

ROLLO NÚM. 000628/2018

V

SENTENCIA NÚM.:1184/2018

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS
DOÑA ROSA MARIA ANDRES CUENCA
DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA
DON SALVADOR U. MARTÍNEZ CARRIÓN

En Valencia a diez de
diciembre de dos mil
dieciocho.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON SALVADOR URBINO MARTINEZ CARRION**, el presente rollo de apelación número 000628/2018, dimanante de los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000079/2017, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 3 DE SUECA, entre partes, de una, como apelante a BANKINTER S.A., representado por el Procurador de los Tribunales don/ña VICTOR PEREZ MATEU DE ROS, y de otra, como apelados a (ASUFIN) EN DEFENSA DE D [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales don/ña ENCARNACION GONZALEZ CANO, en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANKINTER S.A..

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 3 DE SUECA en fecha 27 de noviembre de 2017, contiene el siguiente FALLO: *"Estimo la demanda y declaro la nulidad del préstamo hipotecario en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa insertados en el mismo. Condeno a la entidad Bankinter S.A., a la devolución a D. [REDACTED] de la cantidad de 53.159,37 euros, consus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la reolución definitiva del prestamo hipotecario. Condeno a Bankinter S.A. al pago de las costas causadas""*

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANKINTER S.A., dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-Por la representación de la entidad Bankinter, S.A. se interpone recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Sueca por la que se estima la demanda promovida contra la mercantil indicada por la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), en interés de su asociado **don [REDACTED]** en ejercicio de la acción nulidad parcial de un préstamo hipotecario multimonedas, pronunciándose en los términos que han quedado transcritos en el antecedente primero de esta resolución, que se tiene por reproducido.

El recurso de apelación articula los siguientes motivos de apelación:

1.- La naturaleza jurídica del producto litigioso, préstamo hipotecario, y la inaplicación de la normativa del Mercado de Valores.

2.- Inviabilidad de la nulidad parcial con el efecto integrador pretendido en el contrato.

3.- Caducidad de la acción de nulidad ejercitada en la demanda.

4.- Ausencia de vicio en el consentimiento prestado por el actor e incorrecta valoración de la prueba efectuada por la sentencia (la iniciativa partió del demandante, que eligió la moneda, y conocía de antemano el funcionamiento del préstamo en divisas.

Y termina por suplicar la revocación de la Sentencia.

La representación de la parte demandante se opuso al recurso de apelación por las razones que constan en el escrito unido a las actuaciones (folio 383y los sucesivos), en el que, tras combatir los argumentos expuestos por la entidad bancaria en su recurso, termina por solicitar la confirmación de la resolución apelada con expresa imposición de las costas procesales a la adversa.

Es menester hacer una precisión sobre el objeto de este proceso -referido a la nulidad de cláusulas multidivisa en un contrato de préstamo- porque en el encabezamiento se afirma interponer una acción de nulidad parcial de un contrato (en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, precisa en el suplico), sin especificar si se trata de nulidad absoluta o relativa, para luego aludir al error como vicio del consentimiento (sic, en suplico, folio 34, “por existir error vicio en el consentimiento”), pero la causa de la petición de nulidad también es la falta de transparencia pues el hecho segundo de la demanda (folio 6vto) se refiere a la falta de transparencia, y en el hecho cuarto dice que la nulidad de la condición multidivisa es “por contener cláusulas abusivas y no ser transparente el clausulado” (folio 12) invocando también la legislación de consumidores, además de la normativa del mercado de valores. Ante ello, no se aprecia obstáculo para aplicar la Ley para la Defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, incluyendo el control de transparencia en contratos celebrados con consumidores que incluyan condiciones generales, sin incurrir en incongruencia por alterar la causa de pedir y sin que ello cause indefensión a la demandada.

SEGUNDO.-Este Tribunal, en uso de la función revisora que le atribuye la apelación en el art. 456.1, LEC ha procedido al examen de las alegaciones de los litigantes, de la prueba practicada y del contenido de la Sentencia de apelación, y como

consecuencia de tal revisión, ha llegado a las conclusiones que se expondrán seguidamente, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 218 y 465.5 de la LEC.

