, aunque no existe una cláusula abusiva, las obligaciones que incumben al consumidor son percibidas por éste como más gravosas de resultas de una modificación de las

circunstancias posterior a la celebración de un contrato y ajena la voluntad de las partes". En los siguientes apartados dice lo siguiente:

. El primer supuesto, que se corresponde, en particular, con el que el Tribunal de Justicia examinó en el asunto que dio lugar a la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C 92/11 , EU:C:2013:180) y que versaba sobre la posibilidad de que el profesional modificase unilateralmente, en virtud de la inclusión de una cláusula tipo, el precio de una prestación de servicios (suministro de gas), la «evolución posterior» al contrato en cuestión afectaba efectivamente a la aplicación de una cláusula contractual que era desde un primer momento abusiva por entrañar un desequilibrio importante entre las partes.

Es obvio como la situación económica de los prestatarios se agravó, al margen de su solvencia, 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.

En definitiva y a modo resumen, procederá la nulidad de las cláusulas multitiidivisa si se llega a la conclusión que el consumidor, atendidas las circunstancias concurrentes, no hubiera contratado o no hubiera aceptado este tipo de cláusulas de haber sido informado leal y completamente de la incidencia de las mismas en las obligaciones previstas en el contrato. Es preciso, por tanto, un requisito añadido al déficit de información, como es el de la trascendencia, esto es, que ese déficit de información y, en general, la actuación del Banco haya resultado relevante para la adecuada formación de la voluntad del consumidor.

Aplicada la anterior doctrina al presente caso y revisado todo el material probatorio, concluimos, en contra de la decisión de la sentencia apelada, que la información proporcionada por la entidad demandada no fue adecuada, atendidas las circunstancias concurrentes y, en cualquier caso, que la actora no conformó correctamente su voluntad de contratar un préstamo en yenes. Debemos apreciar, en definitiva, mala fe o deslealtad en la actuación de la entidad de crédito y un desequilibrio en las obligaciones contraídas por las partes.

En efecto, es cierto que los demandantes, no tienen especiales conocimientos financieros y no desarrollan actividad profesional relacionada con

finanzas o economía. Además, perciben su salario en euros y no parece que tengan ninguna relación con la moneda del préstamo.

No se ha acreditado por otro lado que la iniciativa de suscribir el préstamo multidivisa la tomaran los propios demandantes. No aporta la demandada ningún soporte documental que acredite dicha circunstancia. Tampoco otro soporte probatorio más allá del testimonio de la directora de la sucursal de la entidad financiera, que aporta únicamente un conocimiento genérico en atención al tiempo transcurrido desde la suscripción del préstamo hipotecario, no recordando siquiera si fue ella misma quien intervino en los actos preparatorios del préstamo suscrito o si fue otro empleado de la entidad financiera.

Tampoco se les explicó estudio comparativo con una hipoteca convencional usando Euribor más diferencial. La entidad financiera no expuso las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera.

En el presente caso debe estimarse que si los prestatarios hubiesen tenido un conocimiento completo de la trascendencia económica de la cláusula multidivisa no habrían contratado el préstamo. Unido a lo anterior debe señalarse que los prestatarios no percibían sus ingresos en la moneda pactada en la cláusula multidivisa por lo que desconocían las fluctuaciones que pudieran derivarse de la misma y la incidencia que éstas tendrían en las consecuencias económicas del contrato de préstamo hipotecario.

La ausencia de información, el perfil de los contratantes pues por si solo el nivel económico elevado no implica conocimiento de estos productos y la inexistencia de mecanismos de limitación del riesgo, evidencian que, si los prestatarios hubiesen tenido una información precontractual completa del funcionamiento y riesgos que entrañaba la cláusula multidivisa, no habrían contratado el préstamo en moneda extranjera. Los prestatarios no expresaron por tanto un consentimiento suficientemente informado a la cláusula multidivisa inserta en el contrato.

En lo que se refiere a l efecto de dicha conclusión hay que mantener que 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.

Las consideraciones precedentes implican la desestimación íntegra de la pretensión revocatoria confirmando la resolución recaída en la instancia añadiendo las consideraciones en cuanto a la nulidad por falta de transparencia que supone una nulidad radical.

Se imponen a la parte recurrente las costas de esta alzada por aplicación del principio del vencimiento.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso interpuesto por la representación de BANKINTER contra la sentencia de 29 de diciembre de 2017, del Juzgado de 1ª Instancia num. 23 de Guadalajara, debemos confirmar la resolución recurrida imponiendo a la parte recurrente las costas de esta alzada y, con pérdida, en su caso, del depósito constituido en el Juzgado de instancia.

Contra esta sentencia, se puede interponer recurso de casación por infracción procesal, o por interés casacional, en su caso, cumpliéndose, en ambos supuestos, con los requisitos exigidos por los artículos 469 de la LEC, en relación con la disposición final decimosexta, o 477.2.3 del mismo cuerpo legal. Debiéndose interponer, mediante escrito, firmado por letrado y procurador, y a presentar ante esta misma Sala. Formalizándose dicho recurso en el término de veinte días a contar desde la notificación de esta resolución. Y debiendo,

igualmente, procederse al ingreso de la cantidad de 50 euros, en concepto de depósito.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.