

JDO.DE 1A.INSTANCIA N.4 BURGOS

SENTENCIA: 00058/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVDA. REYES CATÓLICOS 53 - SALA VISTAS 1ª PLANTA, SALA 4

Teléfono: 947284055-ATT.PUBLICO, Fax: 947284056

Correo electrónico:

Equipo/usuario: 1

Modelo: N04390

N.I.G.: 09059 42 1 2018 0002142

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000338 /2018

Procedimiento origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000338 /2018

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

DEMANDANTE , DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN,

Procurador/a Sr/a. ALEJANDRO RUIZ DE LANDA, ALEJANDRO RUIZ DE LANDA , ALEJANDRO RUIZ DE LANDA

Abogado/a Sr/a. JAIME CODON ALAMEDA, JAIME CODON ALAMEDA , JAIME CODON ALAMEDA

DEMANDADO D/ña. BANKINTER SA

Procurador/a Sr/a. JOSE MIGUEL RAMOS POLO

Abogado/a Sr/a. IGNACIO MORA HERNANDEZ

DOÑA MARIA ISABEL FERNANDEZ CASADO MAGISTRADA JUEZ DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO CUATRO DE LOS DE BURGOS Y SU PARTIDO, ha dictado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente,

SENTENCIA NUMERO 58/2019

En la Ciudad de Burgos, a diecisiete de enero de dos mil diecinueve.

Habiendo visto los presentes autos de Juicio Declarativo Ordinario, seguidos en este Juzgado bajo el número 338/2018, a instancias de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS, ASUFIN en nombre y representación de D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] representados por el Procurador Sr. Ruiz de Landa y dirigidos por el Letrado SR. Codón Alameda, contra BANKINTER, S. A., representado por el Procurador SR. Ramos Polo y dirigido por el Letrado Sr. Mora Hernández, sobre nulidad del contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la representación de la parte actora se dedujo demanda de juicio ordinario sobre nulidad de contrato

alegando los hechos y fundamentos en derecho que estimó de aplicación al caso para terminar suplicando del Juzgado que previos los trámites legales en su día se dicte sentencia por la que se por la que se declare la nulidad de cláusulas del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes, en las cláusulas relativas a la modalidad multidivisa por no incorporación y nulidad de condiciones generales por falta de transparencia y abusividad, alternativamente la declaración de anulabilidad del clausulado multidivisa del contrato por vicio en el consentimiento, subsidiariamente la nulidad total, y con carácter alternativo la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones de diligencia y buena fe, con indemnización de daños y perjuicios, con expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó al demandado por término legal ordinario.

TERCERO.- El demandado compareció en debida forma contestando a la demanda oponiéndose a la misma por los hechos y fundamentos jurídicos que obran en su escrito de contestación, por lo que se procedió a señalar día y hora para la audiencia previa prevista en la Ley, a la que compareció la parte actora quien se ratificó en su escrito inicial de demanda, compareciendo también la representación procesal del demandado quien se remitió al contenido del escrito presentado por esa parte solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

Intentada sin éxito la conciliación o transacción sobre la litis, resueltas las cuestiones de previo pronunciamiento y realizadas aclaraciones sobre la cuantía, expresada la postura de las partes ante los documentos dictámenes presentados, resueltas las cuestiones de previo pronunciamiento y fijados los hechos controvertidos, ambas partes propusieron las pruebas que consideraron útiles para sus intereses.

Se señaló fecha para el juicio en el que se practicaron las pruebas que propuestas fueron admitidas y declarada su pertinencia en la mencionada audiencia previa.

Tras ello y en el mismo acto de juicio las partes expusieron sus conclusiones, quedando las actuaciones concluidas en poder de S. S^a, para dictar la oportuna resolución.

CUARTO.- En la tramitación de los presentes se han observado cuantas prescripciones legales venían ordenados para los de su clase.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita en la demanda una acción por la que se pretende la nulidad de las cláusulas referida a multidivisa.

Se indica por la parte actora que las cláusulas referentes a multidivisa en el contrato hipotecario resultan ser condiciones generales de la contratación, abusivas por falta de transparencia y desequilibrio entre las partes, señalando en la celebración de este contrato la entidad bancaria no cumplió con sus deberes de información, señalando su condición de minoristas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 24/88, de 28 de julio, de Mercado de Valores, consumidores, incidiendo en la incorrección de la información proporcionada por la entidad demandada.

Por su parte la demandada, señala la transparencia y niega la abusividad de las disposiciones multidivisas, aunque también niega la posibilidad de un análisis de abusividad sobre las mismas, señalando que nos encontramos ante un elemento esencial del contrato, extremo que también le lleva a señalar la imposibilidad de una declaración de nulidad parcial. Mantiene la validez del consentimiento prestado por los actores y señala la caducidad de la acción formulada por vicio en el consentimiento.

No existe discusión sobre la base fáctica, la suscripción del contrato de préstamo en divisas con garantía hipotecaria por los actores con la entidad demandada, reflejado en el documento nº 3 de la demanda.

Hemos de resaltar, antes de cualquier análisis, que la demandada no ha impugnado la legitimación activa de la actora, y que ésta ha presentado un certificado señalando que los prestatarios son sus socios, documento nº 2, de la demanda, y en el documento nº 1, la solicitud de asistencia jurídica gratuita, obra copia de certificado emitido por la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, sobre la inscripción de ASUFIN en el Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Además, tras requerimiento por parte de este Juzgado, se aportó por la actora autorizaciones de ambos representados para que la demandante actuara en su nombre.

No se ha indicado siquiera de contrario que los representados no fueran consumidores en atención a las características del litigio y a la cuantía litigiosa, como bien indica la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2018, a la que entendemos, ha aludido el Letrado de la parte demandada en sus conclusiones. En este supuesto el contrato cuyas cláusulas se discute es una escritura en divisa con garantía hipotecaria, siendo el destino del préstamo la compra de una vivienda en Villajoyosa, entendemos que la que es objeto de garantía, como ha señalado el testigo D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] propuesto por la parte demandada, director de su oficina en Móstoles en el momento de los hechos, según indicó. Explicó que compraba una vivienda en Villajoyosa que tenía un préstamo del promotor del Banco Popular.