Como punto de partida, y a tenor de la prueba practicada, son hechos de los que debe partirse los siguientes:

1) Con fecha 7 de abril de 2008, Bankinter, S.A., como prestamista, y don [REDACTED] como prestatario, formalizaron una escritura de préstamo hipotecario (folio 51vto y anteriores, pues la copia del mismo se ha unido a las actuaciones empezando por el final) por importe de 149.800 €, disponible por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España, quedando el préstamo inicialmente formalizado en 24.178.933 yenes japoneses equivalentes a 149.800 €, con duración de 30 años, y amortizable mediante 360 cuotas mensuales (vence el 7.4.2038), que comprenden parte de capital y parte de intereses siendo el importe inicial de 84.943 yenes.

El tipo de interés pactado, al 1'62% inicial, se revisará y quedará determinado en el resultado de incrementar 0'90 puntos porcentuales sobre el tipo de referencia LIBOR: El tipo de referencia será el tipo de interés en el Mercado Interbancario de Londres LIBOR, publicado por la British Bankers Assoc., en su página de Reuters "LIBOR01" a las once de la mañana, dos días hábiles antes de la fecha en que deba iniciarse un nuevo periodo de interés, para depósitos en la divisa convertible en que se haya hecho la solicitud de disposición, y con un periodo equivalente al plazo pactado para las cuotas de amortización. Y contiene también un apartado D) denominado "Opción cambio de moneda y comunicaciones", por el que la parte prestataria puede optar por sustituir una divisa por otra de las cotizadas en España.

En la escritura consta, apartado Exponen III (folio 74), que "el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a Bankinter, S.A. 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 ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula 7^a de las financieras"

La divisa inicial, yen japonés, ha seguido durante la vigencia del préstamo (hecho no discutido).

2) La finalidad, según la escritura, era destinar a la financiación de la adquisición de una vivienda.

3) La iniciativa para contratar el préstamo en divisas fue del prestatario (así se reconoce en la propia demanda), abogado de profesión.

4) No se estima acreditado que antes de formalizar el contrato se advirtiera a los clientes de los riesgos de contratar un préstamo en divisas, ni que se hicieran simulaciones que incluyeran la posibilidad de revalorización del yen respecto al euro y sus consecuencias sobre las cuotas a pagar y sobre el capital pendiente de pago (las declaraciones de los testigos, empleados del banco, no desvirtúan lo anterior porque son de carácter genérico en el sentido de afirmar que el demandante conocía el producto o a que se negoció la comisión, e incluso una testigo, Sra. [REDACTED] dice que puso ejemplos numéricos, pero esta declaración, por sí sola, es insuficiente para entender probado este hecho, si tenemos en cuenta el indudable interés de la testigo en este litigio tanto por su condición de empleada de la demandada, que podría conducirle a intentar favorecer a su empresa, como porque siendo los testigos los responsables de haber proporcionado la información adecuada a los clientes podrían estar justificando su propio proceder ante su empresa, frente los clientes y aun ante los terceros que puedan

enjuiciar o valorar su proceder; hubiera sido necesario que esas manifestaciones encontraran apoyo o soporte documental o fueran corroboradas por otras personas, ya otros empleados, ya terceros ajenos al pleito o los propios demandantes, pero estos niegan esa información).

Tampoco consta que se entregara previamente a la firma el folleto informativo u oferta vinculante conforme a la Orden de 5 de mayo de 1994.

4) En la escritura, el Notario advierte de que los prestatarios no han hecho uso de su derecho a examinar la escritura tres días antes de la firma, y dice que no existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante presentada por Bankinter a la parte prestataria, y que el índice de referencia pactado es uno de los tipos oficiales definido y publicado por el Banco de España, y no hay advertencias específicas sobre el préstamo en divisas.

5) La demanda se interpuso con fecha 14 de febrero de 2017 (folio 1, Diligencia de Decanato).

6) La entidad demandada se personó en las actuaciones pero no contestó a la demanda porque el escrito de contestación se presentó fuera de plazo (lo anterior conlleva que no puedan ser tenidos en consideración los documentos aportados con ese escrito).

