



Roj: **SJPII 7/2016 - ECLI:ES:JPII:2016:7**

Id Cendoj: **11027410032016100001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia e Instrucción**

Sede: **Puerto de Santa María (El)**

Sección: **3**

Fecha: **23/02/2016**

Nº de Recurso: **544/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **LORENZO ROSA LERIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NUM. TRES DE EL PUERTO DE SANTA MARÍA (CÁDIZ)

Parque Empresarial Las Salinas C/ Doctor Duarte de Acosta s/n

Tif. PENAL: 662978320 -662078307/CIVIL: 662.97.83.06. Fax:: 956203751

NIG: 1102742C20150002721

Procedimiento: Procedimiento Ordinaria 544/2015-. Negociado: MG

Sobre: CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACION

De: D/ÑA Demetrio y Laura .

Procurador/a Sr./a.: BLANCA BACHILLER BURGOS

Letrado/a Sr./a:

Contra D/ña: BANKINTER SA

Procurador/a Sr./a. RAFAEL MARIN BENITEZ

Letrado/a Sr/a:

SENTENCIA

En El Puerto de Santa María (Cádiz), a veintitrés de febrero de dos mil dieciséis.

Vistos por mí, D, Lorenzo Rosa Lería, Magistrado/Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 3 de El Puerto de Santa María, los. presentes autos de Juicio Ordinario sobre nulidad parcial de contrato de préstamo en divisa con garantía hipotecaria, seguidos ante este Juzgado bajo el numero 544 de 2.015 a instancias de la Procurador, Dª Blanca Bachiller Burgos,.en nombre y representación de D. Demetrio y Dª. Laura , asistidos del Letrado D. Miguel Pérez de Irigoyen, contra la entidad Bankinter, S.A,. representada por el Procurador, D. Rafael Marín Benítez, asistida del Letrado, D. Marcos de la Lastra Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Procurador, Dª Blanca Bachiller Burgos en nombré y representación de D. Demetrio y Dª Laura y mediante escrito presentado el día dieciséis de junio de dos mil quince, turnada a este Juzgado el día siguiente, presentó demanda sobre nulidad parcial de contrato de préstamo en divisa con garantía hipotecaria firmado el día veinte de agosto de dos mil ocho, en la que tras, alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideraba de aplicación se solicitó en el suplico que se declare la nulidad de las cláusulas del contrato referido a la "opción multdivisas" suscrito entre la demandada y los actores conservando el contrato en el resto de sus estipulaciones no referidas a divisas ni a tipo de interés LIBOR; se condene a la entidad demandada a estar y pagar por esta declaración; se condene a la demandada a determinar qué el capital adeudado en euro, será el resultante de minorar el capital concedido inicialmente en euros, 145.000 euros, en las amortizaciones de capital producidas hasta la fecha de la sentencia, referenciadas en euros, más costas.



Segundo. Mediante diligencia de ordenación de fecha diecinueve de junio de dos mil quince se requirió a la parte demandante para otorgamiento apud acta; que se hizo mediante el día uno de julio de dos mil quince.

Mediante decreto de fecha uno de julio de dos mil quince se admitió a trámite, la demanda y se dio traslado a la entidad demandada para que la contestara en un plazo de veinte días.

El Procurador, D. Rafael Marín Benítez presentó escrito de contestación el día dieciocho de septiembre de dos mil quince, en el que se opone a las pretensiones de la parte demandante.

Mediante decreto de fecha veintinueve de septiembre de dos mil quince se señaló la Audiencia Previa para el día dos de diciembre de dos mil quince.

Tercero. Se celebró la Audiencia Previa el día indicado con el resultado que consta en el sistema audiovisual de grabación y se admitió como prueba la documental aportada por la parte demandante y documental y testifical de la parte demandada.

Se señaló la vista del juicio para el día once de febrero de dos mil dieciséis.

El juicio se celebró el día indicado, se practicó la prueba admitida en la Audiencia Previa y la parte demandante y la entidad demandada formularon conclusiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La parte demandante, solicita la declaración de nulidad parcial del contrato de préstamo en divisa con garantía hipotecaria firmado por los actores y la parte demandada el día veinte de agosto de dos mil ocho que incumple la normativa específica financiera y bancaria sobre información a clientes, la legislación de condiciones generales de la contratación y la normativa relativa a la existencia y perfección de los contratos del ordenamiento civil. Se solicita la nulidad solo respecto a las cláusulas que hacen referencia a la divisa en la que queda formalizado el contrato prestado y la obligación de devolver, es decir a lo que afecta a divisas distintas al euros. La parte actora alega que este tipo de préstamo multivisa es un producto financiero de gran complejidad; que exige o requiere de una adecuada explicación de su funcionamiento cuando se tratan de clientes minoristas y en el que riesgo derivado de estar referenciado a un interés variable (LIBOR) frente a Euribor es mayor pues depende de las fluctuaciones de la divisa elegida que pudiera dar lugar a incrementos del capital prestado. A éste contrato es aplicable el artículo 3 del Real Decreto Ley 1/2007 por el que los demandante son consumidores, la Orden del. Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha cinco de mayo de 1.994 vigente en el momento de concederse el préstamo que exigía la entrega de un folleto informativo, una oferta vinculante sin que ello fuera cumplido por la parte demandada.

El contrato objeto del procedimiento, según la parte demandante, es un contrato de adhesión con condiciones generales de contratación, según el artículo 1 de la Ley 7/1.998 sobre Condiciones Generales de Contratación, pues tiene cláusulas incorporadas a un contrato, tiene cláusulas predispuestas, impuesta a una de las partes y no negociadas.

