

JDO.PRIMERA INSTANCIA N.3 GUADALAJARA

SENTENCIA: 00293/2017

PLAZA FERNANDO BELADÍEZ, S/N, PLANTA 5

Teléfono: 949209900, Fax: 949221617

Equipo/usuario: VE

Modelo: N04390

N.I.G.: 19130 42 1 2017 0000512

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000059 /2017

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

D/ña. [REDACTED]

Procurador Sr. MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE, MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO. BANKINTER SA

Procuradora Sra. MARTA MARTINEZ GUTIERREZ

Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A N° 293

En Guadalajara, a veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete.

Vistos por mí, Susana Fuertes Escribano, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Guadalajara y su Partido, los autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado bajo número 59/2017, a instancia de DON [REDACTED] y DOÑA [REDACTED] representados por la Procuradora DOÑA MARÍA TERESA LÓPEZ MANRIQUE, y bajo la dirección letrada de DON FERNANDO MARTÍNEZ MUÑOZ, frente a BANKINTER SA, representado por la Procuradora DOÑA MARTA MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, y bajo la dirección letrada de DON LUIS CARNICERO BECKER, versando las actuaciones en materia de

nulidad parcial de contrato de préstamo hipotecario, y en atención a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora DOÑA MARÍA TERESA LÓPEZ MANRIQUE, en el nombre y representación de DON [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y DOÑA [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] se presentó escrito de demanda de juicio ordinario que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que entendía de aplicación y que aquí se dan por reproducidos, terminaba solicitando se dicte sentencia en la que:

1.- Se declare la nulidad parcial del préstamo en divisas suscrito por DON [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y DOÑA [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] en todo lo relativo al clausulado multidivisa por vicio en el consentimiento de mis representados, 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 multidivisa y que, en consecuencia, se declare 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 (465.000 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL EUROS (465.000 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses, la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula 3ª B) para el euro (EURIBOR + 0,40 puntos).

Todo ello con la consecuencia obligada de condena a BANKINTER, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

2.- Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la pretensión anterior, se declare la nulidad de pleno derecho del clausulado multidivisa del préstamo suscrito por DON [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y DOÑA [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] por falta de claridad y transparencia, 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 multidivisa y que en consecuencia se declare 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 (465.000 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL EUROS (465.000 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula 3ª B) para el euro (EURIBOR + 0,40 puntos).

Todo ello con la consecuencia obligada de condena a BANKINTER, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no se estimaren los pedimentos anteriores, se declare la resolución parcial por incumplimiento por parte de BANKINTER, S.A., de sus obligaciones legales y contractuales de diligencia, lealtad e información, siendo en consecuencia, responsable de los daños y perjuicios ocasionados a DON [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y

DOÑA [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] consistentes en la pérdida sufrida por la aplicación del mecanismo multidivisa, que se cifra en el exceso percibido en cada una de las cuotas y las devengadas en el futuro por dicho mecanismo, desde la suscripción del préstamo, según el cálculo efectuado en el informe pericial adjunto, incluyendo todas las comisiones y gastos indebidamente repercutidos a los actores, más el interés legal que se devenga de cada una de las cuotas, debiendo por tanto, declararse 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 (465.000 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue de CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL EUROS (465.000 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula 3ª B) para el euro (EURIBOR + 0,45 puntos).

Todo ello con la consecuencia obligada de condena a BANKINTER, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

4.- Consecuentemente a la estimación de la demanda por cualquiera de los pedimentos anteriormente indicados, se imponga expresa condena en costas

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la entidad demandada que presentó en tiempo y forma escrito de contestación y oposición a la demanda bajo la representación de la Procuradora DOÑA MARTA MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, solicitando se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda y absolviendo libremente a la demandada de las pretensiones

contenidas en la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte demandante de forma solidaria.

TERCERO.- Convocada la preceptiva audiencia preliminar, y descartado el acuerdo entre las partes, se desarrolló el acto conforme a las previsiones legales, siendo recibido el procedimiento a prueba y acordándose lo procedente para su práctica en el acto del juicio.

CUARTO.- Practicada la prueba con el resultado que obra en autos y en los medios audiovisuales empleados al efecto, las partes formularon sus conclusiones, quedando las actuaciones vistas para sentencia.

QUINTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia debido al cúmulo de asuntos que pesan sobre el Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente procedimiento ordinario se solicita la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por el actor con la entidad demandada en fecha de 30 de marzo de dos mil siete. Se indica en la demanda, en síntesis, que la modalidad de préstamo multidivisa 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 la divisa. Señala en la demanda que el actor

tiene estudios de Ingeniería Aeronáutica, desempeñando su profesión como controlador aéreo, mientras que su esposa cuenta con estudios de informática y actualmente se encuentra en desempleo; afirma que no tienen conocimientos financieros o bancarios específicos de ningún tipo más allá de los que puede tener cualquier ciudadano que contrata con su banco de confianza un contrato de cuenta corriente, depósitos, fondos, un préstamo hipotecario normal, etc. Refieren en la demanda que acudieron a las oficinas de la demandada, con la intención de adquirir un préstamo para la financiación de su vivienda y la cancelación del que tenían suscrito, un préstamo tradicional, y que el director, les aconsejó insistentemente la contratación de un préstamo hipotecario multidivisa, debido a la baja cuota hipotecaria. Ninguna explicación se les realizó acerca de la posibilidad de una bajada de la divisa referenciada y de cómo dicha fluctuación podrá afectar tanto a la cuota mensual como al propio capital pendiente que se recalcularía constantemente en función de dicha fluctuación. La recomendación y asesoramiento en la contratación es manifiesta ya que los actores conocieron la existencia de la hipoteca a través de la red comercial. Que tras los contactos comerciales por parte de los empleados de la entidad la contratación se realiza el 30 de marzo de dos mil siete a través de la oficina 0225, y que en la reunión mantenida con el director de la sucursal no se les explicó las condiciones del préstamo ni la evolución previsión del Libor, ni cómo funcionaba el pago ni el efecto del tipo de cambio en la cuota mensual ni en el capital pendiente de amortizar, ni la evolución previsión de la divisa referenciada. Señala también que estas previsiones únicamente se encuentran a disposición de las grandes entidades financieras o bancarias y ya en el momento de la comercialización del préstamo eran desfavorables para el cliente. Afirma que solo les comentó el director que

los intereses variarían anualmente como en cualquier otro préstamo pero siempre haciéndoles hincapié en que su cuota hipotecaria sería mucho más baja que en un préstamo tradicional. Alega asimismo que en el mismo momento de la firma del préstamo la deuda se incrementó en 9.484'19 euros por aplicación del cambio comprador/vendedor, circunstancia que no fue ni advertida ni explicada a los actores, y que la contratación se realizó sin ofrecer a los clientes ningún tipo de folleto informativo, ni de oferta vinculante, ni de borrador, resumen de la escritura pública de préstamo hipotecario con la suficiente antelación, ni tan siquiera de un documento informativo de riesgos o de comparación de diferentes escenarios alternativos. Señala en suma que existió un incumplimiento por parte de la entidad financiera de sus obligaciones de información y transparencia acerca de la naturaleza, características y riesgos de la operación que ofrecían a los actores, y que estas carencias de información se aprecian en todo el proceso de contratación precontractual, contractual y postcontractual y suponen una vulneración de la normativa de protección a consumidores y usuarios, de la normativa bancaria y del mercado financiero así como las normas reguladoras de las condiciones generales de contratación. Señala de igual forma en la demanda que la entidad conocía de las variaciones que imprimen al préstamo un riesgo muy elevado y por ello, y para protegerse, se reserva la facultad de 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 diez por ciento del límite actual del préstamo, y que dicha cláusula es consecuencia de las desfavorables previsiones que ya en el momento de la firma poseía la entidad. Que debido a la inexistente documentación precontractual así como a que en la escritura no se hace ninguna referencia esencial a las