TERCERO.- La denominada “hipoteca multidivisa”: naturaleza y normativa aplicable.

3.1. La STS de 30 de junio de 2015, Pte: Sarazá Jimena, del Pleno, realiza unas consideraciones sobre la **naturaleza y características del negocio jurídico conocido como “hipoteca multidivisa”**, así como sobre la normativa que regula la información que las entidades que lo ofertan deben facilitar a sus potenciales clientes (FJ Séptimo):

“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 recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas (*sic, en la STS*) 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".

Para la citada STS de 30 de junio de 2015, la "hipoteca multidivisa" es un instrumento financiero derivado relacionado con divisas, 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, por lo 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".

3.2. Ahora bien, sobre las hipotecas multidivisa también se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concretamente la STJUE de 3 de diciembre de 2015, asunto C-312/2014, caso Banif Plus Bank Zrt y Márton Lantos, relativo a un contrato de crédito al consumo denominado en moneda extranjera, y en concreto se ha pronunciado "sobre la interpretación de la Directiva 2004/39" (expresamente lo dice en el apartado 46), y al plantearse la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus reembolsos pueden calificarse de «servicios o de actividades de inversión» en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39, considera que "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); y concluye que “las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39” (apartado 75).

Ello no obstante, la STJUE de 3 de diciembre de 2015 considera que la Directiva 93/13, que instaura un mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores, puede ser aplicables a este tipo de contratos (cfr. apartados 47 y 48).

Es decir, aunque no estemos ante un instrumento financiero complejo, y por ello no sea de aplicación la Ley del Mercado de Valores, si se trata de un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor, el TJUE concluye que es de aplicación la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Posteriormente se dictó la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-168/16 (caso Ruxandra Paula Andriciuc y otros contra Banca Romanesca), que declara:

En primer lugar, que una cláusula contractual incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató es una cláusula que regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato, por lo que está comprendida en el concepto “objeto principal del contrato” a que se refiere el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, y por consiguiente, esa cláusula no puede considerarse abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible.

En segundo lugar, dispone 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”.

Y, en tercer lugar, dice que “la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato”.

El segundo de los pronunciamientos de la STJUE de 20 de septiembre de 2017 es interpretado por nuestros tribunales en el sentido de que se está declarando “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” (cfr. STS de 15 de noviembre de 2017, Pte: Sarazá Jimena, del Pleno, nº 608/17, FJ Octavo, párrafo 4, y SAP de Valencia, Sec.

9^a, de 10 de octubre de 2017, Pte: Martorell Zulueta, Rollo 837/17; y SAP de Valencia, Sec. 9^a, de 20 de diciembre de 2017, Pte: Caruana Font de Mora, Rollo 1120/2017).

3.3. Finalmente, el Tribunal Supremo ha dictado la STS de 15 de noviembre de 2017, Pte: Sarazá Jimena, del Pleno, nº 608/17, en la que explica el cambio de criterio que va a adoptar para adaptarse a la doctrina del TJUE y concluir que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, añadiendo 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” (y lo reitera en la reciente STS de 30 de octubre de 2018, Pte: Sarazá Jimena, nº 599/18).

CUARTO.- Por lo que se refiere al motivo del recurso en que se plantea la caducidad de la acción (que se examina porque la caducidad sería una excepción apreciable de oficio), el mismo debe desestimarse, pues la acción no está caducada, ni la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento (que no procede cuando con base a ella se pretende la nulidad parcial del contrato), ni la acción de nulidad de una o varias cláusulas por falta de transparencia.

En cuanto a la anulabilidad, la acción no estaría caducada si tenemos en cuenta que el contrato no está consumado y el plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento es, según el art. 1301, CC, de cuatro años, tiempo que empieza a correr desde la consumación del contrato. El contrato de préstamo no está consumado porque la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce la realización de todas las obligaciones (cfr. STS de 12 de enero de 2015 y jurisprudencia que en ella se cita). Y, con relación a contratos de trato sucesivo con referencia expresa al contrato de préstamo, dice la STS de 11 de junio de 2003, Pte: González Poveda, núm. 569/2003, que “la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que “el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo”.