Los actores concertaron este tipo de préstamo pues fueron llamados por la entidad por ser clientes con una hipoteca distinta y se les dijo que eran préstamos hipotecarios con una escasa rentabilidad para el banco pues el tipo de interés era muy bajo. Se les dijo que al estar referenciadas al LIBOR y no al EURIBOR los niveles de cotización eran más bajos y podían utilizar la divisa más conveniente en cada momento. Se les dice que van a disponer de asesoramiento mensual para que conozcan las fluctuaciones de las divisas extranjeras y aconsejarles sobre el cambio de las divisas. Sin embargo, tal asesoramiento personal no existe y los cambios de divisas no son gratuitos. Los actores no conocían adecuadamente el funcionamiento de un préstamo multidivisa por lo que acudieron a asesorarse a una plataforma digital llamada "Hipoteca multidivisa".

El importe concertado en la escritura pública fue de 145.000 euros en 2.008 para el pago de su vivienda habitual y han amortizado en concepto de capital la cantidad de 66.350,28 euros por lo que quedaría por devolver de capital 78.649,632 euros. Sin embargo, en la actualidad, el capital pendiente de pago es de 215.863,72 euros, pese a abonarse todas las cuotas giradas por la entidad bancaria.

La parte demandante alega la aplicación de los artículos del Código Civil, 1,265 y 1266 sobre el vicio de error en el consentimiento y en lo relativo a lo referido a la opción multidivisas, conservándose en sus referencias en euros y tipo de interés variable referenciado al Euribor, entendiéndose que lo prestado fueron 145.000 euros y la posibilidad pactada de utilizar como tipo de interés el Euribor más 0,50. (opción B) de la cláusula Devengo y cálculo de intereses. Tipo de interés aplicable de la escritura (págs. 14 y 15).

La parte demandada se opuso a la estimación de la demanda por los siguientes motivos. El primero de ellos fue que el préstamo se concertó en yenes y no en euros pues el importe del préstamo era de 23.776,158 yenes,



las cuotas del préstamo se abonan en yenes, desde la formalización del préstamo hasta el día veintidós de octubre de dos mil doce, cuando se cambió la divisa euros hasta el día veintidós de abril de dos mil trece cuando se cambia a francos suizos.

La parte demandante solicita la nulidad parcial y no la total porque ello implicaría la devolución por el actor de la cantidad total, entregada en yenes descontando la que ha amortizado. La nulidad parcial no es posible pues impide la continuación del negocio jurídico con la supresión solicitada.

La parte demandada era plenamente consciente que la cuota hipotecaria no se abonaba en euros, sino en divisa extranjera, que el día 15/05/13 procedió a la apertura de una cuenta en francos suizos para tener saldo disponible en esa divisa y poder abonar las cuotas del préstamo, por lo que los actores son conscientes de las fluctuaciones de las divisas y han tenido pleno acceso a información a través de la web de la entidad demandada.

En cuanto a la contratación de producto se afirma que fue el demandante el que estuvo interesado en su contratación, es una persona cualificada, es licenciado en Matemáticas y profesor en un colegio, sito en Jerez de la Frontera. También, se afirma que no es cierto que se garantizara un asesoramiento mensual a los demandantes sino que en el momento de la contratación se les advierte de los riesgos de esta contratación y es el cliente el que debe decidir los cambios de divisas. Los actores eligieron, el yen como divisa en la primera disposición de fecha catorce de agosto de dos mil ocho en el que se realiza una simulación de una situación desfavorable del tipo de cambio. Este conocimiento se deduce de la propia escritura de préstamo hipotecario que señala "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..., incluida la posibilidad de que en contravalor en Euros pueda ser superior al límite pactado,....". En la escritura pública se indica que la oferta vinculante fue entregada a los vendedores.

Se niega que se esté a un producto financiero derivado, pues se está en un préstamo en yenes que se devuelve en yenes, sin que exista ningún instrumento de cobertura.

No es cierto que el capital pendiente de pago ascienda a 215.863,72 euros, sino que el importe a amortizar es de 215.863,72 francos suizos, pues es la divisa del préstamo.