Como se indicó en la audiencia previa, la falta de legitimación activa es apreciable de oficio (véase sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 28 de marzo de 2018), pero en este caso y con los datos señalados, no cabe, sin más, realizar pronunciamiento al efecto, recordando, con la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, que: "A esos efectos, y en el particular relativo a la legitimación activa de las asociaciones de consumidores, este Tribunal ha declarado, en primer lugar, que supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva negarles legitimación en los supuestos de actuación en representación y defensa de intereses concretos de sus asociados con base en que no defienden intereses propios sino de terceros, una vez constado que "por expresa previsión legal las asociaciones de consumidores y usuarios están legitimadas para representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos", esto es, para representar y defender los derechos e intereses de sus asociados como intereses distintos de los de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios (arts. 20.1 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios; 16.1 Real Decreto 825/1990, de 22 de junio)" (STC 73/2004, FJ 5). En segundo lugar, que esta legitimación para actuar en defensa de los intereses de carácter personal de los afiliados puede quedar limitada, por el propio ámbito objetivo de la normativa en que está prevista, a que dichos intereses lo sean en su condición de consumidores y usuarios. Y, por último, que no cabe negar dicha condición cuando por la naturaleza de la controversia de fondo suscitada se evidencie de una manera clara y suficiente que repercute, directamente o por condicionar de manera relevante su comportamiento y decisiones, en los intereses como consumidores y usuarios de los particulares afectados (STC 73/2004, FJ 6)".

Esta doctrina fue reiterada por la posterior STC 131/2009, de 1 de junio, también con ocasión de una denegación de legitimación activa a una asociación de consumidores para interponer un recurso contencioso-administrativo"

SEGUNDO.- Entrando en el fondo del asunto, no existiendo discusión sobre la base fáctica, la discusión se centra en primer lugar en la naturaleza del producto que nos ocupa, como producto de inversión o producto de financiación, todo ello en la discusión planteada sobre la aplicación de lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores, en relación a clientes minoristas.

Así reproducimos la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 2016, ya que recoge y explicita los pronunciamientos existentes tanto por parte del Tribunal Supremo, recordemos, sentencia de 30 de junio de 2015, como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 3 de diciembre de 2015, todo ello en conexión con la sentencia de

este último tribunal de 30 de abril de 2014 y el resto de normativa europea.

Recoge así la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial que: "Alega la recurrente que la propia STS Pleno de 30 de junio de 2015 (n ° 323/15) en que se apoya la sentencia apelada, reconoce que las conclusiones acerca del producto no son pacíficas, lo que aparte de propia libertad e independencia de cada juez, abre la puerta a resoluciones que pueda no compartir la doctrina en ella contenida.

1.- El Tribunal en la Sentencia 323/2015 afirma rotundamente 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.

3.- El TJUE parece dar la razón al recurrente en su sentencia de 3 de diciembre de 2015, Banif Plus Bank Zrt, C-312/14 ha resuelto una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional húngaro en relación con la Directiva 2004/39/CEE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (conocida como directiva MiFID) y ,en particular sobre la eventual consideración de un préstamo multidivisa como un servicio o actividad de inversión de conformidad con el artículo 4, apartado 1, punto 2 de la Directiva MiFID .

La Directiva MiFID fue transpuesta al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modificó la ley 24/1988 de 28 de julio, de Mercado de Valores, norma que ha sido derogada por el reciente Real Decreto legislativo 4/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. La

transposición de la Directiva MiFID incorporó para las entidades financieras que comercializaban productos de inversión una serie de obligaciones de información, entre las que se incluía la necesidad de realizar a sus clientes los conocidos como test de conveniencia y de idoneidad (este último únicamente para servicios de asesoramiento), con el fin de cerciorarse de la adecuación del producto de inversión al nivel de conocimientos del cliente con carácter previo a su contratación.

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. El TJUE considera esta operaciones son puramente accesorias a la concesión y reembolso de un préstamo al consumo. Asimismo, descarta que se pueda calificar este contrato de un "contrato de futuros "ya que los prestamos multidivisas son meros préstamos al consumo que no tienen por objeto la venta de un activo financiero a un precio determinado en el momento de la celebración del contrato. Consecuentemente, 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 del 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.

El TJUE concluye que el artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, 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 mensualidades.

Por tanto, en el momento actual nos encontramos con la contradicción entre la sentencia del TJUE y la sentencia del TS. El primero máximo intérprete de la Directiva ha dicho que en ella no se incluyen las hipotecas multidivisas, esto es, en ese ámbito mínimo de la Directiva. 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.

Como interprete máximo de la normativa comunitaria, la doctrina del TJUE vincula a los jueces españoles que deben comprobar en cada caso de hipoteca multidivisa si hay un servicio de inversión.

3.- Es también importante destacar que el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014 asunto C-26/13 que tiene por objeto una hipoteca multidivisa concedida a un consumidor, aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas no negociadas en contratos celebrados con los consumidores.

Esta Sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Kúria (Tribunal Supremo) de Hungría relacionado con un contrato identificado como «préstamo hipotecario denominado en divisas, garantizado, mediante hipoteca» entre un consumidor y una entidad bancaria. Conforme a la cláusula I/1 de dicho préstamo, Jelzálogbank concedió a los prestatarios un préstamo por importe de 14.400.000 forintos húngaros. En el préstamo se había estipulado que «la determinación en divisas de la cuantía del préstamo se realizará al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera- francos suizos- aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo». Así el préstamo se representó en 94.240,84 francos suizos (CHF). Los prestatarios debían devolver esa suma en 25 años, mediante cuotas mensuales. Pero según la cláusula III/2 el prestamista fijaría "el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa aplicada por el banco el día anterior al del vencimiento», de modo que se sometía el importe de las cuotas al riesgo de fluctuación.