cláusulas financieras del préstamo, no puede considerarse que por el propio contenido del contrato, los prestatarios puedan conocer con sencillez la carga económica que realmente se puede suponer del contrato celebrado ni la carga jurídica del mismo. Afirma que no se entregó la oferta vinculante ni el folleto informativo sin que pueda considerarse que la simple intervención notarial garantice la comprensibilidad real ni el contrato y cumplimiento de ese deber especial y esencial de facilitar la información, clara, completa y adecuada, en cuanto al funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa y muy especialmente la relación entre dicho mecanismo y el detallado por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo. Se alega asimismo en la demanda al deber de información de la entidad bancaria, a la falta de claridad y transparencia y a la cláusula multidivisa como condición general de la contratación. Señala igualmente que la entidad no valoró los conocimientos o la experiencia de los actores en materia financiera ni ofreció un juicio de conveniencia o idoneidad, ni proporcionó la información mínimamente exigible acerca del producto, y que únicamente les informaron los comerciales de la entidad acerca de las virtudes del mismo y del privilegio que suponía suscribir este tipo de préstamos hipotecarios, sin facilitar los diferentes escenarios alternativos que podría producirse y que en el momento de la contratación eran claramente desfavorables; y que principalmente existen dos tipos de riesgos inherentes que no fueron informados y provocando por tanto un claro error / vicio en el consentimiento como son el riesgo de tipo de cambio y el riesgo de tipo de interés. Cuantifica finalmente el perjuicio concreto sufrido por los actores y refiere la reclamación extrajudicial indicando que fue denegada por la entidad. Solicita la nulidad parcial del contrato por vicio del consentimiento y, subsidiariamente, la nulidad de pleno

derecho del clausulado multidivisa por falta de claridad y transparencia, y subsidiariamente la resolución parcial por incumplimiento de la entidad de sus obligaciones legales.

La entidad demandada se opone a la demanda alegando, en síntesis, que la parte actora solicitó expresamente un préstamo hipotecario en divisas, y recibieron suficiente información precontractual, contractual y postcontractual relativa al mismo, siendo perfectamente claro el clausulado del contrato sin que pueda reputarse abusiva la denominada cláusula multidivisa; que en concreto, y en contra de lo alegado en la demanda, la escritura pública, y por tanto el propio fedatario público, advierten expresamente del riesgo de cambio de divisa inherente al contrato. Señala de igual modo que la acción de nulidad está caducada al haber transcurrido el plazo de cuatro años, y la parte actora pudo salvar el error tanto en el mismo momento de suscribir la escritura o en el momento en que recibió en su domicilio extractos en los que constaba la contratación de un préstamo hipotecario multidivisa. Afirma que el demandante, de profesión controlador aéreo, tiene un perfil inversor arriesgado, habiendo realizado inversiones por valor de más de medio millón de euros, tanto en fondos de inversión internacionales como en planes de pensiones que invierten su patrimonio en renta variable de países como Japón, China, Corea, India o Australia. Señala igualmente en su escrito de contestación que el préstamo en divisa no es un instrumento sometido a la normativa MIFID, y se suscribe con antelación a su entrada en vigor, y que el actor tiene conocimientos financieros superiores a los de un ciudadano medio y un perfil inversor que se puede calificar como arriesgado. Enumera en su contestación a la demanda los productos suscritos y descripción de los mismos y alega asimismo que los actores

suscribieron otro préstamo hipotecario con carácter previo referenciado al Euribor, que cancelaron con la suscripción del que es objeto del procedimiento. Indica que la Hipoteca multidivisa no es un instrumento financiero completo, ni un producto de inversión, ni un producto derivado, ni la entidad financiera que concede el préstamo ha prestado al deudor hipotecario ningún servicio de inversión y por tanto no está sometida a la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores. Apunta asimismo a que en modo alguno comercializó de forma activa; que el cliente tiene la facultad de convertir su préstamo a euro o a cualquier otra divisa que hubieran considerado oportuno de conformidad con el contrato de préstamo hipotecario; que fueron los propios clientes quienes solicitaron el préstamo; que los empleados de la demandada mantuvieron con la parte actora reuniones en las que se le informó de las condiciones de este tipo de préstamos e indicó que con perfecto conocimiento de los riesgos derivados de las fluctuaciones de divisas, asumía los mismos, en su interés de lograr la financiación solicitada que no tenía por destino la adquisición de su vivienda habitual; que el clausulado del contrato es perfectamente claro y realiza claras y resaltadas advertencias del riesgo de cambio de divisa; que las cláusulas de divisa son absolutamente lícitas, claras y transparentes, e informan de forma cierta, expresa, y perfectamente comprensible de que existe un riesgo derivado del tipo de cambio; que el cliente es titular de una cuenta en divisa extranjera, en concreto en dólares americanos, que la parte actora ha estado en todo momento debidamente informada sobre las cuotas y el capital amortizado; que el actor accedía de forma habitual a su cuenta personal en la página web y que se evidencia el perfecto conocimiento que la actora ha tenido en todo momento; que la actora ostentó en todo momento el derecho de poder convertir su deuda a euros o a cualquier otra divisa

y que en su consecuencia la entidad bancaria no ha podido causar perjuicio alguno; que la entidad desconocía cuál iba a ser la evolución futura de la divisa escogida o del índice; que en base a los datos económicos que se tenían en el momento de la formalización del préstamo es evidente que las previsiones económicas eran siempre favorables a contraer deudas en otra divisa distinta al euro y referenciadas a índices ajenos al Euribor, circunstancia que se vio alterada como consecuencia de la grave crisis económico financiera surgida en septiembre de dos mil ocho con la quiebra de Lehman Brothers.

SEGUNDO.- La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de dos mil quince, recoge unas consideraciones previas sobre la naturaleza y características del negocio jurídico cuya nulidad se pretende, así como sobre la normativa que regula la información que las entidades que lo ofertan deben facilitar a sus potenciales clientes, en los siguientes términos:

3.- 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 Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía

la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.

4.- 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 recalcu lo 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.

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

Como justificación de dicha norma, el considerando 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.

El TJUE ha dictado una sentencia, la de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, que tiene por objeto una de estas hipotecas multdivisa. No obstante, al tratarse de una hipoteca multdivisa concedida a un consumidor, **la citada STJUE aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE,**

sobre cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, que en nuestro caso no es de aplicación por cuanto que, como ya se ha expresado, los demandantes no ostentaban la condición de consumidores en esta relación jurídica, por lo que no procede traer a colación dicha sentencia.

6.- La determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico para determinar cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista no es una cuestión pacífica.

*La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. **Es, además, un instrumento financiero derivado** por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. **Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley.***

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.

7.- No es obstáculo para lo anterior que el art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores establezca que el art. 79.bis no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

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

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

En consecuencia, no existiendo, cuando se concertó la operación, normativa comunitaria ni normas europeas comunes para entidades de crédito que establecieran unas obligaciones de información para las entidades financieras en relación a la concesión de préstamos en los que la determinación del importe de la cuota de amortización y el cálculo del capital pendiente de amortización en cada momento estuviera referenciado a una divisa extranjera, y que permitieran a los clientes la adecuada valoración del riesgo, la normativa reguladora de estos extremos era la normativa MiFID.