Segundo. El objeto del procedimiento versa sobre la escritura pública de "préstamo en divisa con garantía hipotecaria" de fecha veinte de agosto de dos mil ocho realizada por los actores y por la entidad demandada. La autenticidad no fue impugnada por la parte demandada y los efectos probatorios de la misma son los previstos en el artículo 319 de la LEC. En la página cinco de la escritura se indica: "solicitan de forma solidaria, a Bankinter S.A. un préstamo de 145.000,00 euros, disponible por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España, y...", a continuación se indica en la página 6 los bienes inmuebles de los que son propietarios los prestatarios así como el valor de tasación de los bienes. En el expositivo tercero se indica que los prestatarios conocen y aceptan que la sustitución de la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. 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...". En las cláusulas financieras se señala en su primer apartado " Bankinter S.A. concede a la parte prestataria o el prestatario en concepto de préstamo multidivisa la cantidad de ciento cuarenta y cinco mil euros (145.000 euros), por su contravalor en las divisas convertibles en España. Dicho contravalor se calculará en base al cambio vendedor de el/la Euros que oferte Bankinter, en el momento en el que la parte prestataria ordena la primera disposición, en relación a la divisa elegida y en un plazo no superior al segundo, día hábil anterior a la fecha.. sin perjuicio que la parte prestataria pueda contratar un seguro de cambio con el Banco que fuera del plazo anteriormente citado. El préstamo inicialmente queda formalizado en 23.776.158,00 yen japonés, 145.000 euros, contravalor en divisas a efectos informativos, Bankinter entrega en este caso a la parte prestataria, que declara recibirlo en concepto de préstamo, la cantidad de 23.776.158,00 yen japonés, mediante ingreso efectuado por el Banco en día de hoy,...". La cláusula segunda relativa a la amortización establece (página 10) que el pago se efectuará a través de trescientas cuotas mensuales, de 95.170,00 yen japonés, que incluyen la parte destinada a la amortización del cañinta y la que se aplica al pago de intereses,... la parte prestataria comunicará a Bankinter con un mínimo de tres días hábiles de antelación al vencimiento de la amortización, mediante carta, telefax o telegrama, la moneda elegida según lo establecido en -la cláusula financiera tercera...". La tercera cláusula financiera regula el devengo y cálculo de intereses, tipo de interés aplicable y distingue si es en divisas (apartado A) y en Euros (apartado B). Para el primer supuesto, para el de divisas se indica que el cálculo del tipo de interés aplicable a este préstamo se determinará mediante la adición de dos sumandos; el tipo de referencia constituido por el LIBOR y el diferencial. El primero es el tipo de interés en el Mercado Intercambiario de Londres, LIBOR, publicado por la British Bankers Assoc., en su página de Reuters, LIBOR 01, las... y en el apartado B) se regula en Euros y el tipo de interés que se utiliza es el del



Euribor y diferencial. El apartado cuarto establece la opción cambio de moneda y comunicaciones (página 22 de la escritura y siguientes) o indica que al vencer cada periodo de amortización, la parte prestataria podrá sustituir una divisa por otra las cotizadas en España. El contravalor de la divisa saliente se calculará en base al cambio comprador del Euro aplicado por Bankinter en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efectivo el cambio de divisa y la divisa entrante se calculará en base al cambio vendedor del Euro publicado por Bankinter en el mismo plazo. Igualmente, podrá convertirse en Euros. La sustitución afectará al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar dispuesto, en una sola divisa. A estos efectos se harán los oportunos traspasos y Bankinter reflejará el préstamo en el tipo de cuenta, en divisas o euros, que haya determinado la parte prestataria, quedando los diferentes saldos amparados por la presente escritura y muy especialmente por los efectos señalados en la cláusula tercera de las de garantía real".

El documento nº.1 de los aportados en la contestación a la demanda, "consulta de plan de amortización e intereses", acredita que el día veintidós de octubre de dos mil doce se realizó la amortización de la última cuota en yenes y se convirtió o "pasó" a abonar la hipoteca a euros y de nuevo se cambia de divisa el día veintiuno de mayo de dos mil trece, cuota que fue abonada en francos suizos. El importe pendiente por abonar a fecha veinte de julio de dos mil quince es de 212.938,80 franco suizos que convertidos a euros son 194.049,00 euros aproximadamente, cuando el importe del préstamo era de 145.000,00 euros.

En cuanto a la caducidad de la acción de anulabilidad ejercida por la parte demandante y alegada por la parte demandada por el transcurso de cuatro años desde la firma de contrato debe indicarse que la demanda viene a sustentarse, esencialmente, en la concurrencia de error en el consentimiento, lo que comportaría la aplicación del plazo de ejercicio de cuatro años que, según expone la mercantil demandada, se habría cumplido al tiempo de interponerse la demanda, pues la acción de nulidad ejercitada en ésta litis no viene realmente fundada en la inexistencia de consentimiento a plazo alguno para su ejercicio, sino en la concurrencia de error en el consentimiento prestado con el argumento de que la actora no tuvo cabal conocimiento del contenido de los contratos suscritos -supuesto más propio de anulabilidad del artículo 1.265 del Código Civil -, respecto del que el artículo 1.301 del Código Civil establece el plazo de cuatro años para el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad, plazo que ha de computarse, como el mismo precepto establece, desde la consumación del contrato. Pues bien, a propósito de dicha cuestión la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencia de 6 de septiembre de 2006, entre otras), ha señalado que la ambigüedad terminológica del artículo 1.301 Código Civil al referirse a la "acción de nulidad" ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resultando asimismo de la expresada sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los viejos que los invalidan con arreglo a la Ley", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1.300 Código Civil, al cual se remite implícitamente el artículo 1.301 Código Civil, "concurran los requisitos que expresan el artículo 1.261", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales "no hay contrato". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1.261 Código Civil se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el adecuado ejercicio de la acción correspondiente.

En todo caso, y aún para el caso de entender, como parece, que estuviéramos ante un supuesto propiamente de anulabilidad y no de nulidad radical del contrato, el plazo de cuatro años empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el artículo 1.969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato, con más precisión por causa de anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error, se produce a partir de la consumación del mismo, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones derivadas del contrato. Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que solo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes.

Tal doctrina ha de entenderse en el sentido, no que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el artículo 1.301 del Código Civil.

Claramente los contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados despliegan sus efectos hasta el futuro y los siguen desplegando al presentarse la demanda.



En definitiva, en modo alguno los efectos de la contratación concluyen con la firma de las escrituras de constitución de las hipotecas, y, además, los productos contratados despliegan sus efectos en el tiempo, por lo que, evidentemente, la acción aun cuando se ciñese a la posible anulabilidad por error en el consentimiento, no puede estar caducada. El motivo debe ser rechazado.