Esta cláusula había sido declarada abusiva en primera y segunda instancia porque no era clara y comprensible y no permitía conocer la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución. Además se había considerado abusiva porque facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas sobre la base de la cotización de venta de la divisa, mientras que el importe del préstamo entregado se fijó por éste último en función de la cotización de compra que aplica para esa divisa, lo que le confería una ventaja unilateral e injustificada en el sentido del Código civil húngaro, porque realmente no ponía a disposición del prestatario divisas extranjeras, sino que hacía depender el importe de cada cuota mensual de devolución, de la cotización corriente del franco suizo, como índice para fijar el

importe de las cuotas de devolución del préstamo entregado en forintos húngaros. Es decir, no realizaba a favor de los prestatarios ninguna prestación de servicios financieros de compra o de venta de divisas, por lo que no podía aplicar un tipo de cambio a efectos de amortización del préstamo distinto del utilizado en el momento de su entrega en concepto de contrapartida de una prestación de servicio virtual.

El TSJUE establece en su sentencia que la exigencia de transparencia (claridad y comprensibilidad), en términos del artículo 4.2) de las cláusulas contractuales no puede reducirse solo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical (apartado 71), porque el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto del profesional en lo referido, en particular, al nivel de información y, en consecuencia, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Y en concreto en una hipoteca multidivisa extranjera, una cláusula contractual como al clausula III/2antes mencionada, que permite al profesional calcular la cuantía de las cuotas mensuales de devolución en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por ese profesional, produce el efecto de elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite. Recuerda el TJUE 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 al 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).

4.- Por otro lado no puede obviarse 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 trasposición aun no ha transcurrido , por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso. De sus Considerandos destacamos

(4) La Comisión ha determinado una serie de problemas que sufren los mercados hipotecarios de la Unión 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, incluidos los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias. 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. Esos problemas se deben a deficiencias del mercado y de la normativa, pero también a otros factores, como la coyuntura económica general y los escasos conocimientos financieros. A estos problemas se ha sumado a veces el de la ineficacia o incoherencia de los regímenes aplicables a los intermediarios de crédito y a las entidades no crediticias que otorgan créditos para bienes inmuebles de uso residencial, o a la inexistencia de tales regímenes. Los problemas observados podrían tener importantes efectos macroeconómicos indirectos, ir en detrimento del consumidor, erigir obstáculos económicos y jurídicos a la actividad transfronteriza y crear inequidad en las condiciones de competencia entre los operadores del mercado.

(30) 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. 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 artículo 13.f y 23 se contiene 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 obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen."

En sentido semejante se pronuncia la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de enero de 2016: "Conviene destacar en cuanto a la naturaleza jurídica y características del pacto cuya anulación se pretende en cuanto al pacto multidivisa del "préstamo hipotecario multidivisa " que si bien fue abordado por la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, Ponente D. Rafael Sarazá Jimena concluyendo en el Fundamento de Derecho Séptimo en los términos que siguen:

"Lo que se ha venido a llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el libor (London Interbank Offered Rate, 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 concertados 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.

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 de 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 multidivisas" se han apreciado, por lo que los prestamistas

deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos.

En 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 del 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 " 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. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho de 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 artículos 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen."; en la reciente Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 , directamente vinculante y aplicable dada la supremacía de la normativa comunitaria, se concluye de forma total y frontalmente opuesta a lo dicho por el T.S en los términos que siguen en los apartados 53,55,56,57,67,72 y 75:

" El artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del

Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, 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 ", toda vez que como se señala en los apartados: " 53.- En el presente asunto, se plantea la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus reembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de "servicios o de actividades de inversión " en el sentido del artículo, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39; 55.- Pues bien, debe señalarse 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; 56.- En efecto, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, 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 nacional (moneda de pago); 57.- 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; 67.- Pues bien, las operaciones de cambio controvertidas en el litigio principal no están vinculadas a un servicio de inversión, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39, sino a una operación que no constituye en sí misma un instrumento financiero, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 17, de esta Directiva; 72.- 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 y 75.- De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que presente prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39.

Por todo ello hemos de concluir que lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" no es, un instrumento financiero derivado ni constituye un servicio o actividad de inversión, y en dicha medida no le es de aplicación la normativa propia de los instrumentos financieros derivados y por esto el ámbito de la Ley del Mercado de Valores, al no contener el "préstamo multidivisa" un instrumento derivado financiero implícito en cuanto a las operaciones o actividades de cambio en cuanto tales operaciones de cambio que se limitan a la conversión de la divisa a la moneda nacional (moneda de cambio) no tienen otra función que servir de modalidad de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, esto es una modalidad indisociable de la ejecución del contrato de préstamo."

Por tanto, dada lo señalado en la sentencia de referencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya no podemos calificar el contrato que nos ocupa como un instrumento de inversión sino de financiación, y por tanto no le resulta de aplicación la normativa contemplada de la Ley de Mercado de Valores a la que alude el actor, ya que no consta prueba alguna de que, a mayores del propio préstamo, se ejerciera por la entidad bancaria una actividad asesoramiento de inversión.

Solo podemos reiterar lo indicado por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 al señalar: "Decisión del tribunal. 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 TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank , asunto C-312/14, posterior a la sentencia de esta sala 232/2015, de 30 de junio, declaró que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que "no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo

denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad".

2.- Este tribunal, en su sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, asumió la doctrina sentada en la citada sentencia del TJUE y modificó la doctrina sentada en la anterior sentencia 323/2015, de 30 de junio.

TERCERO.- Hemos de indicar que la acción ejercitada en primer lugar es la de nulidad de las condiciones generales de la contratación y de forma alternativa la anulabilidad por dolo y/o vicio en el consentimiento.