La reciente STS de 19 de febrero de 2018, Pte: Para Lucán, del Pleno, nº 89/18, cuyo FJ Tercero analiza el “dies a quo a partir del cual empieza a correr el plazo de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento de un contrato de swap”, pero la doctrina es aplicable a otros supuestos:

“Mediante una interpretación del art. 1301.IV, CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

Y en cualquier caso, la caducidad tampoco sería apreciable con relación a la pretensión de nulidad de las cláusulas multidivisas, porque, como dice la SAP de Valencia, Sec. 9^a, de 20 de diciembre de 2017, Pte: Caruana Font de Mora, Rollo 1120/2017, “dado que la denuncia consiste en constituir una condición general no transparente que causa perjuicio al consumidor y por ende es abusiva, la sanción es su nulidad absoluta o radical, (artículo 83 TR-LGDCU así además calificado por el Tribunal Supremo en sentencia 558/2017 de 16 de octubre), lo que excluye por completo el tema de la caducidad de la acción ex artículo 1301 del Código Civil, pues dicha acción no está sometida a plazo de caducidad o de prescripción”.

QUINTO.- Los restantes motivos del recurso van a examinarse conjuntamente y, ya se adelanta, procede desestimarlos, lo que supondrá confirmar la sentencia.

Uno. Aunque se trate, la cláusula multidivisa, de una condición general de la contratación y se refiera al precio que debe abonar el prestatario por el importe del préstamo que le fue concedido, decíamos en nuestra SAP de Valencia, Sec. 9^a, de 20 de diciembre de 2017, Pte: Caruana Font de Mora, Rollo 1120/17, con cita de las SSTS de 9 de mayo de 2013 y de 15 de noviembre de 2017, que la jurisprudencia del TJUE admite el control de transparencia en una cláusula referida al objeto principal del contrato (STJUE de 30 de abril de 2015 y STJUE de 20 de septiembre de 2017), pues “este control de transparencia se centra en que resulta 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”.

Dos. Partiendo de los hechos probados, puede concluirse que el Banco no informó debidamente, antes de formalizar el contrato, al cliente de las consecuencias económicas que para él suponía contratar un préstamo en divisas, y en concreto no le informó de los riesgos derivados de la fluctuación de la moneda y especialmente su incidencia sobre el capital a devolver.

En este sentido, la STS de 15 de noviembre de 2017, Pte: Sarazá Jimena, del Pleno, nº 608/17: “*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*” (FJ Octavo, apartado 21).

Esa falta de información precontractual por parte del Banco no se suple con la información que pueda suministrar el propio contrato al consumidor. Como dice la STS de 8 de septiembre de 2014, Pte: Orduño Moreno, “sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de

transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predisposta, de forma 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 ello solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia”.

Ni tampoco se suple con la información que pueda facilitar el Notario en el acto del otorgamiento de la escritura. En este caso, según la escritura, el notario no advierte expresamente, de las cautelas de la Orden de 5.5.1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecario (BOE de 11.5.1994, vigente hasta el 29.4.2012, y aplicable al caso), cuyo art. 7 establece que, en cumplimiento del deber del fedatario de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, debería el Notario “en el caso de que el préstamo esté denominado en divisas advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio” (cfr. art. 7.3.5º de la citada Orden).

Sigue faltando información sobre las consecuencias jurídicas y económicas de los pactos relativos a divisas, si tenemos en cuenta, como dice la STS de 15 de noviembre de 2017, Pte: Sarazá Jimena, del Pleno, que “un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme 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”.

Tres. El examen de los pactos contenidos en la escritura de préstamo hipotecario debe hacerse desde la legislación protectora de los consumidores. El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible", por lo que es necesario que el tribunal efectúe un control de transparencia tal y como ha declarado el Tribunal Supremo (por todas, STS de 9 de mayo de 2013, Pte: Gimeno-Bayón Cobos, del Pleno), lo que supone que la cláusula debe estar redactada con concreción, claridad y sencillez, con posibilidad de comprensión directa, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido, y le permita también “conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo” (cfr. apartado 210 de la antes citada STS de 9 de mayo de 2013).