Para determinar si ha existido error en el consentimiento prestado por los demandantes para contratar el préstamo en divisa con garantía hipotecaria procede determinar y concretar la naturaleza jurídica de este tipo de contrato y la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha veintinueve de octubre de dos mil quince, Sección 17^a, recoge la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha treinta de junio de dos mil quince y señala que "La naturaleza jurídica y la normativa aplicable a los préstamos hipotecarios en divisa ha sido resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo Pleno, de fecha 30 de junio de 2015 (STS 3002/2015) al decir que "deben realizarse unas consideraciones previas sobre la naturaleza y características del negocio jurídico cuya anulación se pretende, así como sobre la normativa que regula la información que las entidades que lo ofertan deben facilitar a sus potenciales clientes.

3.- 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 del Londres).

En 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 bajas 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 prevía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, en 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 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 periódico, 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 ser recálculo consiante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensiva 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 lo 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 esta "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."

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

La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en



este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisa, está incluido en el ámbito de la Ley de 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 de Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley."

Dicha Sentencia del Tribunal Supremo da, prácticamente, respuesta a todas las cuestiones prejudiciales que pretenden los apelantes que se planteen.

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

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

El objeto de resolución de la Sentencia dicha del Tribunal Supremo es las "escrituras de préstamo "multidivisa" con hipoteca, otorgada el 29 de febrero de 2008, y de novación modificativa del préstamo hipotecario otorgada el 27 de noviembre de 2009.", posteriores a los que son objeto del presente procedimiento.

Atendido el contenido de la referenciada Sentencia del Tribunal Supremo en cuanto a lo inclusión de dicho tipo de contratos en el ámbito de la Ley de Mercado de Valores, aún ser posterior la misma a la sentencia recurrida con lo que no pudo tenerla en cuenta, procede, sin necesidad de mayor razonamiento, la estimación del recurso de apelación en cuanto a la segunda alegación sobre error en cuanto a la normativa aplicable ya que en la misma se dice que es de aplicación "la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en la que no existe un precepto similar al art. 60 sobre información precontractual", no obstante lo cual, también dice que "el que no sea de aplicación la legislación referida a los Mercados de Valores no puede implicar que la entidad demandada no tuviera el deber de informar sobre las características del contrato y los riesgos del mismo para los prestatarios", sobre lo que resuelve en el Fundamento de Derecho Tercero."

Respecto a la información facilitada a la parte demandante que el contrató el préstamo en divisa, de la prueba practicada en el acto de la vista, no consta que se informara en modo alguno a la codemandada, D^a. Laura pues ella no firmó el documento consistente en solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria (documento nº 9 de la demanda). La parte demandada no solicitó como prueba el interrogatorio de los demandantes, por lo que se desconoce qué información recibieron de modo directo los demandantes. La testigo propuesta por la parte demandante, que fuera empleada de la sucursal de la entidad bancaria que trató con los demandantes la concertación del préstamo en divisa con garantía hipotecaria no acreditó que informara a la Sra. Laura pues en su declaración no mencionó que hablara con ella. Por tanto, no existió información de ningún tipo a la Sra. Laura, sino solo al demandante, Sr. Demetrio. En cuanto al Sr. Demetrio, la parte demandada afirma que es licenciado en Matemáticas, hecho que es reconocido por la actora y que es profesor en un colegio llamado "El Cucú", sito en Jerez de la Frontera, no determina en modo alguno que sea un persona con conocimientos en productos financieros bancarios. No consta que el demandante tenga otros productos bancarios, de cualquier tipo. El contrato que es objeto del procedimiento se hizo para abonar la vivienda familiar, no era para realizar ningún tipo de operación comercial, empresarial o de explotación económica, no estaba destinada a obtener un rendimiento económico al margen de su actividad profesional como profesor de un colegio. Al omitirse el interrogatorio de la parte demandante se desconoce si tiene conocimientos y formación sobre el tipo de contrato que realizaba. Es cierto que se conoció a internet para realizar un seguimiento de la evolución de la hipoteca pero es algo lógico y normal cuando la cuota de amortización y el capital pendiente depende de la evolución de una divisa extranjera como el yen y luego posteriormente el franco suizo, más aún cuando el demandante no es un experto en el "mundo financiero". Se considera que ser licenciado en Matemáticas no acredita que se tenga un perfil de personas habituada a la



contratación de este tipo de productos. Al no solicitarse por la parte demandante el interrogatorio del actor no se conoce realmente los motivos por los cuales el demandante abrió una cuenta corriente para adquirir francos suizos pues si se hizo lo habitual es para que ello le suponga un menor coste en el abono de la hipoteca.