En cualquier caso, con la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 26 de octubre de 2018, la nulidad de esta cláusula se puede enfocar desde ambas perspectivas, el error en el consentimiento y la falta de transparencia y así señala: ". En la sentencia de 21 de junio de 2018 (rollo 69/18) decíamos:

"La doctrina jurisprudencial más reciente sobre el préstamo multidivisa viene representada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017, así como por la Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo nº 608/2017, de 15 de noviembre (Ponente don Rafael Saraza Jimena). En ambas Sentencias se enfoca la problemática jurídica de esta modalidad de préstamo, que puede originar su anulación parcial, desde la perspectiva de la anulación de las cláusulas multidivisa por ser la misma una condición general de la contratación no transparente y por tanto abusiva, y ello con fundamento que el banco prestamista no informó debidamente al prestatario consumidor sobre los riesgos que implica tal modalidad de préstamo debido a la fluctuación del tipo de cambio del euro (moneda funcional) frente a la divisa en que se endeuda el prestatario (moneda nominal). Este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la validez de tal tipo de modalidad de préstamo, si bien la anulación la ha fundado, conforme lo solicitado en las respectivas demandas, centrándola en la existencia de un error que vicia el consentimiento, y ello también el con el fundamento en la falta de información del banco al prestatario consumidor sobre los riesgos de tal modalidad de préstamo derivados de la variación del tipo de cambio entre la moneda nominal y la funcional, por apreciación de la primera respecto de la segunda, y ello considerando que tanto del deber de buena fe reforzado por la relación asimétrica entre las partes como la obligación de informar al consumidor sobre las características del producto

ofertado (art. 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007), determina una obligación de información precontractual y que la ausencia de la misma ampara la existencia de error que vicia el consentimiento, salvo que el banco prueba que el cliente prestatario era plenamente consciente de tales riesgos, con la consecuencia jurídica que la cláusula multidivisa que ampara el endeudamiento en una divisa extranjera queda anulada y el préstamo subsiste como si fue contratado en euros desde un inicio, y con el interés variable previsto para la contratación en euros. Consideramos que ambos enfoques jurídicos son igualmente válidos, llevan a una misma conclusión jurídica, y en ambos casos el fundamento de la anulación parcial del contrato de préstamo multidivisa es la falta de información de los riesgos que implica tal modalidad de préstamo por la variación del tipo de cambio entre la moneda nominal y la moneda funcional""

Así, como indica la mencionada sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos: "la sentencia basa la estimación de la demanda en un defecto de información del prestamista al prestatario que ha producido un error en el segundo respecto de aquello que contrataba. No se hace mención en el texto de la sentencia a la argumentación referida en la demanda de que la cláusula multidivisa es una condición general, de carácter poco o nada transparente tal y como figura en el contrato, y que puede ser calificada como abusiva por el desequilibrio que produce en perjuicio del prestamista, que es consumidor. Ahora bien, que esto no haya sido así no impide a esta Sala reconducir la fundamentación de nuestra sentencia a aquella que quizás hubiera sido más congruente con la relacionada en la demanda.

De todas formas, la alegación de falta de transparencia ya lleva implícita una acusación de falta de información, que ha producido un error en el consumidor sobre aquello que contrata. Por ese motivo esta Sala no ve la diferencia tanto entre una u otra argumentación, sino en el resultado al que nos lleva una u otra. En el caso de que la falta de información determine un error en el consentimiento la consecuencia será la declaración de nulidad de la cláusula multidivisa. En el caso de que la falta de información determine la falta de transparencia la consecuencia será la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva."

CUARTO. -Todo ello no significa que, si bien compete al actor demostrar las causas de un posible vicio en el consentimiento, también corresponda a la entidad bancaria probar el cumplimiento de los deberes de información que como tal le incumben (y en principio la acción que se ejercita se basa en la ausencia de transparencia de las cláusulas multidivisa), y así la sentencia mencionada de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 5 de abril de 2016 (que reproduce la de 5 de abril de

2017) señala: "existen unos deberes de información que incumben a las entidades bancarias para con sus clientes, que como declara la STS de 20 de enero de 2014 (n° 840/2013) es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de buena fe, que se contiene en el artículo 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.

Este deber de información al tratarse de consumidores tiene también su fundamento normativo en el RD legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios. Y así el artículo 12, artículo 18.2; artículo 59; artículo 60 ("antes de contrata, el empresario deberá poder a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato.."); artículo 80 (establece que en los contratos con los consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociada individualmente, éstas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción.... C) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas".

También existe una normativa aplicable a los préstamos hipotecarios como la Ley de 26/1988 de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito (art. 48); la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Ley 36/2003 de 11 de noviembre de medidas de reforma económica, que impone a la entidad bancaria el deber de proporcionar información adecuada y suficiente para que un cliente minorista, consumidor comprenda el alcance y trascendencia jurídica y económica del producto que va a contratar y asegurase de que lo ha entendido con la suficiente claridad con carácter previo a la contratación.

Como señala la anterior STS 840/2013, el incumplimiento de los deberes de información puede tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información puede provocar un error vicio, pero la mera infracción de este deber no conlleva por si solo la nulidad de pleno derecho del contrato, salvo que se hayan traspasado los límites de la autonomía privada de la voluntad (artículo 1255

C.civil). Por ello lo que procede determinar es si los demandantes pudieron padecer al contratar error grave, esencial y no excusable sobre lo que contrataban y sobre sus condiciones y sus riesgos.

Lo relevante para decidir si ha existido vicio no es si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía conocimiento suficiente de la características de la hipoteca multidivisa y sus riesgos asociados. 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 de conocimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto contratado 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 y que justifica el carácter excusable del error del cliente.”.

Todo ello sin olvidar que en la escritura, apartado CONDICIONES GENERALES(página 57) se reconoce como tal todas las contenidas en el presente contrato, excepto las que regulan la cuantía del contrato, el vencimiento y amortizaciones, el tipo de interés y comisiones, las cuales han sido negociadas individualmente.