En el caso, el interés ordinario se fija con referencia a un tipo nominal que, a su vez, es definido posteriormente con remisión a unos índices de referencia, LIBOR, que también precisan ser definidos; y en la escritura no hay una explicación o definición clara de este índice de referencia, pues cuando se refiere al índice o tipo de referencia LIBOR se dice que este índice es el que se oferta al Banco “a las once de la mañana, dos

días hábiles anteriores”, y sirve como justificación que se publica por la Agencia Reuters y se identifica en pantalla con las siglas FRBD, lo que dificulta las posibilidades de su conocimiento por parte de los consumidores, pues no se trata de un índice oficial definido y publicado por el Banco de España.

Como dice la antes citada STS de 15 de noviembre de 2017, Pte: Sarazá Jimena, del Pleno, nº 608/17, era exigible al banco “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)”; y, como en este caso, el banco “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” (FJ 8, apartado 26).

Cuatro. La falta de información escrita no se suple con la información verbal que, en este caso, pudiera haber dado el empleado del Banco. A este respecto, al valorar la prueba ya se ha explicado, en el fundamento segundo, las razones por las que el testigo no merecía crédito, pudiendo añadir, por un lado, que el testigo es una persona con interés en el asunto, ya que es quien debía suministrar la información a los clientes y puede estar intentando justificar su proceder, su propia omisión; y por otro, que no hay ningún dato objetivo, como pudieran ser los documentos en que se plasmara la información (p.ej., las simulaciones realizadas), que corrobore lo afirmado por el testigo.

Se recuerda que para la STS de 12 de enero de 2015, Pte: Sarazá Jimena, no es correcto que la prueba que se tome en consideración con carácter principal para considerar probado que la entidad financiera cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, pues estos están “obligados a facilitar tal información y, por tanto, (son) responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado”.

En resumen, como dice la SAP de Madrid, Sec. 11^a, de 1 de julio de 2016, Pte: Duro Ventura, la falta de claridad de las cláusulas impedían al prestatario “conocer con sencillez tanto la carga económica como jurídica que suponía el mecanismo multidivisa y los riesgos concretos asociados a su concreto y determinado funcionamiento, que desde luego exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros ya que el tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para fijar el importe en euros de las cuotas periódicas, para determinar también el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, lo que en modo alguno parece que pudo ser explicado o advertido siquiera a los actores al contratar”.

Finalmente, destacar también que la posterior información que, de forma

periódica, remitía el Banco a los clientes sobre la amortización del préstamo es, a estos efectos, irrelevante porque, como hemos antes indicado con cita de la STJUE de 20 de septiembre de 2017, es el momento de celebrar el contrato el que debe ser tenido en cuenta para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual. Es en ese momento cuando el Banco debe suministrar la información clara, precisa y suficiente que permita superar el control de transparencia, y ello con independencia de que sea el cliente quien solicite el préstamo en divisas (salvo que se pruebe, lo que aquí no ocurre, que se trata de un cliente cualificado y suficientemente informado por su propia formación) o le sea ofrecido por los empleados del Banco.

Por tanto, procede desestimar el recurso de apelación y, como consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia.

SEXTO.-Pronunciamiento sobre costas.

En relación a las costas procesales de esta alzada, dada la desestimación del recurso, y la confirmación de la sentencia apelada, procede su imposición a la parte apelante en virtud de lo dispuesto en el art. 398.1, LEC, en relación con el art. 394 de la misma Ley, de los que resulta que cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones.

También se declara la pérdida del importe del depósito constituido para recurrir a que se refiere la Disposición Adicional 15 de la LOPJ.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

1) Se desestima el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a D./D.^a Víctor Pérez Mateu de Ros, en nombre y representación de BANKINTER, S.A., contra la Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2017, dictada por el Juzgado Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Sueca, en los autos de Juicio ordinario nº 79/17, a que este Rollo se refiere, que se confirma.

2) Con expresa condena en costas de la alzada a la parte apelante; y se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Dese al depósito constituido el destino legal procedente.

Contra la presente no cabe recurso alguno, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su caso, se habrá de interponer mediante escrito presentado ante esta Sala dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el art. 207.4, LEC, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.