También debe destacarse que el documento de solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria tiene fecha catorce de agosto de dos mil ocho y la escritura se concierta el día veinte de agosto de dos mil ocho, es decir, que transcurren seis días entre la forma del documento y la escritura pública. El documento nº. 9 sólo está firmado en la primera hoja y no en el resto de las mismas. En cuanto a la información facilitada por la empleada de la entidad bancaria, la Sra. María, manifestó que le explicó de forma correcta, pormenorizada y adecuada el préstamo en divisa al demandante, sin embargo, no explicó en la vista la testigo que era el LIBOR ni tampoco explicó correctamente el Euríbor, por lo que se duda que la información dada a la parte demandante fuera suficiente y completa para conocer el alcance pleno de los efectos de concertar un préstamo en divisa. La testigo manifestó que no se entregaba folleto informativo y que las reuniones que tuvo con el demandante fueron dos y no consta la existencia de oferta vinculante. La testigo mencionó a un comercial llamado "Ángel" que no fue aportado para declarar por la parte demandante que al parecer asistió a la firma de la escritura, por lo que se desconoce si la Sra. Laura fue informada en el momento de la firma de la escritura. De la declaración de la testigo no se dedujo o se llegó al convencimiento que explicara al cliente que se produjeran los efectos que existen en la actualidad para el cliente por la elevación del importe del capital de la hipoteca. En el ejemplo facilitado en el documento consistente en "solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria" se aprecia que en el peor supuesto el incremento del capital pendiente puede ascender al importe que queda por amortizar tras siete años de abono de las cuotas del préstamo. Por otro lado, el demandante pese a disponer de información en la web de la entidad demandada a la que accedió, también acudió a informarse a plataforma digital como "Hipoteca multidivisa" y a través de correos electrónicos aportados se informa sobre el funcionamiento de la hipoteca, documentación que fue impugnada por la parte actora, pero que no preguntó al demandante sobre el motivo de acudir a dicha plataforma pues no solicitó su interrogatorio. Además, la fecha del cambio de divisa a euros se produce con posterioridad a esas consultas realizadas en agosto de dos mil doce, pues se hizo el cambio en el mes de noviembre de dos mil doce y luego se hizo de nuevo un cambio a francos suizos, quizás motivado por la información facilitada en esos correos de agosto de dos mil doce en los que se indicaba que era conveniente tener aperturas cuentas en yenes y en francos suizos para hacer los cambios cuando fuera más beneficios. Es significativo que transcurrieran cuatro años sin que se efectuara ningún cambio de divisa.

De la prueba practicada se estima que no se informó de ningún modo a la codemandante, Sra. Laura y que la información dada al Sr. Demetrio no fue suficientemente completa, precisa y en la que se advirtiera adecuadamente a un cliente minorista que no consta que tuviera ningún otro tipo de producto financiero de todos los efectos que tenía la realización de este tipo de contrato. De la propia documentación aportada por la parte demandante, nos consta que la Sra. Laura tenga ingresos económicos o sea una persona con un importe patrimonio que le permitía realizar inversiones y el Sr. Demetrio tiene unos ingresos mensuales como maestro, según la documentación aportada por la parte demandada de unos mil seiscientos euros mensuales.

Como señala la S.A.P de la Audiencia Provincial de Barcelona, indicada anteriormente: "En este caso, se debería haber explicado a clientes con claridad los verdaderos riesgos del producto:

a) En primer lugar el riesgo de tipo de cambio que conlleva un seguimiento por parte del cliente de la evolución del tipo de cambio entre la moneda natural y la del préstamo, y oscilación entre las monedas, lo que provoque que constantemente el montante, en moneda natural a devolver, sea diferente (de ahí que pueda darse la situación que pasados unos años ya desde el inicio del primer periodo de liquidación, el importe de devolver sea muy superior al inicial), estas son desconocidas totalmente para el cliente ya que su negocio habitual (mantenimiento de aeronaves) nada tiene que ver con el conocimiento del Mercado de Divisas y estrategias a la hora de actuar.

b) El segundo riesgo viene determinado por el tipo de interés ya que si el capital pendiente de amortizar está en una de las divisas alternativas al euros, el préstamo se referencia al libor para el periodo en cuestión, publicada para cada divisa. Si bien en un principio una de las motivaciones más usuales por las que se puede ofrecer al cliente contratar este producto suele ser el diferencial positivo entre el tipo de interés de la divisa nativa (sic) respecto de la divisa de financiación, puede suceder que este diferencial desaparezca rápidamente y no obtengamos ningún beneficio por este lado teniendo no obstante un coste del tipo de cambio....

No consta ni en la escritura, ni en la testifical de la comercial, una explicación tan clara sobre las consecuencias del contrato".

Se estima que en el caso de autos no se dio por la parte demandada la suficiente información a la parte demandante.



Tercero.- La siguiente cuestión que debe plantearse es que información debería haber facilitado la entidad bancaria. La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito en su artículo 48.2 establece las obligaciones básicas de las entidades de crédito para la protección de los legítimos intereses de su clientela, que se traducen en:

- a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios (...). La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos. (...)
- d) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones (...)
- h) Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que esos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información precontractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.

La Orden de 5 de mayo de 1994, vigente a la fecha de la escritura, que tenía por finalidad primordial, según su exposición de motivos, garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos y pretende asimismo facilitar la prestatario, la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. Desde 2007 la Orden resultado de aplicación, por mandado de la Ley 26/1988, a todos los préstamos hipotecarios que recaigan sobre viviendas aunque su cuantía sea superior a los 150.253,03.- euros fijados en su artículo primero, y supone para las entidades de crédito dos obligaciones básicas:

- a). La entrega del folleto informativo, regulada en el artículo 3: 1. Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma.
- b). La entrega de la oferta vinculante, regulada en el artículo 5: "1. Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo. La oferta se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ver firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. 2. En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación a que se refiere el núm. 2 del art. 7, en el despacho del Notario autorizante.