8.- Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y hemos reiterado en sentencias

posteriores, 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.

9.- En el presente caso, la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores , en concreto las relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando. La demandada ha sostenido a lo largo de todo el litigio que no estaba obligada a facilitar esa información porque la operación estaba excluida del ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores, lo que, como se ha visto, esta Sala no acepta.

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

consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]».

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

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

11.- Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero , y 716/2014 de 15 diciembre , ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

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

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

La Audiencia Provincial de Valladolid, sección tercera, en sentencia de 22 de febrero hace referencia a la doctrina del TJUE en los siguientes términos: Ciertamente es que La STJUE de 3 de diciembre de 2015 sostiene que los préstamos multidivisas no son un instrumento financiero en tanto que las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un servicio o una actividad de inversión y concluye que las entidades financieras no están sometidas a las obligaciones en materia de la evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el

artículo 19 de la Directiva MIFID. Tampoco serán de aplicación las obligaciones de información que prevé la LMV para productos de inversión comercializados por las entidades bancarias en España. Ahora bien, esta aparente contradicción entre la sentencia de TJUE y el TS, ha de resolverse a favor del segundo pues el hecho de que el TJUE, como máximo intérprete de la Directiva, haya dicho que en ella no se incluyen las hipotecas multidivisas, esto es, en ese ámbito mínimo de la Directiva, no resulta incompatible con el hecho de que el TS, competente para interpretar la legislación española, si incluye la hipoteca multidivisa como un producto derivado, complejo en el ámbito de la LMV. Una Directiva comunitaria y la ley estatal que la transpone son instrumentos diferentes. La Ley estatal tiene que respetar el contenido mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación más amplio permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye.

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 principio general 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 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 .

Y en cuanto a la normativa a aplicar en un préstamo concertado en julio de dos mil siete y por tanto muy cercano al que es objeto de la presente Litis establece: Debe a estos efectos tenerse en cuenta las siguientes disposiciones legales: Ley 26/1984, de 19 de julio, 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 (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de febrero; Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de

diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de dicha Orden -artículo 3- Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo - artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento - artículo 7-. No cabe oponer e 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 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, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE 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, 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 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".

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, 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 , y la más reciente STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 , 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".

Y sobre este deber de información también se pronuncia la tan citada Sentencia del Pleno del T.S. de 30 de junio, señalando "Como declaramos en sentencias de la Sala 1ª del T.S. de 20 de Enero de 2014 y hemos reiterado en sentencias posteriores, 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 genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia material financiera del cliente que precisará 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 concertar".

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de noviembre de dos mil diecisiete establece: QUINTO.- Decisión de la sala. El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio

1.- La sentencia del pleno de esta sala 323/2015, de 30 de junio, declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente «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).

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

4.- Los recurrentes han solicitado que se plantee cuestión prejudicial en la que se pregunte al TJUE si el préstamo hipotecario multidivisa objeto de este recurso es un préstamo que incluye un derivado financiero implícito en el sentido recogido en la normativa MIFID y en la NIC 39 incorporada al ordenamiento jurídico comunitario mediante Reglamento (CE) 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008.

Consideran que la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, no ha aclarado la cuestión, puesto que el préstamo objeto del litigio principal en que se planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a esa sentencia no tiene las características del que es objeto de este recurso, por lo que el supuesto de hecho es diferente.

5.- No procede plantear la cuestión prejudicial por varias razones. La primera es que el Reglamento (CE) 1126/2008 no es relevante para resolver este recurso, no solo por razones temporales, sino también por razón de la materia sobre la que versa, la adopción de determinadas Normas Internacionales de Contabilidad.

La segunda y fundamental es que, existan o no algunas diferencias entre el préstamo objeto del litigio principal en que se planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de

2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, y el préstamo que es objeto de este recurso, las razones por las que el TJUE, en esa sentencia, consideró que la operación no estaba regulada por la Directiva MiFID son plenamente aplicables al préstamo objeto de este recurso: las operaciones de cambio de divisa son accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato (el préstamo), sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste y el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano sino que se realiza sobre la base del tipo de cambio de estas divisas en la fecha de entrega del capital del préstamo o del vencimiento de cada cuota mensual de amortización.

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

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

8.- Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. **Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos**

préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria.

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

9.- Al no ser de aplicación la normativa sobre el mercado de valores, la sentencia de la Audiencia Provincial no infringe los arts. 2.2 y 79 de la Ley del Mercado de Valores, que es la infracción que se denuncia en los motivos primero y sexto.

Tampoco infringe el art. 6.3 del Código Civil en relación con el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores, por las mismas razones.

10.- En todo caso, y a efectos de argumentar la improcedencia de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con el efecto que debiera vincularse a la vulneración de esas normas, que los recurrentes pretenden sea el de nulidad radical, la sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/2011, caso Genil 48. S.L., en su apartado 57, afirma que, «si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias». En consecuencia, «a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]».

11.- En el segundo motivo se denuncia también la infracción del art. 6.3 del Código Civil con relación al art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de entidades de crédito y de la orden de 5 de mayo de 1994.

Esta impugnación no puede ser estimada puesto que, al igual que declaramos en las sentencias 716/2014, de 15 de diciembre, y 323/2015, de 30 de junio, con relación al incumplimiento de las normas que imponen los deberes de información respecto de los productos y servicios de inversión, la Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito y la Orden de 5 de mayo de 1994 no prevén la nulidad de los contratos bancarios en cuya concertación el banco haya incumplido los deberes de información, sino sanciones administrativas.

El incumplimiento de los deberes de información que esta normativa impone a los bancos es relevante, como se verá más adelante, al realizar el control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores.

.....
.....

SEXTO.- Formulación del quinto motivo del recurso

1.- El quinto motivo del recurso de casación lleva este encabezamiento:

«Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio: Infracción del art. 80.1 y 82 del TRLCU».

2.- Los argumentos que se exponen en el desarrollo del motivo consisten, sucintamente, en que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe el art. 80.1.a TRLCU y la jurisprudencia que lo interpreta, al no apreciar que las cláusulas cuestionadas no superan el control de incorporación.

Se alega que la sentencia infringe también **el control de transparencia** que exige el art. 4.2 de la Directiva 93/13, la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13) y la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, pues faltaba la información clara y comprensible sobre las consecuencias de las cláusulas multidivisa y estas no permiten conocer al consumidor su posición jurídica ni la carga económica que realmente asume. **En concreto, no permite entender que el capital que se amortiza no es el que le fue entregado en**

euros, sino el calculado en yenes, por lo que el importe a devolver podrá ser revaluado de manera constante en función de la evolución del tipo de cambio, de modo que pese a estar pagando las cuotas del préstamo no se va a producir amortización efectiva de la deuda en euros si el contravalor en yenes se ha revalorizado. Tampoco permite conocer las implicaciones de optar por el cambio de divisa.

Y por último, la infracción se habría cometido al no declarar el carácter abusivo de las cláusulas porque de haber conocido el cliente el coste económico previsible del contrato que sí conocía el banco, jamás hubiera prestado su consentimiento.