En este sentido hemos de reiterar lo indicado por el Tribunal Supremo en sentencia de Pleno de 22 de abril de 2015 al poner de relieve que: “Esta “imposición del contenido” del contrato no puede identificarse con la “imposición del contrato” en el sentido de “obligar a contratar”. Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, de entre las diversas empresas y profesionales que actúan en el mercado, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre (ahí es donde incide la garantía de la intervención notarial) y otra identificar tal consentimiento, aun intervenido notarialmente, en el contenido del contrato con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

3.- Es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido

negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado, en su párrafo 19.

Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta.

En definitiva, el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente.".

QUINTO.- De la prueba practicada y obrante en autos no podemos considerar acreditado que la fijación del ninguna de las cláusulas pactadas, excepto claro, la cuantía en sí del contrato no resulten responder al concepto de condiciones generales de la contratación, ni que la entidad bancaria cumpliera en todo caso

con sus deberes de información en relación a los actores consumidores.

Recordamos, junto con la contestación se ha aportado un el documento nº 2, Solicitud de financiación de personas físicas, que podemos entender que hacía referencia a un préstamo hipotecario multidivisa, porque en el apartado condiciones de la operación se señala en tipo de referencia libor 1 mes, diferencial aplicable, LIBOR más 0,90%, EUR más 0,50. También en la literatura final del documento se señala que su firma "implica autorización al Banco para realizar por cuenta y a cargo del Cliente todos los gastos preparatorios para la concesión de la hipoteca". En el encabezamiento de este documento y a mano se indica nº simulación:0987607.

También se ha aportado, documento nº 3, lo que se denomina por la demandada y así se titula, solicitud de préstamo en divisas, y como documento nº 4, oferta vinculante.

Empezando por la oferta vinculante, por cuestión de fechas, hemos de señalar que data de 7 de noviembre de 2007, Madrid, y no aparece firmada. A continuación de la misma, y por lo que apreciamos, en el mismo papel, aparece un folio en el que se indica "EL SIGUIENTE EL SIGUIENTE DOCUMENTO DEBERÁ FIRMARSE SIEMPRE QUE SE SOLICITE UN PRÉSTAMO EN DIVISAS CON GARANTÍA HIPOTECARIA", apareciendo luego, en otro folio SOLICITUD DE PRÉSTAMO EN DIVIDAS CON GARANTÍA hipotecaria. Tampoco está firmado.

Este último folio tiene un contenido prácticamente idéntico al del documento nº 2, también una SOLICITUD DE PRÉSTAMO EN DIVISAS CON GARANTÍA HIPOTECARIA, eso sí, fechado en Alicante, a 27 de febrero de 2008.

El ya mencionado testigo, D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] explicó que le entregaron al actor simulaciones y la oferta vinculante, matizando que en las oficinas no se confeccionan las ofertas vinculantes, sino que se hacen desde la propia gestoría, porque nosotros lo que hacemos es proponer el préstamo, lo autoriza del departamento de riesgos de la organización del banco y con esa autorización se le manda a una gestoría para que pueda cotejar que los datos que nosotros tenemos sean acordes a la documentación presentada, cuando nos auditan el expediente la gestoría emite la oferta vinculante, y contacta con el promotor en ese caso y la notaría para para confeccionar la minuta y fijar fecha de firma.

D. [REDACTED] señaló ser quien atendió al actor en la tramitación, pero habla de la emisión de una oferta vinculante alejada de su labor, entendemos de información y negociación, oferta vinculante que además ni siquiera podemos constatar que llegara a manos del actor.

Por otro lado, podría parecer que esa oferta vinculante se emite a la vez que el segundo documento, la SOLICITUD DE PRESTAMO EN DIVISAS CON GARANTÍA HIPOTECARIA, aunque se ha de

diferenciar, pues así lo hace la entidad al exigir la firma de ambos.

En este caso, hemos de añadir, que disponemos de un segundo documento de SOLICITUD DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO, esta vez firmado, eso sí, el día en que se pensaba suscribir la escritura.

D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] también explicó que el día 27 de febrero de 2008 el cliente se desplazó a Villajoyosa porque le había citado para la firma, aunque luego se canceló porque el Banco Popular no tenía correctamente inscrito el préstamo.

De todo ello no podemos concluir que el actor recibiera la oferta vinculante ni el documento de SOLICITUD con anterioridad al que se suponía momento de la firma, documento que además el actor hubo de firmar ese día, el de la firma, lo que nos lleva a concluir que no existía una firma o entrega anterior.

Cierto es que en este documento se señala en cuanto al riesgo "los prestatarios abajo firmantes conocen y aceptan que la sustitución de la divisa utilizada no supondría la elevación del límite pactado inicialmente ni la reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto, 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 la divisa de disposición del préstamo puedan ser superior al límite pactado pueda ser superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la minuta de préstamo hipotecario que se firme al efecto".

En la escritura, documento nº 2 de la demanda, figura: "LOS CÓNYUGES DON [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] conocen y aceptan que la sustitución de la divisa utilizada no supondría la elevación del límite pactado inicialmente ni la reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto, 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 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 7ª de las financieras" (página 6).

El ya citado testigo D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] indicó que el actor se dirige a Bankinter para solicitar una hipoteca multidivisa, que se le explicó una hipoteca en euros y adicionalmente el producto que les solicitó, un préstamo multidivisa, que se le sacaron supuestos en yenes japoneses,

francos suizos y dólares americanos, en la información que se le facilitó tenía la cotización de la divisa en ese momento y se le hacían supuestos con apreciaciones y depreciaciones de la divisa de hasta un 30% para que pudiera evaluar cómo le afectaba, no solamente a la cuota sino también al capital la evolución tanto positiva como negativa que pudiera tener la divisa, se le daba también los tipos de intereses de las diferentes divisas. Indicó que no se hacía gestión proactiva de este producto y no tenían folleto informativo.

Con todo ello no podemos considerar acreditados que la entidad bancaria cumpliera los deberes de información que le competen frente te los actores como consumidores, contemplados en los artículos 60 y 80 el Real Decreto Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, Aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en nuestro caso, los artículos 8 y 10 de la Ley 26/84, de 10 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

Así, tuviera o no obligación legal, la propia entidad demandada elaboraba unos documentos informativos para su entrega a los contratantes.