Las normas específicas sobre préstamos en divisas de la citada Orden son las siguientes:

- a). El artículo 7.3.6 señala que en cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá 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.
- b). En el Anexo II, al regular la cláusula de amortización, se establece que dicha cláusula especificará, si se tratara de préstamos en divisas, las reglas a seguir para la determinación del valor en pesetas de cada cuota. En el mismo sentido, en la cláusula sobre intereses ordinarios se especificarán las reglas aplicables para el cálculo de pesetas del importe de los intereses. En la cláusula sobre comisiones, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

3.- La Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, cuyo artículo 19 regula, como antes lo había hecho el RDL 2/2003, los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, en los siguientes términos: 1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores



hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrán la modificación del contrato de préstamo hipotecario original. 2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito.

4.- La Ley del Mercado de Valores fue modificada por la Ley 47/2007, para incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La introducción de la distinción entre clientes profesionales y minoristas ha servido para extremar las obligaciones de información en las operaciones realizadas con éstos últimos, en los términos regulados en el artículo 79 bis, que regula exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los clientes potenciales. Son deberes básicos de la entidad bancaria los de diligencia y transparencia -artículo 79 LMV- y específicos los métodos para cumplir con la obligación de información -artículo 79 bis LMV-, que se traducen en un conjunto de derechos exigibles por el cliente y en particular los siguientes, según la sistematización contenida en la SAP de Alicante, Sección 8, de 19 de septiembre de 2013 :

1º.- En la obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios.

2º.- En la obligación de mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

3º.- En la obligación de prestar información que deberá ser imparcial, clara y no engañosa.

4º.- En la obligación de asegurarse en todo momento de que dispone de toda la información necesaria sobre sus clientes.

5º.- En la obligación de prestar a los clientes información adecuada sobre (...) los instrumentos financieros y... sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que, se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.

Como indica la STS de 20 de enero de 2014 , los deberes de información regulados en el artículo 79 bis, no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3).

Con posterioridad a la reforma de la LMV, el ya mencionado Real Decreto 217/2.008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión ha reforzado los mismos principios inspiradores de la citada reforma. El artículo 60 regula las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa, exigiendo, en primer lugar, que la información sea exacta y no destaque los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible. En segundo lugar, que sea suficiente y se presente de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios. En tercer lugar, que no oculte, encubra o minimice ningún aspecto, declaración o advertencia importantes. Su artículo 64, al regular la información sobre los instrumentos financieros, insiste en incluir en la información que debe facilitarse los riesgos conexos al instrumento financiero de que se trate y especifica que la entidad financiera debe "proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional". Y aclara que esta descripción debe "incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas."

En su apartado 2, concreta que "en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumentos financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.



- b) La volatilidad del precio del ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.
- c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.
- d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo e instrumentos".

El artículo 79 bis 6 establece que cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de canteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencias del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Esta información es la base del test de idoneidad regulado en el artículo 72 del RD 217/2008 . A través del test de idoneidad se valoran tres bloques esenciales: conocimientos y experiencia de cliente, situación financiera y objetivos de inversión. Siguiendo la información pública de la CNMV (www.cnmv.es <<http://www.cnmv.es>>), por fijar una referencia homogénea a la que tiene acceso tanto las entidades bancarias como los clientes, se estima que para valorar el primer bloque, con el que se trata de determinar si el cliente puede comprender el producto y los riesgos que conlleva, la entidad financiera debe obtener información sobre los siguientes extremos: (i) Los tipos de servicios, operaciones e instrumentos financieros con que esta familiarizado (ii) La naturaleza, volumen y frecuencia de las operaciones sobre instrumentos financieros y el período durante el cual se ha llevado a cabo . (iii) El nivel de formación y su profesión Sobre su situación financiera (segundo bloque), que debo permitir, entre otras cosas, conocer las necesidades de liquidez o la tolerancia al riesgo, la entidad debe indagar (i) El nivel y la fuente de ingresos periódicos (ii) Sus activos -liquidos, inmuebles e inversiones- (iii) Los compromisos financieros periódicos. Y por último, para saber cuáles son sus objetivos de inversión, la entidad debe recabar información sobre (i) el horizonte temporal deseado la inversión (ii) las finalidades de inversión (iii) y el perfil de riesgo, fijando la pérdida máxima que el cliente estaría dispuesto a asumir. Y, en todo caso, si la entidad no obtiene esta información, debe abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente.

El artículo 79 bis 7 de la LMV establece, por lo demás, la obligación de realizar la evaluación de la conveniencia, esto es, de solicitar al cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada. El objeto del análisis de conveniencia es que la entidad obtenga los datos necesarios para valorar si, en su opinión, el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y el riesgo del servicio o producto ofrecido, advirtiéndole en aquellos casos en que juzgue que el producto no es adecuado. Los factores a analizar en el ámbito de la conveniencia, según el artículo 74 del ya citado Real Decreto 217/2008 , son: (i) su experiencia inversora, es decir, la naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado; (ii) el nivel de estudios, la profesión actual o anteriores que resulten relevantes, es decir, su nivel general de formación y experiencia profesional; (iii) su nivel general de conocimientos financieros o, lo que es lo mismo, los tipos de instrumentos financieros con los que esté familiarizado.

El TS considera (STS de 20 de enero de 2014) que las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente para precisar que tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de convivencia o de idoneidad. El test de conveniencia debe realizarse cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada.

Debe citarse, además, el artículo 70 quáter de la LMV, que establece que las empresas que presten servicios de inversión deberán organizarse y adoptar medidas para detectar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o su grupo, o entre los diferentes intereses de dos o más de sus clientes, frente a cada uno de los cuales la empresa mantenga obligaciones. Igualmente, deberán aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de interés que sea eficaz y apropiada a su organización, destinada a impedir que los conflictos de interés perjudiquen los intereses de sus clientes.