3.- Dado que la estimación de este motivo supondría la estimación de la pretensión formulada en la demanda con carácter principal (la nulidad parcial del contrato), procede analizarlo antes que los motivos tercero y cuarto, que sirven de apoyo a una pretensión formulada de modo subsidiario, como es la anulación del contrato por vicio del consentimiento.

SÉPTIMO.- Decisión del Tribunal (I). Desestimación de las alegaciones relativas a la infracción de las normas sobre incorporación de las condiciones generales

1.- En la demanda se ha ejercitado, entre otras, una acción encaminada a que se declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario multidivisa, en concreto de las cláusulas relativas a la denominación en yenes, por ser abusivas, al no superar el control de transparencia. Los demandantes no solicitaron que no se tuvieran por incorporadas tales condiciones generales sino que se declararan nulas por abusivas.

El debate tanto en primera como en segunda instancia se ha centrado en el control de abusividad de dichas cláusulas, y más concretamente en si superan el control de transparencia.

OCTAVO.- Decisión del tribunal (II). El control de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisa y al cambio de una divisa a otra

1.- El motivo del recurso de casación se basa también en la infracción legal que se habría cometido en la aplicación de los preceptos legales que regulan el control de abusividad de las cláusulas no negociadas y, más precisamente, el control de transparencia, en concreto, los arts. 80.1 y 82 TRLCU, que desarrollan las previsiones de la Directiva sobre cláusulas abusivas, como son las del art. 4.2 de la Directiva.

2.- La sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, que excluyó la aplicación de la normativa MiFID a este tipo de productos bancarios, declaró:

«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 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.**

5.- Como primera cuestión a resolver, no puede estimarse la alegación de la recurrida, que afirma que las cláusulas controvertidas han sido objeto de negociación individual y, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 3.

Ninguna de las sentencias de instancia hace mención a la existencia de tal negociación. En la escritura pública de préstamo hipotecario consta que fue redactada conforme a la minuta facilitada por Barclays y «contiene

condiciones generales de la contratación». Tampoco consta que fueran los prestatarios quienes hicieran la selección inicial de la divisa en la que estaba representado el préstamo.

Que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo (la que los prestatarios necesitaban refinanciar), 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, recalcule 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.

.....

.....

7.- Tampoco puede admitirse la segunda objeción opuesta por la entidad bancaria, expresada en el trámite de alegaciones sobre la STJUE del caso Andriciuc, en el sentido de que las estipulaciones cuestionadas quedan fuera del ámbito de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 1.2.

Este precepto dispone:

«Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva».

La razón por la que, según el banco, debe aplicarse tal precepto consiste en que esas estipulaciones se limitan a reflejar el principio del nominalismo monetario del art. 1170 del Código Civil en relación con los arts. 1753 y 1754 del Código Civil y 312 del Código de Comercio.

8.- La objeción debe ser rechazada. Es innegable que en un contrato del que resulten obligaciones pecuniarias es necesario fijar la moneda en la que deben cumplirse las obligaciones de pago fijadas en el contrato. Pero las cláusulas impugnadas en la demanda no se limitan a reflejar los preceptos legales invocados por la recurrida. Tampoco la redacción concreta que se ha dado a esas cláusulas en la escritura pública y la ausencia de información precontractual y contractual sobre su trascendencia para la posición jurídica y económica de las partes en el desarrollo del contrato son consecuencia de la trasposición al contrato de esas normas legales. Frente a lo que parece sostener Caixabank, las cláusulas cuestionadas no se limitan a fijar la moneda en que deben ser cumplidas las obligaciones derivadas del contrato.

Como consecuencia de lo expuesto, tampoco procede plantear una cuestión prejudicial como la solicitada por Caixabank sobre esta cuestión. La interpretación de la naturaleza de las normas de Derecho interno no corresponde al TJUE.

9.- **Una vez fijada la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores y usuarios que desarrolla la Directiva sobre cláusulas abusivas, el apartado 35 de la 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, como el Abogado General ha señalado en los puntos 46 y siguientes de sus conclusiones, **el hecho de que**

un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesorio de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo».

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

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

12.- En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso 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».

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.**

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.

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

17.- 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 recalcule 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».

18.- También declaramos en esa sentencia, como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, que la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en su considerando cuarto, hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado» y que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que 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.

19.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51, y de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, párrafo 70.

También lo hace la STJUE del caso Andriciuc, 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).

20.- Esta sentencia precisa cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas:

«49. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico 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».

21.- En el presente caso, 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 y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la formación necesaria para poder explicar adecuadamente esos extremos del contrato.

22.- No es admisible la tesis sostenida por Barclays de que no le era exigible 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, como pretende Barclays.

23.- 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 la moneda en la que efectivamente se entregó a los demandantes el importe del préstamo y se pagaron por estos las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar «moneda funcional». En la cláusula en la que se especificaba, denominada en divisa, el capital prestado, se fijaba también su equivalencia en euros.

24.- Los demandantes solicitaron el préstamo para hacer el pago de una cantidad de dinero determinada en euros, concretamente la cantidad necesaria para cancelar anteriores préstamos denominados en euros, cuyas condiciones consideraban más desfavorables que el préstamo denominado en divisas que Barclays les ofreció a un interés más bajo.

La escritura pública de préstamo hipotecario preveía que el ingreso del capital prestado en la cuenta de los prestatarios se haría, como se hizo, en euros, y fijaba el tipo de cambio aplicado para hallar la equivalencia del capital denominado en divisa (yen japonés) con el capital que se entregó efectivamente en euros, que era el tipo de cambio de venta de esa divisa que tenía fijado el banco. Por tanto, el importe del capital del préstamo denominado en la divisa inicial, el yen japonés, era la equivalencia, al tipo de cambio fijado, del importe que los prestatarios necesitaban en 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.

Los prestatarios tenían sus ingresos en euros. 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.

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.

Ante el impago de las cuotas, el banco dio por vencido anticipadamente el préstamo y fijó el saldo adeudado en euros. La cantidad en euros que Barclays reclamó en concepto de capital pendiente de amortizar, después de que los prestatarios hubieran estado pagando las cuotas mensuales de amortización durante varios años, superaba la cantidad de euros que fue ingresada en la cuenta de los prestatarios al concederles el préstamo.

Asimismo, el banco solicitó la ejecución de la hipoteca en euros, pese a que en nuestro ordenamiento es posible el despacho de ejecución en moneda extranjera (art. 577 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

25.- Lo expuesto muestra que era exigible a Barclays que hubiera informado a los demandantes sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, el yen japonés, 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, el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización y la reclamación por el banco del capital pendiente de amortizar cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo, mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria).

26.- **En concreto, Barclays 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 Andriciuc, en sus apartados 49 y 50.

Barclays no solo no les dio esa información, sino que la cláusula financiera 2.^a.II.g de la escritura de préstamo hipotecario distorsionaba la comprensión de ese riesgo, pues establecía que de no modificarse el tipo de interés, la cantidad a pagar comprensiva de la amortización de capital e intereses no sufriría variación alguna.

Sobre esta cuestión, es relevante el hecho de que al concertarse el préstamo, en cuyo momento el interés aplicable era del 1,47% anual, los prestatarios pagaran una primera cuota mensual de 1019,66 euros mientras que en junio de 2012, pese a que el tipo de interés había bajado hasta el 0,96% anual, el importe de la cuota mensual ascendiera hasta 1540,95 euros.

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

28.- Barclays tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos. La fluctuación de la divisa **supone un recalcule 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 fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar.