En cuanto a este documento, la solicitud del préstamo, no hace alusión a las condiciones específicas de la operación como hipoteca multidivisa.

En cuanto a la oferta vinculante, recordamos, no se ha acreditado su efectiva entrega, más bien al contrario.

Todo ello sin olvidar que la orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios. Dicha orden establecía en su artículo 3 la obligación de las entidades de crédito de proporcionar un folleto informativo a quienes soliciten préstamos hipotecarios, cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo 1 de esta norma.

De todos modos, incluso aunque se considerada su entrega, (sin olvidar la ausencia de folleto), respecto de los términos de la misma solo podemos reproducir lo indicado por la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 30 de noviembre de 2016 al señalar: *"En este caso la advertencia general sobre el riesgo es la que consta tanto en la oferta vinculante como en la escritura de 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 de cualquier responsabilidad derivada de ese riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en Euros pueda ser superior al límite pactado"*.

De acuerdo con esta advertencia lo que asume el prestatario es el riesgo de cambio. Es el riesgo que conoce todo el que realiza una operación en divisas. Quien invierte su dinero en la compra de divisas sabe que la divisa podrá depreciarse en cuyo

caso perderá parte de la inversión, o podrá apreciarse en cuyo caso recuperará lo invertido, y además habrá ganado dinero en el momento de la venta. Lo normal de quien realiza una inversión de este tipo es que compre cuando la divisa está barata, siempre que se trate de una divisa fuerte o estable. Realizar la compra de la divisa cuando esta ha alcanzado uno de sus niveles más altos demuestra que el que lo hace no ha entendido el mecanismo de la operación.

El caso del préstamo multidivisa es bastante más complejo. El riesgo que acepta quien contrata un préstamo en divisas no es el mismo que el que compra divisas para invertir, aunque en la base de esta aceptación esté en ambos casos el conocimiento de que un mercado de divisas es un mercado sujeto a fluctuación. Habrá que entender de qué forma afecta esa fluctuación a la operación concreta de que se trata, que es un préstamo. Quien invierte en divisas, como el que invierte en valores negociables, comprará cuando los valores estén bajos para poder venderlos cuando suban, y no esperará demasiado tiempo para hacerlo porque lo que le interesa es recuperar el dinero de la inversión.

El que contrata un préstamo en divisas lo hace con una mentalidad muy diferente. La contratación es a largo plazo, y por lo tanto se asume expresamente que unas veces se pagarán cuotas más caras, y otras serán más baratas. Esto es algo ínsito en una operación que va a durar 30 años, durante los cuales es de todo punto previsible que la ecuación de cambio entre ambas monedas varíe repetidas veces. Este es el riesgo habitual que asume el que contrata un préstamo multidivisa. Pero lo que no se asume, por lo improbable de la situación, es que la fluctuación vaya siempre en un único sentido, que este sea el más desfavorable para el prestatario, y que además no haya indicios de una apreciación de la moneda hasta llegar a valores parecidos al momento en que se contrató el préstamo."

Así pues, no puede concluirse constatado que la información necesaria llegara a conocimiento de los actores, sin que la sola declaración del testigo, recordemos, que fue trabajador de la entidad demandada, pueda acreditar ese comportamiento, sin además sin el respaldo de documentos, alguno de ellos sin que siquiera se hayan aportado.

Cierto es que en prueba de interrogatorio D. [REDACTED] [REDACTED] señaló que se le indicó que se pagaba en divisas y todos los meses tenía que comprar, que compraban ellos, las divisas, le enseñó un cuadro de comparativa de distintas divisas, si lo coges en esto, esto, si en otro, otro, no le dijo que podía fluctuar, que iba a pagar siempre menos que con el euro, que lo que pueda fluctuar es mínimo, pero no le dijeron que su capital puede fluctuar, le explicó que podía variar en décimas y que siempre iba a pagar menos.

De esta declaración no podemos deducir que el actor recibiera simulaciones como las señaladas por el testigo, sino cuadros comparativos de divisas cuyo contenido desconocemos y que bien podía limitarse a valor de cotización.

El hecho de que el actor admita que se le habló de una fluctuación mínima, tampoco acredita el conocimiento de los riesgos de la operación y así la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 señala: *"21.- En concreto, Caixa Catalunya 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 declaran las sentencias del TJUE Andriciuc y OTP Bank."

En periodo probatorio se ha incidido sobre el documento nº 6 de la contestación, unas manifestaciones emitidas por un apoderado de BANKINTER, S. A. sobre el hecho de que los actores iban a firmar el 27 de febrero de 2008 un préstamo hipotecario multidivisa pero por causas ajenas a la entidad la firma se ha pospuesto y esto ha generado una pérdida al cliente por la fluctuación de los tipos de cambio a la hora de anular la operación.

En prueba de interrogatorio D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] negó que ese documento le fuera entregado por BANKINTER, S. A. aunque reconoce haber recibido 100 euros sin saber por qué.

Aun cuando ese reconocimiento de la recepción de 100 euros pudiera llevarnos a considerar que el actor tenía constancia de ese documento, volvemos a insistir en el hecho de que el conocimiento de que la divisa fluctúa, no puede sin más concluir el conocimiento del riesgo del producto.

Realizada este pronunciamiento, no resulta necesario un mayor análisis del control de transparencia, ante la falta de prueba de la corrección de la información proporcionada, no superaría el control de transparencia real.

También se ha señalado por la parte demandada, y así lo indica el testigo Sr. [REDACTED] [REDACTED] fue quien solicitó la hipoteca multidivisa, pero, a este respecto solo tenemos que reproducir lo indicado por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018: *"2.- Los argumentos del banco no son correctos. Que fueran los demandantes quienes acudieron al banco para contratar un préstamo hipotecario en divisas o que otros bancos ofrecieran también ese tipo de préstamos, y los demandantes hubieran acudido antes a otro banco para interesarse*

por este producto, no elimina el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran la reglamentación contractual, a menos que el banco pruebe que hayan sido el fruto de la negociación con el cliente, lo que en este caso no ha sucedido, y por otra parte no sería creíble a la vista de la complejidad de las "cláusulas multidivisa" y de que los prestatarios eran simples consumidores, sin poder de negociación.