- b) La información exigible desde la perspectiva de la normativa de protección de consumidores y usuarios.



El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, ese también de aplicación a este supuesto, ya que la parte demandante es persona física que ha actuado en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. El artículo 60, sobre la información previa al contrato, establece que "antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

Su artículo 80 establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, ésta deberán cumplir los siguientes requisitos:

A) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. B) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. 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.

Tienen la consideración de cláusulas abusivas las definidas en el artículo 82 y, en todo caso, las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinante la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulte desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o contravenga las reglas sobre competencia y derecho aplicable. También tiene la consideración de cláusulas abusivas (artículo 89), las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

Debe citarse, en este punto, la STJUE dictada el 30 de abril de 2014 en el asunto C-26/13, a la que se ya se ha hecho referencia en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia, que contiene los siguientes pronunciamientos de interés sobre esta cuestión:

I.- El artículo 4.2 de la Directiva, que no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, debe ser objeto en toda la Unión europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la norma de que se trate (apartados 37 y 38).

II.- El artículo 4.2 de la Directiva establece una excepción del mecanismo de control de fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece, por lo que debe ser objeto de interpretación estricta (apartado 42), sobre los criterios facilitados por el TJUE (apartados 46-50) en sus pronunciamientos sobre el objeto principal del contrato:

a). Deben ser cláusulas contractuales que describan prestaciones esenciales por contraposición a las cláusulas de carácter accesorio.

b). El hecho de que una cláusula haya sido negociado por las partes en ejercicio de su autonomía contractual y en el contexto de las condiciones del mercado no implica necesariamente que esa cláusula forme parte del objeto principal del contrato, porque las cláusulas negociadas individualmente no entran por principio en el ámbito de aplicación de esa Directiva. Por tanto, no se puede plantear la cuestión de su posible exclusión del ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2.

III.- Desde la perspectiva de las cláusulas relacionadas con la adecuación entre precio y retribución, por una parte y los servicios o bienes que hayan por proporcionarse como contrapartida, por otra, el alcance de esa categoría es reducido: al estar limitada la exclusión de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, no cabe aplicarla cuando se impugna la asimetría entre la cotización de venta de la divisa extranjera, que ha de utilizarse para el cálculo de las cuotas de devolución en virtud de esa cláusula, y la cotización de compra de esa divisa, que se ha de utilizar para el cálculo del importe del préstamo entregado, en virtud de otras cláusulas del contrato de préstamo. Como el prestamista realmente no realiza ningún de servicio de cambio por el cálculo de las cuotas en divisas, no hay contrapartida a la "retribución" esto es, al sobrecoste asumido por el consumidor.

Como se indicó anteriormente, no consta que hubiera oferta vinculante, folleto informativo, test de conveniencia, indignación por parte de la entidad demandada de la formación, capacidad y conocimiento del demandante del producto financiero, más allá de requerir la aportación de nóminas de su actividad como profesor, que es imprescindible para la concesión de un préstamo hipotecario y de la indicación que es



licenciado en Matemáticas. Como se indico anteriormente la solicitud de préstamo en divisa con garantía hipotecaria se hizo seis días antes de la escritura, sin eliminar días festivos. No se acredita que la entidad bancaria analizara y contraerá el perfil de los contratantes, pues la Sra. Laura no consta indagación alguna y el demandante solo la indicada. La información que consta en el documento nº. 9 de la contestación a la demanda no es fácilmente comprensible para una persona que no tenga experiencia y/o conocimientos en el ámbito financiero y el ejemplo que consta en el cuadro de dicho documento no refleja la realidad material, es decir, la situación en la que se encuentran los demandantes.

Cuarto.- Esta ausencia de información adecuada para el tipo de contrato que se realizó acreditada la existencia del error del consentimiento prestado por los demandantes y del dolo omisivo de la entidad bancaria en los contenidos relacionado con la multdivisas. Por todo ello, como la prestación del consentimiento en supuestos como el que nos ocupa sólo puede considerarse libre y voluntariamente efectuada tras haber cumplido la entidad bancaria sus obligaciones de información, debe concluirse que nos hallamos ante un supuesto de nulidad por vicio en el consentimiento de la parte demandante y dolo omisivo de la entidad bancaria demandada, porque el consentimiento formalmente prestado quedó invalidado por error tan relevante y excluyente, en los términos que describe el art. 1266 CC , que lo convirtieron en inoperante. Desde luego, ese error no pudo ser salvado por la formación personal ni por la experiencia financiera de los demandantes, completamente insuficiente para entender la naturaleza y funcionamiento de hipoteca multdivisa, ni los riesgos asociados. El error es excusable precisamente porque está causado por la conducta omisiva de la entidad bancaria y tiene la entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de la parte demandante, porque recae sobre un elemento esencial de las obligaciones económicas y jurídicas asumidas, no le es imputable y no pudo ser salvado por una diligencia media atendida todas las circunstancias expuestas.

Resulta de aplicación, en este punto, la doctrina expuesta en la STS de 20 de enero de 2014 sobre la omisión de los test regulados en la LMV, sobre la que el TS considera que, si bien no impide que en algún caso el cliente goce del conocimiento necesario y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por si la existencia del error vicio, pero si permite presumirlo, presunción que en este caso se convierte en prueba por el efecto de los restantes medios probatorios y del conjunto de los hechos acreditados.