En relación con este riesgo, es significativo que mientras que la equivalencia en euros del capital prestado, fijado en la escritura de préstamo otorgada el 31 de julio de 2008, fue de 260.755 euros, esa cifra ascendía a 404.323,04 euros en agosto de 2012, pese a que los prestatarios habían abonado las cuotas de amortización del préstamo, comprensivas de capital e intereses, durante casi cuatro años.

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.

29.- En el caso objeto del recurso, la materialización de este riesgo ha determinado que pese a que los prestatarios han pagado durante varios años las cuotas de amortización mensuales, al haberse devaluado considerablemente el euro frente al yen en el momento en que el banco ejercitó su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, los prestatarios adeudan al prestamista un capital en euros significativamente mayor que el que les fue entregado al concertar el préstamo.

30.- Este riesgo de recalcu 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 de resolver anticipadamente el préstamo y exigir el pago del capital pendiente de amortizar si, como consecuencia de la fluctuación de la divisa, el valor de tasación de la finca llegaba a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada

momento y la parte deudora no aumentaba la garantía en el plazo de dos meses o si el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización se elevaba por encima de ciertos límites, salvo que el prestatario reembolsase la diferencia o, para cubrir la misma, ampliara la hipoteca

31.- 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 concierta 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.

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

33.- Por estas razones es esencial que la información que el banco 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.

34.- En el caso objeto del recurso, algunos de los riesgos sobre los que no se informó adecuadamente a los demandantes se han materializado y les han causado un grave perjuicio. Los prestatarios no solo han tenido que abonar cuotas de amortización superiores en aproximadamente un 50% al importe de la cuota inicial, pese a la bajada del tipo de interés, y han llegado a un punto en el que no han podido seguir haciendo frente a las cuotas de amortización, sino que además, al haber hecho uso el banco de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo por el impago de las cuotas, la cantidad que ha reclamado a los prestatarios, en euros, como capital pendiente de amortizar, en el proceso de ejecución hipotecaria, supera significativamente la cantidad que les fue ingresada en su cuenta en euros por la concesión del préstamo.

35.- La información omitida era fundamental para que los demandantes hubieran optado por una u otra modalidad de préstamo mediante la comparación de sus respectivas ventajas e inconvenientes. O incluso para que hubieran decidido no suscribir un nuevo préstamo para cancelar los anteriores, y hubieran optado por seguir pagando esos préstamos que tenían concertados anteriormente, a un tipo de interés superior al que inicialmente tuvo el préstamo multdivisa pero en los que no existía ese riesgo de fluctuación de la divisa. Además, de haber mantenido los anteriores préstamos, se hubieran ahorrado los gastos en que incurrieron al concertar el nuevo préstamo hipotecario.

No debe olvidarse que el préstamo en divisas se solicitó justamente para cancelar esos préstamos anteriores, porque con la escasa información de que

disponían los prestatarios, el préstamo en divisas aparecía como más favorable para sus intereses que los préstamos preexistentes.

36.- Barclays alega que la escritura de préstamo se otorgó ante notario y que contenía información adecuada sobre la naturaleza del préstamo y los riesgos asociados al mismo. También alega que la escritura contenía una cláusula en la que los prestatarios manifestaron conocer los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, asumían los riesgos derivados de estar representado el préstamo en divisa y reconocían haber recibido de Barclays la información necesaria para la evaluación de dichos riesgos, por lo que exoneraban a Barclays de cualquier responsabilidad al respecto.

37.- En la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, declaramos que **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, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia.**

38.- En el caso objeto del recurso, ha quedado fijado en la instancia que Barclays no hizo entrega a los prestatarios del folleto informativo y la oferta vinculante exigidos en la Orden de 5 de mayo de 1994. Por tanto, que en la escritura se afirme por el notario «que he examinado la oferta vinculante relativa a este préstamo y no he encontrado discrepancia entre sus condiciones financieras y las cláusulas financieras de esta escritura» solo puede significar que Barclays exhibió al notario una oferta vinculante que no había entregado a los prestatarios, como ha reconocido en este litigio, en el que ha negado incluso que tuviera obligación de entregarla.

39.- En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la 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 suelo, 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 predispuestas por el empresario o profesional.

40.- Además de lo expuesto, en la escritura tampoco se informa sobre la naturaleza de los riesgos asociados a la denominación en divisas del préstamo. Barclays dispuso una condición general en la que los prestatarios afirmaban que conocían los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, sin precisar siquiera en qué consistían tales riesgos.

Tal afirmación, como ha resultado probado en el proceso, no se ajustaba a la realidad pues Barclays no entregó a los demandantes ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la formación adecuada sobre el producto que le permitiera informar sobre su naturaleza y riesgos.

41.- **Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así lo ha declarado esta sala en numerosas sentencias, desde la 244/2013, de 18 abril, hasta la 335/2017, de 25 de mayo, y todas las que han mediado entre una y otra.**

42.- 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 predispuesta 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.

43.- 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, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.

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, lo que les resultó perjudicial cuando el banco ejercitó su facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortizar en un proceso de ejecución hipotecaria, que resultó ser superior al que habían recibido del prestamista al concertar el préstamo.

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, por más que la causa de vencimiento anticipado que empleó Barclays para hacer uso de su facultad fuera el impago de las cuotas.

44.- También alega la recurrida, al hilo de lo declarado por la Audiencia Provincial en su sentencia, que la cláusula que permitía al prestatario cambiar de divisa en la denominación del préstamo (la cláusula habla de cambio de la moneda en que esté «representado» el principal del préstamo) eliminaba el riesgo derivado de la fluctuación de la divisa.

45.- 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 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».

46.- 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.

47.- 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.

48.- 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.

En este caso, cuando los prestatarios tuvieron dificultades para hacer frente al pago de las cuotas por el incremento en su importe (julio de 2012), si hubieran cambiado la divisa al euro para «protegerse», hubieran consolidado una deuda por capital pendiente de amortizar de aproximadamente 400.000 euros (el contravalor a 24 de agosto de 2012 era de 404.323,94 euros), superior en un 55% al capital inicial en euros, pese al pago de las cuotas de amortización durante cuatro años. La operación habría sido perjudicial para los prestatarios porque habrían consolidado un capital de unos 400.000 euros y un año después, de no haber hecho la conversión, la equivalencia en euros de ese capital pendiente de amortizar habría bajado de los 300.000 euros

49.- **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.

.....

..... . .

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

52.- Por tales razones, el recurso debe ser estimado puesto que ha concurrido la infracción legal denunciada. La sentencia de la Audiencia Provincial debe ser casada, debe desestimarse el recurso de apelación y confirmarse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

53.- En esta se declara la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se 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 perjudicarlo 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.

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

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

55.- Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas.

(los destacados son nuestros).

TERCERO.- Tomando en consideración la doctrina y normativa expuesta en el fundamento de derecho anterior y valorada en su conjunto la prueba practicada en las presentes actuaciones, ha de concluirse en la procedencia de estimar la demanda. Aun cuando el préstamo multdivisa no es un instrumento financiero regulado en la Ley del Mercado de Valores, su contratación sí está sujeta a la normativa relativa a la protección de consumidores y usuarios y, en su consecuencia, al doble

control de incorporación y transparencia, quedando obligada la entidad bancaria a facilitar la información necesaria y precisa a los consumidores para 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. Y aun no sometida a la normativa MIFID no deja de ser una operación de mayor complejidad que un préstamo en euros 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.