3.- En la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, tratamos extensamente esta cuestión y a ella nos remitimos, porque los argumentos allí expresados son plenamente aplicables a este recurso.

De lo dicho en esa sentencia nos basta con recordar que "la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13 , no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente"".

En cuanto al perfil del cliente, el testigo señaló que el actor es policía y se imagina que tenía conocimiento de este producto porque otros compañeros tenían esta hipoteca, lo que nada nos aclara a este respecto, recordando así la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2017 al señalar: " [...] No cualquier capacitación profesional , relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de Inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. En nuestro caso, ser licenciado en Derecho y Económicas, y haber ejercido de abogado en un despacho que llevaba asuntos internacionales, no es suficiente para presumir que el administrador podía conocer, en el año 2005, cuando firmó el primer swap, o después, cuando firmó los restantes cuatro swaps, cuáles eran los riesgos del producto que contrataba. Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que habla asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009»."

Cierto es que el valor del capital en yenes reflejado en el documento nº 4 SOLICITUD DE PRÉSTAMO EN DIVISAS CON GARANTÍA HIPOTECARIA, de 27 de febrero de 2008 se fijaba en 135.000 euros por su contravalor en 21.919.950 yenes, y que en la escritura

esta cifra de contravalor es de 21.398.769 yenes, así como que el Notario señala que se le ha exhibido la oferta vinculante del préstamo y comprueba que no existen discrepancias entre las condiciones financieras reseñadas en la misma y las establecidas en la presente escritura, pero solo podemos reiterar lo señalado en la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de fecha 28 de diciembre de 2017 al indicar: *""En la Sentencia de 15 de noviembre de 2017 el Tribunal Supremo señala que no puede estimarse cumplida la obligación de informar sobre las características y riesgos del préstamo multidivisa cuando el mismo es otorgado ante notario, pues tal fedatario público interviene al final de la contratación, limitándose a dar lectura de las cláusulas principales del contrato, pero sin dar explicación de las mismas, y además no es razonable que en dicho momento el prestatario opte por desistir del contrato preparado. También señala que no es posible considerar cumplida la obligación de información en el caso que el contrato contenga una cláusula de estilo en que se haga constar que el prestatario es conocedor de los riesgos que implica el contrato, pues aquí estamos ante una cláusula de estilo formalizada e insertada en el contrato de modo general, que no puede eximir al banco de la carga de probar que la información sobre los riesgos del producto se realizó debidamente en fase precontractual.""*

SEXTO.- También hemos de señalar que esa falta de información bien pudo determinar un error en el consentimiento.

Recordemos que la cláusula resulta per se abusiva, reiterando a estos efectos lo indicado por la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 26 de octubre de 2018: *"Lo que sí parece claro es que la cláusula multidivisa produce un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor, y ello por lo siguiente. Para que una cláusula multidivisa fuera equilibrada, y conforme con aquello que han previsto las partes en el momento de la contratación, sería necesario que a lo largo de la vida del préstamo la divisa mantuviera una cierta correspondencia con la moneda en la que el prestatario recibe sus ingresos, de forma que aunque la primera estuviera algunas veces por encima del valor de cotización que tenía en el momento de la contratación, oras veces estuviera por debajo, pues lo que resulta imposible es que ambas monedas estén siempre a la par. Esta es la previsión de las partes al contratar y lo que pueden esperar en una relación tan larga como es un préstamo hipotecario. Lo que no pueden esperar es que la relación entre ambas monedas se produzca siempre al alza de la divisa, y sin perspectivas de bajada o de apreciación del euro. Se produce un desequilibrio y además una ruptura del principio de la buena fe pues la opción de cambio de divisa establecida en el contrato se convierte en indeseable para el prestatario cuando le supone*

perder todo el dinero pagado desde el momento de la contratación del préstamo."

SÉPTIMO.- Recordemos que la caducidad alegada por el demandado se hace solo en relación a la acción de nulidad por vicio en el consentimiento. Hemos de analizar la alegación de caducidad realizada por la demandada, señalando que el artículo 1.301 del Código Civil establece que para en los casos de error, la acción para pedir la nulidad tendrá un plazo de cuatro años a contar desde que el actor pudo tener conocimiento de la existencia del error, situando este momento en el suscripción de la hipoteca, y en todo caso por la información que posteriormente le enviaba BANKINTER, S. A.

En este supuesto solo podemos reproducir por lo indicado por la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 5 de abril de 2016, que recoge un amplio resumen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de pronunciamientos de la propia Audiencia Provincial al señalar: *"La sentencia apelada, acertadamente, desestima la caducidad fundándose en la jurisprudencia mayoritaria, entre otra cita la STS Pleno de 12 de enero de 2015 (769/2014), se hace una interpretación del 1301 CC de acuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, en el siguiente sentido:*

« Al interpretar hoy el art. 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a "la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas", tal como establece el art. 3 CC.

»(...) En la fecha en que el art. 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

»En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

»Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, 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, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

Conforme a esta doctrina jurisprudencial que sigue esta misma Audiencia Provincial de Burgos (Sec. 2ª de 1.9.2014 y 3ª de 25.2.2015), el recurso debe ser desestimado.

El juez señala como dies a quo el año 2014 en el que los prestatarios descubren que se ha materializado un riesgo del cual no eran conscientes (las cuotas se habían incrementado de forma sustancial como consecuencia de la depreciación del euro respecto del franco suizo), de modo que las cuotas en euros superan los 1.700 € mensuales, frente a la cuota inicial de 1.632 €. En todo caso, según el detalle de lo pagado en cada mes (folio 356) pudiera situarse el incremento sustancial en el mes de junio de 2011, con lo que formulada la demanda en octubre de 2014 la acción tampoco habría caducado. Pero es que además realmente los prestatarios toman conciencia de los perjuicios reales que les genera el contrato en 2014 cuando pese al cumplimiento escrupuloso de sus obligaciones contractuales, la deuda con la prestamista (y pese a haber satisfecho 112.642 €) ha aumentado en 18.456 € respecto de la cantidad prestada inicialmente.”.

Ante la ausencia de mayor prueba, no podemos afirmar que sea otro que el indicado por el actor, el momento en el que ocurriera 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.

Además, como indica la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de fecha 22 de junio de 2018, en relación a la duplicidad de acciones ejercitada: “Por lo demás junto con la acción de anulación por error que vicia el consentimiento se ejercita la acción de nulidad de las cláusulas multidivisa por no superar las mismas el control de transparencia y ser por tanto abusivas, acción que se funda en los arts. 80 y 82 del Texto Refundido de la Ley de Consumo, siendo tal nulidad una nulidad de pleno derecho y por tanto no sujeta a plazo de caducidad o prescripción, y como luego veremos la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las hipotecas

multidivisa enfoca el tema de su nulidad parcial sobre la óptica de la falta de transparencia de las cláusulas multidivisa , lo que lleva a anularlas y tenerlas por puestas por ser abusivas, anulando parcialmente el contrato concertado en divisa extranjera y convirtiéndolo en un contrato en euros."

No olvidamos que la acción principal ejercitada resulta ser la de nulidad de condiciones generales de la contratación, recordando que la acción de nulidad en sí misma no tiene plazo de caducidad, y por otro lado, en cuanto a posibles vicios en el consentimiento, hemos de considerar la propia naturaleza del contrato que nos ocupa.

OCTAVO.- Respecto a la imposibilidad de declaración de nulidad parcial indicada por la demandada, reiteramos lo indicado por la sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos de 5 de abril de 2017: *"Imposibilidad de nulidad parcial del contrato al afectar a cláusulas esenciales del contrato y no caber la integración del contrato.*

A este respecto cabe señalar como hizo la AP. Burgos Sección 3 en S. de 5 abril de 2016:"la nulidad total del contrato que interesa el recurrente es contraria a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014) y a la protección de los consumidores, porque produciría un efecto más perjudicial para los actores que para la entidad bancaria demandada, en la medida a que se verían obligados a devolver de un sola vez la totalidad del préstamo, ...

En consecuencia, la nulidad del pacto de divisas, da lugar a que se deje sin efecto teniéndolo por no puesto, manteniéndose el resto del contrato de préstamo con su garantías, ..." .

En parecido sentido se han pronunciado, entre otras, la AP, Valladolid sección 1 en S. del 12 de enero de 2017 y AP Madrid Sección 11 en S. de 2-2-2017.

Recordamos a la parte actora que el Tribunal Supremo, ya en su sentencia de 9 de mayo de 2013, declara la nulidad de una cláusula del préstamo hipotecario, sin que por ello, suponga la declaración de nulidad de todo el préstamo en sí.

En este sentido recordamos lo indicado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de octubre de 2018: *".- Lo realizado en esta sentencia, como ya se hizo en la anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre , 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, requisito inherente a las obligaciones dinerarias.*

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

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

Así lo ha declarado el TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 76 a 85.)

En este aspecto solo podemos reiterar la tantas veces aludida sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos 5 de abril de 2016 al contemplar que "La apreciación de la nulidad total del contrato que interesa el recurrente es contraria a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014) y a la protección de los consumidores, porque produciría un efecto más perjudicial para los actores que para la entidad bancaria demandada, en la medida a que se verían obligados a devolver de un sola vez la totalidad del préstamo, cuya devolución estaba programada para 21-7-2032-.

En consecuencia, la nulidad del pacto de divisas, da lugar a que se deje sin efecto teniéndolo por no puesto, manteniéndose el resto del contrato de préstamo con su garantías, considerando el mismo como una operación en euros con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia Euribor más el diferencial de 0,60 €, con arreglo al cual se determinara el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas abonadas por los prestatarios."

Por todo ello debería realizarse un recalcu de las obligaciones existentes entre las partes, desde el inicio de la relación contractual, en base a las condiciones pactadas relativas a la conversión a euros, las únicas que por defecto podemos aplicar en este supuesto, ya que son las que perviven en el contrato, todo ello de conformidad al artículo 1.303 del Código Civil, y puesto que no se ha discutido las fijadas en el suplico de la demanda, al menos en una de las opciones planteadas por el mismo, se asume.

NOVENO.- En materia de costas, dada la estimación de la demanda, se imponen las mismas a la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

F A L L O

Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Ruiz de Landa en nombre y representación de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS, ASUFIN en nombre y representación de D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] frente a BANKINTER, S. A., representado por el Procurador SR. Ramos Polo, debo declarar y declaro la nulidad parcial del contrato de préstamo en divisa con garantía hipotecaria suscrito entre las partes con fecha 12 de marzo de 2008 en las cláusulas relativas a multividiva, asimismo debo declarar y declaro que el importe adeudado(saldo vivo) por el demandante por referencia al resultado de disminuir el capital prestado en euros (135.000 euros) a cantidad ya amortizada hasta la fecha (también euros) en concepto de principal e intereses, debiendo subsistir el contrato sus los contenidos declarados nulos utilizado como tipo de interés la misma referencia fija en la escritura para la divisa en euros (EURIBOR más 0,50 puntos), todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente Sentencia en forma legal a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme pudiendo interponer recurso de apelación en el término de veinte días días en este Juzgado para ante la Iltma. Audiencia Provincial de Burgos.

Adviértase a las partes que de conformidad con el art. 19 de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, de interponer recurso deberán constituir el deposito de 50 euros, debiéndose ingresar en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado abierta en Banesto con el n° 4673 0000 04 0338 18.

Así por ésta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.
E/.

PUBLICACIÓN.- Dada leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Sra. Juez que la suscribe estando celebrando audiencia publica en el día de la fecha, doy fe.