La hipotecamultidivisa, como producto de elevado riesgo, era un producto inadecuado al perfil de los demandantes no es porque el devenir posterior de los hechos haya desembocado en la pérdida patrimonial que actualmente sufren. La reflexión debe ser otras no era inadecuado porque haya salido mal. Es inadecuado porque ante perfiles conservadores la entidad bancaria no debe aconsejar ni comercializar inversiones de riesgo por beneficiosas que parezcan en el momento de su contratación. Como indica la STS de 17 de abril de 2013 , como un perfil conservador no es compatible con inversiones de riesgo, la pérdida o depreciación de la inversión por circunstancias no conocidas a la fecha en que se realizó no puede ser calificada como caso fortuito del artículo 1105 del CC si la entidad bancaria hace correr al patrimonio del cliente un riesgo que éste no deseaba. Si las normas expuestas le obligaban a respetar ese perfil conservador y, por tanto, a no invertir su patrimonio en productos de riesgo, no puede luego oponer la materialización de un riesgo que nunca debió existir.

Sobre las consecuencias que debe tener la nulidad apreciada, su efecto no puede volcarse sobre la totalidad del contrato, pues la apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE y al fin de protección de los consumidores. La STJUE de 14 de junio de 2012, entre otras muchas, ha declarado que la Directiva 93/13 /CEE "se opone al artículo 83 (en la redacción vigente a la fecha de la demanda que dio lugar a este procedimiento) que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Ello pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por ello hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor".

Resulta de aplicación la doctrina expuesta por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la nulidad parcial de los contratos. Después de recordar que a diferencia de otros, como el italiano y el portugués que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido), se indica en el apartado 265



que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del favor negotio en tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, poder el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio RC 911/2006 ; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007 , 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009 ; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009).

A continuación, la sentencia analiza el principio "utile per inutile" en condiciones generales (Cuya legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir) para explicar en el apartado 268 en aplicación en contratos con consumidores; La LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "[s]erán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia" y que en el artículo 6.1 dispone que " [l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Finalmente, razona en el apartado 274 que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" del contrato y que el tratamiento dado a las cláusulas suelo es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa", para concluir que la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia.

La inaplicación de los contenidos multidivisa es perfectamente posible en la práctica, porque el contrato permite entender que el préstamo lo fue de 145.000.- euros y las partes pactaron como una de las posibilidades de ejecución del contrato que las amortizaciones pudieran realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura.

La solución de la nulidad total del contrato es contraria a la finalidad de protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13 CEE y el TRLGDCU, ya que produciría un efecto mucho más perjudicial para los demandantes-consumidores que para la entidad bancaria demandada-profesional, al verse obligados a devolver es una sola vez la totalidad de un préstamo cuya devolución estaba programada en trescientos meses contados a partir de la fecha de la escritura, es decir, el día veinte de agosto de dos mil treinta y tres.

El TJUE indica que el artículo 6.1 de la Directiva impide al juez nacional que constata la nulidad de una cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, lo que se justifica; (i) por el interés público que se anuda a la protección de los consumidores; (ii) por la obligación de los listados miembros de prever medios, adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas; y (iii) porque si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas se pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 , pues esa facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen (...los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés, de dichos profesionales.- Apartado 79).

Por ello, se estima la demanda y las peticiones formuladas en el suplico de la demanda que son los siguientes: La declaración de la nulidad de las cláusulas del contrato referido a. la "opción multidivisas" conservando el contrato en el resto de sus .estipulaciones no referidas a divisas ni a tipo de interés LIBOR; se condene a la entidad demandada a estar y-pasar por esta declaración; se condene a la demandada a determinar que el capital adeudado en euros, será el resultante de minorar el capital concedido inicialmente en euros, 145.000 euros, en las amortizaciones de capital producidas hasta la fecha de la sentencia, referenciadas en euros.

Quinto. Al estimarse la demanda conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se imponen las costas del presente procedimiento a la parte demandada.



Sexto.- Contra la presente resolución se podrá interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días de la notificación de la presente para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz, conforme al artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los artículos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimar la demanda interpuesta por la Procurador, D^a Blanca Bachiller Burgos,, en nombre y representación de D. Demetrio y D^a. Laura , asistidos del Letrado, D. Miguel Perez de Yrigoyen, contra la entidad Bankinter S.A, representada por el Procurador, D. Rafael Marín Benítez, asistida del Letrado, D. Marcos de la Lastra Gómez y se declara la nulidad de las cláusulas del contrato de "préstamo en divisa con garantía hipotecaria" de fecha veinte de agosto de dos mil ocho referidas a la "opción mult divisas" conservando el contrato en el resto de sus estipulaciones no referidas a divisas ni a tipo de interés LIBOR; se condena a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y se condena a la demandada a determinar que el capital adeudado en euros, será el resultante de minorar el capital concedido inicialmente en euros, 145.000 euros, en las amortizaciones de capital producidas hasta la fecha de la sentencia, referidas en euros.

Se imponen las costas a la parte demandada pues se estima la demanda.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe, recurso de apelación, que deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los veinte días siguientes al en que se notifique esta resolución para la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz.

Llévese el original al libro de sentencias.

Dedúzcase testimonio de esta resolución para incorporarlo a las actuaciones,

Así lo acuerdo, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. MAGISTRADO-JUEZ que la dictó, estando el mismo celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la Secretario Judicial doy fé, en EL PUERTO DE SANTA MARÍA, a veintitrés de febrero de dos mil dieciséis,

"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)".