Ciertamente, y como se señala por la parte demandada y dispone el artículo 1301 del Código Civil, la acción de nulidad por error sólo durará cuatro años, pero en todo caso debe computarse desde el momento en que el actor vendría a conocer la naturaleza del producto contratado. Pero no lo es menos que la entidad demandada no fija la fecha en que entiende debe iniciarse dicho cómputo, no pudiendo establecer en qué momento la parte actora fue consciente del riesgo inherente del contrato, en particular, no ya sólo del riesgo de oscilación al alza de la cuota mensual, sino del continuo recálculo del capital. La parte actora no ha realizado ningún cambio de divisa, y el testigo que ha depuesto en el acto de la vista ha declarado que no se reclamó y por tanto no puede establecerse el dies a quo en el que se pudo conocer realmente la naturaleza y funcionamiento de la cláusula multidivisa, y en los extractos o recibos aportados más inmediatos a la

celebración del préstamo tampoco resulta el contravalor del capital en euros como capital pendiente de abono que alerte con claridad a los prestatarios de este recalcule constante de capital, contravalor en euros que sí aparece a partir de noviembre de 2013. En cualquier caso se ha venido considerando que el cómputo ha de hacerse desde la consumación del contrato. Señala la Audiencia Provincial de Segovia en Sentencia de treinta de junio de dos mil diecisiete, en su fundamento de derecho segundo: *"En lo que respecta a la caducidad, por la parte recurrente se muestra de acuerdo con la doctrina jurídica de la que parte el juzgador, plasmada en la STS del Pleno de 12 de enero de 2015 , 7 de julio de 2015 o 16 de septiembre de 2015 , en que se determina que el día inicial del plazo de caducidad será el de suspensión de las liquidaciones de beneficios, la aplicación de medidas de gestión acordadas por el FROB, o cualquier otra similar que permita conocer al consumidor la real consecuencia del contrato suscrito.*

*En realidad el debate tiene un contenido esencialmente fáctico, cual es el de determinar en qué momento pudo la parte conocer, más allá de toda duda, que la cláusula multidivisa, lejos de producirle una aminoración de la carga hipotecaria, le suponía un aumento y que implicaba elevaciones muy sustanciales en sus pagos. El juez a quo se plantea la disyuntiva si el plazo debe computarse desde el momento en que finalice el contrato en el año 2028, pues hasta entonces se habrá estado produciendo la fluctuación de la divisa, o bien, de forma restrictiva, desde que los prestatarios tuvieron conocimiento de las consecuencias derivadas del préstamo en divisas y por tanto la constancia del error cuando constataron en encarecimiento de las cuotas. El juez acoge la primera opción al hallarnos ante **contratos de tracto sucesivo**, y por entender insuficientes la mera remisión de los extractos para darse cuenta del error.*

Se estima que la tesis adoptada por el juez de instancia debe ser aceptada.

No debemos olvidar que la jurisprudencia de la Sala Primera en relación con el dies a quo en los contratos bancarios introducida a raíz de la STS 12 de enero de 2015 , perseguía precisamente el efecto contrario que la parte pretende con su aplicación en este caso: se trataba de ampliar la posibilidad de los consumidores de poder reclamar por vicio de consentimiento en la contratación de productos financieros en los que el

resultado real de la inversión se conocía de forma diferida a la fecha de contratación. En este caso la parte pretende adoptar esa doctrina para limitar esa posibilidad de impugnación.

En todo caso al cuestión de la caducidad en los contratos de tracto sucesivo y concretamente en hipotecas ha sido resuelta en la reciente STS 371/2017 de 9 de junio que establece: A la misma solución final se llega, por lo demás, como hizo la sentencia de primera instancia y sostiene el recurrente en el segundo motivo del recurso, que se admite, si se identifica el momento de consumación del contrato a partir del cual se computan los cuatro años, según establece el art. 1303 CC , con el momento del cumplimiento completo de las prestaciones, lo que, en el caso concreto, según la fecha prevista en el contrato, tuvo lugar el 15 de noviembre de 2012. La acción, en definitiva, se ejerció dentro del plazo previsto por el art. 1301 CC . En este sentido la recurrente sostenía que la sentencia de segunda instancia, que revocaba la de primera: 2. Contradice la doctrina del Tribunal Supremo en lo que respecta al cómputo del plazo establecido en el art. 1301 del Código Civil de 4 años para los contratos bilaterales y sinalagmáticos con prestaciones recíprocas para ambas partes hasta la finalización del mismo. Así ha de tenerse por conculcada la doctrina sentada en este aspecto por el Alto Tribunal en, entre otras, sus sentencias: n.º 569/2003, de 11 de junio (documento 5) y la sentencia de 27 de marzo de 1989 (documento 6).

Por tanto, la doctrina aplicada por el juez de instancia es correcta." (los destacados son nuestros).

En este sentido la Audiencia Provincial de Baleares, sección quinta, en resolución de catorce de julio de dos mil diecisiete, señala: Ello no obstante, procede insistir en que respecto a la desestimación de la excepción por caducidad de la acción, el recurso invoca la vulneración de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (STA 12 de enero de 2015).

En este punto, esta Sala ya ha resuelto sobre la cuestión al hilo de otros contratos bancarios vinculados a préstamos cuya devolución se prolonga en el tiempo más allá de los 4 años invocados. Así en el rollo 258 /2017 sentencia dictada el 13 de julio respecto a un contrato de permuta financiera y con cita de jurisprudencia menor resolvimos: " CUARTO.- Se ha

suscitado controversia jurisprudencial respecto a la interpretación de la STS Pleno de 12 de enero de 2.015 en criterio reiterado por otras como las de 25 de febrero , 29 de junio y 1 de diciembre de 2.016 y 3 de marzo de 2.017 (esta última en un supuesto de cancelación anticipada y suscripción de otra), entre otras, en relación a si las mismas han supuesto un adelanto en el inicio del plazo de caducidad a efectos del error, y en supuestos de contrato de swap, esto es, de tracto sucesivo, pero de duración limitada en el tiempo.

"La SAP de Burgos, Sec 2, 30 marzo 2.017, refiere que el criterio de que el plazo de caducidad empezará a contar a partir del conocimiento del error, "es totalmente contrario (deroga de facto) al tenor literal del artículo 1.301 del C.Civil) y acorta el plazo de la caducidad en perjuicio de los clientes. Y eso no es lo que dice el Tribunal Supremo.

Pero, como la realidad económica se ha tornado en la actualidad mucho más compleja, especialmente y por lo que ahora interesa, en los contratos bancarios financieros, la consumación del contrato ya no es una referencia válida pues es muy posible que a dicha fecha, dada la complejidad de esos contratos, el cliente no sea consciente aún del error cometido.

Por tal motivo, la doctrina del Tribunal Supremo, rectamente entendida, establece que el plazo de cuatro años del art. 1301 del C.C). No empieza a contar sino desde el momento, siempre posterior a la consumación, en el que el cliente hubiese tenido conocimiento del error.

La doctrina del Tribunal Supremo ha venido, pues, a ampliar y no a reducir, como sostiene la recurrente, el plazo para el ejercicio de la acción de nulidad por error vicio, que no se iniciará, pese a que se haya producido la consumación del contrato, hasta que no haya un evento " que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

La SAP de Vizcaya, Sec 5 de 16 de febrero de 2.,017 : "Y como esta misma Sala señalaba en la antedicha sentencia de 20 de septiembre de 2016 , recogiendo la tesis de la sentencia de la A.P. en Tenerife de 18 de mayo de 2016 produciéndose en nuestro caso la consumación del contrato en el momento del vencimiento conforme a lo pactado, es entonces cuando debe iniciarse el cómputo del plazo de caducidad , al margen de que con

anterioridad se hayan producido liquidaciones negativas y el sujeto haya podido ser consciente del error entonces pues en tal caso es de aplicación la regla específica del inicio del cómputo en el momento de la consumación, sin que haya que acudir a ese otro criterio del Tribunal Supremo establecido para otro tipo de contratos."

Dicha jurisprudencia indica que, " en función de la complejidad de estos contratos y de la realidad social del momento en que han aplicarse las normas jurídicas, considera que su consumación no necesariamente se debe situar en el día en que dejan de producir efecto, sino en otro posterior, cuando no ha sido hasta aquel momento cuando el cliente ha podido tener conocimiento de las circunstancias que lo han llevado a dar un consentimiento viciado por el error propiciado por la insuficiente información que la entidad financiera le facilitó.

En el mismo sentido se pronuncian las SAP de Salamanca de 22 de diciembre de 2.015 y 7 de mayo de 2.017, de Soria de 23 de noviembre de 2.015, de Barcelona, Sec 14 de 7 de febrero de 2.017"

En conclusión, no se produce caducidad de la acción por cuanto, en este caso concreto, la cláusula discutida sigue teniendo efecto en el contrato y no apreciamos que haya podido tener completo y definitivo conocimiento de la incidencia de la ausencia de información mientras sigue generando los efectos cuya fluctuación precisamente está en el origen de la nulidad o el error vicio .A ello procede añadir que, a juicio de esta Sala, el hecho de que se le aconsejara una novación de préstamo (en el año 2012) en las mismas condiciones de la cláusula discutida para ampliar el plazo de vencimiento avala la tesis del desconocimiento real para el prestatario de las consecuencias finales de las clausula cuya nulidad se reclama.

No obstante y aun descartada la nulidad por vicio del consentimiento, habría de entrarse en el análisis de la nulidad por falta de transparencia. Estaríamos ante una nulidad radical o absoluta por la propia naturaleza abusiva de la cláusula, al amparo de lo dispuesto en el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (TRLCU). La nulidad de las cláusulas abusivas no es

relativa, sino de pleno derecho conforme establece el art. 83 del mismo texto legal.

Sentado lo anterior, en primer lugar señalar que no ofrece duda alguna que nos encontremos con consumidores a los que resulta por tanto plenamente aplicable la normativa en materia de protección de consumidores y usuarios. Y en este punto no cabe entender que la cláusula multidivisa fuese negociada, por cuanto el hecho de interesarse por un préstamo hipotecario en divisas, interés que ha venido a ser reconocido por el actor y que al parecer respondía a que se trataba de un producto extendido en su colectivo con el que el existía acuerdo, no determina que las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario multidivisa fuesen negociadas, sino que el prestatario se adhiere a las condiciones recogidas en la escritura y previamente redactadas por la entidad. Corresponde en todo caso a la entidad bancaria la carga de acreditar la oportuna negociación. Por otro lado, tampoco del hecho de que acudiese a la entidad y se interesase por este préstamo puede derivarse un conocimiento completo del funcionamiento de la hipoteca multidivisa, especialmente en cuanto al riesgo de apreciación de la divisa y sus consecuencias tanto en la elevación de las cuotas en importes significativos, como con respecto al capital pendiente de pago. Y en cuanto a la información facilitada al consumidor con carácter previo a la contratación, es lo cierto que no consta en modo alguno que realmente se le explicara y llegara comprender con un conocimiento real los riesgos que entraña la operación y el funcionamiento de la hipoteca multidivisa a largo plazo, especialmente como decimos en cuanto al riesgo de apreciación de la divisa y sus consecuencias no solo en la cuota a abonar sino -especialmente- en cuanto al capital pendiente de pago.

No se ha aportado documento alguno, folleto o tríptico que pudiese haberse entregado, ni tampoco consta la entrega de oferta vinculante al consumidor. Tampoco consta que se le entregara simulación alguna en la que el cliente pudiese constatar los riesgos que comportaba la apreciación de la divisa. Como antes hemos señalado en los extractos no figura una información detallada y clara en euros que alerte al consumidor de este recalcule constante del capital. El testimonio prestado por el Director tampoco resulta decisivo en tanto en cuanto vendría referir de modo genérico la información que se facilitaba al colectivo, si bien no quedan concretadas las reuniones que pudieron seguirse con los clientes ni lo tratado en cada una de ellas. Refiere también en cuanto a la oferta vinculante y a la disposición de la escritura con antelación, la existencia de una gestoría encargada de esta parte de la tramitación del préstamo, por lo que no consta en modo alguno que se recibiera mayor información al tiempo de la firma. La STS de 12 de mayo de 2015 apunta al escaso valor probatorio de las declaraciones de aquellos que tenían la obligación de prestar la adecuada información para justificar haberse cumplido con esa obligación. Tampoco puede establecerse en razón de la contratación de otros productos, el conocimiento en el funcionamiento y riesgo de una hipoteca multidivisa, por cuanto los productos contratados deben ponerse necesariamente en relación con los importantes ingresos del prestatario, refiriendo el actor que cuenta con asesoramiento de la propia entidad y refiriendo el testigo que adquiere productos de riesgo y sin riesgo, señalando la perito que incluso con anterioridad a la firma no tenían tampoco ningún fondo estructurado ni productos de riesgo. No consta prueba alguna de que el prestatario en el momento de concertar el préstamo multidivisa fuere consciente de los riesgos de fluctuación de

la divisa y pretendiera con la suscripción de la hipoteca acometer una operación de riesgo. No contrató una cuenta en yenes para adquirir la moneda en momentos de depreciación que permita inferir la voluntad de asumir un producto de riesgo. Como viene señalando la jurisprudencia corresponde a la entidad bancaria la carga de probar que proporcionó a sus clientes información suficiente sobre el contrato discutido para la adecuada formación de su voluntad y prestación de consentimiento, por lo que las dudas sobre la información que en la concreta operación objeto de litigio pudo facilitarse a los prestatarios, han de perjudicar a la entidad que tampoco ha aportado el expediente al que se ha referido el testigo en su declaración. No puede obviarse que el hecho de impartir información constituye un hecho positivo, resultando imposible la prueba del hecho negativo opuesto, como lo sería no haber recibido información suficiente de la entidad bancaria. Pero es que, además, la prueba practicada a instancias del actor apunta al error en el momento de la formación del consentimiento contractual. Se acompaña a la demanda un informe pericial de cuyas conclusiones puede inferirse el desconocimiento de los actores de los riesgos que el préstamo multidivisa comporta por cuanto ya en el momento de la suscripción del préstamo, por el tipo de cambio se generaba una distorsión, y encontrándose el tipo de cambio euro/yen en sus máximos históricos la evolución apuntaría a una apreciación de la divisa. Como decimos no consta que se abriera una cuenta en yenes. La perito refiere asimismo en su informe -sin que dicha conclusión se desvirtúe por prueba técnica de contrario- que ya al tiempo de la contratación conforme a las previsiones que en ese momento existían en el mercado financiero y de las que hay que pensar disponía la entidad tal y como refiere la técnico, se evidenciaba una clara previsión de perjuicio económico para el consumidor del

que no consta que fuera informado frente a un préstamo en euros, e incluso a corto plazo la apreciación del yen frente al euro era previsible.

Y siendo esto así, y conforme a la doctrina que se expone en los fundamentos anteriores, aun cuando las condiciones y funcionamiento del préstamo pudieren entenderse incorporadas al texto de la hipoteca, con ello no se cumple el doble control de incorporación y transparencia exigible a las entidades financieras en los contratos con consumidores, ni se asegura que el cliente llegara a formar adecuadamente su voluntad conociendo y comprendiendo ventajas y riesgos del contrato. No puede negarse que la hipoteca multidivisa tiene un funcionamiento de mayor complejidad que un préstamo hipotecario a interés variable en euros, pues además de la fluctuación del tipo de interés debe tomarse en consideración que la fluctuación de la divisa puede incrementar la deuda o capital pendiente; supone por tanto un recalcule permanente del capital, de modo que el requisito de transparencia -tal y como señala el TJUE- exige que la información facilitada al cliente le permita conocer y comprender las particularidades de la conversión y prever las consecuencias económicas que pueden derivarse de una fluctuación de la divisa, especialmente en cuanto al capital vivo del préstamo, es decir, llegar a comprender la carga que le supone, doble control de transparencia (incorporación y transparencia) predicable igualmente de las condiciones esenciales del contrato. La redacción de la escritura resulta especialmente técnica e incluso difícil de entender para el consumidor medio y, por tanto, insuficiente para que el demandante del que, como antes señalábamos, pese a las inversiones y su titulación, no consta que tuviere especiales conocimientos en materia financiera, pudiese comprender de modo sencillo y claro la mecánica concreta de la operación, y los riesgos relativos

tanto al tipo de interés como al tipo de cambio. De hecho no consta realizado ningún cambio de divisa ni tampoco preguntó a su asesor, como él mismo ha declarado, sobre la hipoteca, lo que resultaría extraño si desde un principio hubiere conocido a mecánica de la operación dada la evolución negativa para el prestatario de forma tan cercana a la firma de la hipoteca. Así, en el exponendo primero de la escritura se indica que la parte prestaría solicita un préstamo de cuatrocientos sesenta y cinco mil euros (no se dice que se solicite en "yenes") y se dice "disponible por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España". Se indica seguidamente la tasación en euros de la finca, en concreto en 586.205'13 euros, y se recoge en la escritura: la parte prestataria conoce y acepta que la sustitución de a la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto, 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, exonerando a Bankinter SA de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros pueda ser superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercitar la resolución recogida en la cláusula 7ª de las financieras". No se desprende de la literalidad de la escritura con claridad que el riesgo de tipo de cambio no afecta sólo a la cuota, sino al capital pendiente de pago, de modo que el consumidor comprenda con facilidad que pese a la amortización del capital, su deuda en euros por capital puede subir y, además, considerablemente. Termina la cláusula indicando que si se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula séptima. En su consecuencia, y atendida la redacción de la

escritura, no se deriva que con su lectura el consumidor pueda llegar a entender, dada la complejidad del producto comparado con un préstamo hipotecario en euros - el riesgo que supone el recálculo constante del capital conforme a la divisa en la se concierta el préstamo, cuando además los ingresos que obtiene el prestatario lo son en euros, y que al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda tanto en cuota como capital pendiente. Tampoco puede entenderse acreditado que la entidad bancaria informase debidamente al consumidor de estos riesgos asegurando una comprensibilidad real del funcionamiento del préstamo multidivisa que contrataba y de los riesgos que asumía y, por tanto, de su relevancia en la economía del contrato. En el presente caso, se reitera nuevamente no se ha aportado folleto alguno informativo, ni la oferta vinculante, ni que los consumidores contasen con anterioridad a la firma con información escrita sobre las condiciones y funcionamiento del préstamo. Pero es que además no consta que se hicieren simulaciones que posibilitaran un cabal conocimiento del riesgo que se asumía en caso de un escenario adverso en la fluctuación de la moneda. Como se recogía en el fundamento anterior y establece el TJUE-en la sentencia antes citada de 30 abril de 2014, que los artículos 3 y 5 del Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l) y 2 letras b) y d) del Anexo de la misma, "otorgan una importancia esencial para el cumplimiento del requisito de transparencia a 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 "(apartado 783).

Por tanto, valorada en su conjunto la prueba practicada, no es posible concluir que el prestatario-consumidor dispusiera de información clara, precisa, detallada y completa para comprender el real alcance de la relación del mecanismo de divisa y la correlación con los riesgos concretos asociados a la fluctuación de la divisa escogida, y en su consecuencia, que en el momento de suscribir el préstamo estuviere en disposición de evaluar las consecuencias económicas totales derivadas del funcionamiento de dicho mecanismo y el real alcance de los riesgos asociados a este tipo de préstamo, por lo que la demanda ha de ser íntegramente estimada por concurrir error en el consentimiento, sin poder obviar que en todo caso cabría apreciar también la nulidad por abusividad y desequilibrio de la cláusula de multividiva (en cuanto al desequilibrio y como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de marzo de dos mil quince, el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad... 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 contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados...). Inclusive atendiendo al informe pericial aportado al tiempo de la contratación, la paridad del yen se encontraría muy depreciada, sin que tampoco conste que se facilitara esta información al consumidor, ni se entregaran previsiones de cotización de las principales divisas a las que podría referenciarse el crédito en el momento de la contratación.

CUARTO.- En cuanto a las consecuencias de la nulidad, no se estima que exista obstáculo alguno a la nulidad parcial que se interesa, por cuanto la nulidad de la cláusula multidivisa, no debe comportar necesariamente la nulidad total del préstamo hipotecario con restitución recíproca de las prestaciones, sino tan sólo la nulidad de las cláusulas relativas a la misma, pues, sin necesidad de "reintegrar" el contrato (proscrito por la jurisprudencia Europea salvo sustitución por disposición supletoria nacional), puede acudirse a las propias previsiones contractuales que prevén la aplicación de un diferencial sobre el Euribor. Se trata en suma de aplicar las condiciones restantes del préstamo hipotecario sin inclusión de la opción multidivisa, sin poder obviar que la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014) y a la protección de los consumidores, ya que produciría un efecto más perjudicial para el actor que para la entidad bancaria demandada, en la medida a que aquel se vería obligado a devolver de un sola vez y anticipadamente la totalidad del préstamo, como así ha establecido el Tribunal Supremo.

En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula multidivisa y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la hipoteca si bien referenciada en Euros desde su inicio, operando por ello como un préstamo en Euros referenciado al Euribor.

Criterio acogido entre otras AP Madrid Sección 11 en sentencia dictada en el Rollo 436/14, y mantenido también en la sentencia de la Sección 19 de la AP Barcelona de 19 de enero de 2016, Sección 1 de esa misma Audiencia Provincial de 27 de

noviembre de 2015, así como Sección 6 de la AP Valencia de 30 de abril de 2015.

QUINTO.- En atención a lo expuesto y procediendo la estimación íntegra de la demanda las costas deben imponerse a la parte demandada de conformidad con las previsiones del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación

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] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y DOÑA [REDACTED] [REDACTED] [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 multidivisa 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 multidivisa 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 3ªB 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.

Así por mi Sentencia, y en nombre de Su Majestad El Rey, lo pronuncio, mando y firmo.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el en la cuenta de este expediente indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

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

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ,