

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 05 DE MÓSTOLES

C/ San Antonio 9-11 , Planta Baja - 28931

Tfno: 916647228,916647230

Fax: 916185803

42020310

NIG: 28.092.00.2-2017/0003803

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 404/2017

Materia: Otros asuntos de parte general

NEGOCIADO CR

Demandante: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. JACOBO GARCIA GARCIA

Demandado: BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA Nº 178/2018

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. BEATRIZ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ

Lugar: Móstoles

Fecha: veinticinco de septiembre de dos mil dieciocho

Vistos por mí, D^a. BEATRIZ MARTINEZ RODRIGUEZ, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº5 de Móstoles, los autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado bajo el número 404 del año 2017, a instancia de D. [REDACTED], representados por el Procurador Sr. García y asistidos por el Letrado Sr. Gutiérrez, contra BANKINTER S.A, representado por el Procurador Sr. Sampere y asistido por el Letrado Sr. Rodríguez, cuyos autos versan sobre acción de nulidad contractual, y atendiendo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Procurador Sr. García, en nombre y representación de los demandantes, con fecha 5 de abril de 2017, se presentó demanda de juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra BANKINTER S.A, en ejercicio de acción de nulidad por no superar las cláusulas controvertidas el doble control de transparencia, solicitando que se dictara sentencia por la que: 1) Se declare la nulidad por abusividad de las estipulaciones siguientes objeto del presente procedimiento del préstamo con garantía hipotecaria de fecha 5 de julio de 2007; manteniéndose la vigencia del resto del contrato, tras la pertinente integración del resto del clausulado. Subsidiariamente, para el caso de que se estime que el contrato no puede subsistir sin la opción multivisa, la nulidad total del contrato, condenando a la entidad demandada a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en euros con un tipo de interés equivalente al Euribor más 0,75 puntos: estipulaciones primera y tercera, cláusulas financieras primera, segunda, tercera A) C.1) D), séptima G) H); 2) Fijar la deuda en euros, referenciando el contrato al Euribor, conforme a los cálculos aportados por la actora, desde el inicio del contrato, por lo que pedimos declarar



que los actores han abonado 165.277,54 € a fecha enero de 2015, para pago y amortización de principal e intereses, lo que implica que el capital principal pendiente e intereses de amortización a fecha enero de 2015, ascendía a 253.836,19 € y que han abonado la cantidad de 44.862,77 € más los 14.529,39 de intereses legales de forma indebida; 3) Se condene a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que se han cobrado en exceso por la aplicación de las estipulaciones denunciadas de su contrato de préstamo hipotecario, cuyo cálculo conforme a la cláusula cuya vigencia se prenda mantener, se realizaría aplicando al capital principal del préstamo desde el inicio del contrato, el índice EURIBOR interbancario mensual más 0,49 % y que asciende a la cantidad de 44.862,77 € más los 14.529,39 euros de intereses legales, más los judiciales y moratorios que correspondan y que se devenguen hasta el momento de ejecución de sentencia. Además una vez declarado que el saldo vivo o capital pendiente de la hipoteca a fecha enero de 2015 es de 253.836,19 € se procedan a recalcular las cuotas abonadas por los demandantes desde esa fecha y hasta la ejecución de sentencia, devolviendo al actor las cuantías que correspondan de cada cuota por haber sido calculas respecto de un principal mayor que el que correspondía; 4) Acordar que la restitución pedida en los ordinales anteriores es debida por los razonamientos expuestos en la demanda y conllevan la anulación de las cláusulas abusivas y sus efectos; todo ello con imposición de las costas y gastos generados en la demanda e intereses moratorios del artículo 576 LEC que se devenguen hasta la ejecución de sentencia.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda por decreto de fecha 26 de abril de 2017, se dio traslado de la misma a la demandada, emplazándole a fin de que contestara a la demanda en el plazo de 20 días, lo que hizo mediante escrito de 23 de junio de 2017.

TERCERO: Mediante diligencia de ordenación de 1 de septiembre de 2017, se convocó a las partes a la celebración de la correspondiente Audiencia Previa que tuvo lugar el día 15 de enero de 2018, con asistencia de todas las partes debidamente representadas y asistidas.

En dicho acto las partes manifestaron no haber llegado a un acuerdo, continuándose la audiencia con la proposición de prueba.

En el mismo día se señaló fecha para la celebración del juicio que tuvo lugar el día 16 de mayo de 2018, con el resultado que obra en autos y, tras lo cual, quedaron los autos en la mesa de S.S^a para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se ejercita en la demanda por la representación procesal de la parte actora acción de declaración de nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 5 de julio de 2007 por no superar las cláusulas controvertidas el doble control de transparencia y, subsidiariamente, si se considera que el contrato no puede subsistir sin la cláusula declarada nula, se declare la nulidad total del mismo.

Se fundamenta la acción de nulidad que se ejercita con carácter principal en la abusividad y falta de transparencia de las cláusulas, de conformidad con los argumentos que

se exponen en el escrito de demanda.

La entidad demandada se opone a la demanda argumentando en primer lugar que no queda clara la acción que se ejercita y que, en todo caso, la acción de nulidad parcial basada en vicios del consentimiento estaría caducada.

Asimismo en el escrito de contestación a la demanda se argumenta que no estamos ante cláusulas abusivas y que se supera el control de transparencia, en los términos que constan de forma detallada en el escrito de contestación a la demanda.

Respecto de las alegaciones contenidas en el escrito de contestación sobre la caducidad de la acción basada en vicios del consentimiento, debe señalarse que, de la lectura de la demanda y de la fundamentación de la misma se desprende que la acción que se ejercita está basada en la posible abusividad de la cláusula multidivisa así como en su falta de transparencia, acción ésta que no está sujeta, como es bien sabido, al referido plazo de caducidad, por lo que dicha excepción no puede ser apreciada, debiendo por tanto analizar la acción ejercitada con carácter principal.

SEGUNDO: Entrando a conocer sobre la acción de fondo ejercitada, procedo a comenzar por realizar unas consideraciones generales sobre la “hipoteca multidivisa”, señalando que “*el origen de este tipo de préstamos hipotecarios se remonta a los años previos a la crisis, en la que el Euríbor (Euro Interbank Offered Rate) alcanza sus niveles más altos y el precio de la vivienda resulta inaccesible para gran número de ciudadanos.*”

En ese contexto las entidades bancarias, que ven disminuídas sus operaciones de productos hipotecarios, ofrecen a sus clientes, ó estos demandan, una serie de productos financieros, entre los que se encuentran las Hipotecas Multidivisa, que permitían acceder a préstamos por importes más altos y un tipo de intereses más bajo ya que no se tomaba como referencia el Euríbor sino el valor de los yenes o francos suízos, que permitan pagar en una moneda que en aquel momento aplicaba un tipo de interés más ventajoso que el Euríbor.

La hipoteca en divisas tomaba como referencia las diferencias entre los tipos de interés entre los distintos países, cuando en Europa el precio del dinero oscilaba en torno a un 3,25%, en Japón lo hacía en un 0,30%.

En las hipotecas convencionales constituidas en la zona euro el tipo de interés aplicable es el Euríbor, pero en los préstamos multidivisas -incluso en los incluidos en Europa- el tipo de interés aplicable al mercado monetario mayorista se denomina LIBOR (London Interbank Offered Rate), y se aplica en función de las circunstancias económicas del país en cuya moneda se decide abonar el préstamo.

Por consiguiente es un producto cuya validez y licitud no es cuestionable y deberá estarse a cada caso concreto, y examinando las circunstancias concurrentes, tanto objetivas (forma en la que la cláusula vaya redactada), como subjetivas (circunstancias en las que el producto se comercializó), y concluir si las prácticas bancarias vulneran la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y si el hecho de la falta de información al cliente minorista y lego en materia financiera, previa al perfeccionamiento del contrato y durante toda su duración, supone actuar contra las reglas de la buena fe (art. 7 del Código Civil) y vulneran normas de ineludible cumplimiento en el ámbito financiero, y se haya viciado el consentimiento de la parte contratante y, por tanto, causa de anulabilidad del contrato conforme al artículo 1.300 del Código Civil” (por todos, AAP MADRID 4-



noviembre-2016).

En cuanto a la naturaleza de contrato de inversión de la hipoteca multidivisa, procede mantener lo establecido en este punto por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, en su fundamento de derecho séptimo: "3.- *Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank 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 concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.*

4.- *Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante*

la suscripción de este tipo de préstamos.

5.- En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso. Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado», así como que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban» En el considerando trigésimo, la Directiva añade que «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 arts. 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen(...).

En cuanto al deber de información de las entidades bancarias, la misma sentencia de 30 de junio de 2015, con cita de la de 20 de enero de 2014, establece que “(...) estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> 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”.

En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, con cita de la sentencia del mismo Tribunal de 20 de enero de 2014 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp>, señala que, “(...) ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el

proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto".

Los deberes legales de información "responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica "Good faith and Fair dealing" ("Buena fe contractual"), dispone como deber general: "Each party must act in accordance with good faith and fair dealing" ("Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe"). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar" (STS 20-enero-2014 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp>).

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, ha determinado que "La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales".

En cuanto a la calidad y forma de tal información, en particular sobre el aspecto esencial de los riesgos, es clara la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2016, cuando establece que: "1.- Tampoco puede admitirse la tesis de la entidad demandada relativa a que no era preciso advertir del riesgo del producto contratado, porque es un riesgo inherente a todo mercado de capitales e incluso a todo producto financiero no garantizado, puesto que la legislación impone que la empresa de servicios de inversión informe a los clientes, con suficiente antelación y en términos comprensibles, del riesgo de las inversiones que realiza. Para excluir la existencia de un error invalidante del consentimiento, no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos, no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente. Igualmente, la inclusión en la orden de compra de una advertencia genérica sobre posibles riesgos no puede sanar la omisión de una obligación activa de información exigida expresamente por el ordenamiento jurídico".

TERCERO: Llegados a este punto, y tras las anteriores consideraciones generales acerca del préstamo "multidivisa" y del deber de información de las entidades bancarias en

relación con este tipo de productos, debe señalarse que el análisis concreto de la acción que se ejercita en este procedimiento, debe realizarse a la luz de la reciente sentencia del Tribunal Supremo 608/2017 de 15 de noviembre, a cuyas conclusiones, pese a ser distintas en algunos casos a las que hasta ahora se habían venido manteniendo por este Juzgado, debemos acomodarnos y asumirlas, siendo que además las mismas resultan de plena aplicación al presente caso en los términos que a continuación se exponen.

La primera cuestión que se aborda por dicha resolución es la de considera que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, dando lugar así a un cambio en la doctrina jurisprudencial de la Sala que se venía manteniendo desde la sentencia 323/2015 de 30 de junio.

En este sentido el fundamento de derecho quinto de la sentencia de 15 de noviembre de 2017 establece que *“1.- La sentencia del pleno de esta sala 323/2015 de 30 de junio declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente “hipoteca multidivisa”) es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores (...).*

2.- La posterior sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, declaró, por el contrario, que el artículo 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 (...).

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

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

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



cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria. Asimismo cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”.

En su fundamento de derecho octavo la sentencia de 15 de noviembre de 2017 aborda el control de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisa y al cambio de una divisa a otra.

En primer lugar se hace referencia a la sentencia del TJUE C 26/13 Käsler y Käslerne Rábai que *“declaró la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo denominado en divisas”*. Añade que *“También la STJUE del caso Andriciuc, declara la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en los contratos de préstamo denominados en divisas”*.

En cuanto a la negociación individual de las cláusulas “multidivisa”, el punto 5 del fundamento de derecho octavo señala que el hecho de que *“se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo (la que los prestatarios necesitaban refinanciar), el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento “divisa extranjera” que justificaba un interés mas bajo de lo habitual en el mercado para los prestamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento “divisa extranjero” en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de ésta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, ect) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato”*. Por su parte el punto 9 dispone que *“Una vez fijada la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores y usuarios que desarrolla la Directiva sobre cláusulas abusivas, el apartado 35 de la STJUE del caso Andriciuc, afirma que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, a las que hace referencia el art.4.2 de la Directiva sobre clausulas abusivas, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan (...)”*.

Y se añade en los puntos 10 y siguientes: **“10.-Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal**

razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.

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

12.- En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso *Andriiciuc*, declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas:

«El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

13.- La jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE.

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

14.- En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato.

Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

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

Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación,

pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

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

17.- En nuestra sentencia 323/2015, de 30 de junio, hemos explicado por qué los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Dijimos en esa sentencia:

«Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

»Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos».

18.- También declaramos en esa sentencia, como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, que la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en su considerando cuarto, hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado» y que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban». El considerando trigésimo de la Directiva añade que «debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito [...]».

19.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas

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

También lo hace la STJUE del caso Andriciuc, cuyo apartado 48 declara:

«Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50).

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

«49. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A— Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).

» 50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras»».

CUARTO: Descendiendo de las anteriores consideraciones jurisprudenciales que, como se ha señalado, deben ser asumidas, si examinamos la prueba practicada en el presente procedimiento se llega a la conclusión de que en el presente caso, no ha existido la información precontractual necesaria y exigida por la sentencia que sirve de base a la presente resolución, para que los hoy demandantes tuvieran conocimiento de forma adecuada de la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo por los motivos que a continuación se exponen.

Ni de la documental obrante en autos ni de la declaración prestada por el testigo [REDACTED], empleado de la demandada que comercializó el producto, ha quedado acreditado que la información precontractual ofrecida a los demandantes fuera la legal y jurisprudencialmente exigida, pues no se ha acreditado que se realizara a los actores “test” alguno ni que se les hubiera entregado documento o tríptico alguno antes de la firma de la escritura con las características del producto, no recordando el testigo la operación concreta con los demandantes, sino que su declaración ha sido en todo momento expresada en términos genéricos. En este sentido ha manifestado que él explicaba las diferencias entre un préstamo en euros y un préstamo en divisas y se hacían simulaciones con las distintas

divisas y también en hipotéticos escenarios que además se entregaban por escrito; que él comparó la hipoteca en euros que los demandantes tenían en La Caixa con la multidivisa; que desconoce si los demandantes tuvieron acceso al contrato antes de la firma en la Notaría. Sin embargo, tal y como ya se ha señalado, de su declaración no se acredita que información en concreto fue facilitada a los demandantes pues el testigo ha referido la existencia de dicha información de forma genérica y sin especificar a que aspectos concretos de la hipoteca se refería, mas allá de los ya indicados, no recordando la concreta negociación con los hoy actores.

En cuanto a las conversaciones y reuniones mantenidas entre el testigo y los demandantes con anterioridad a la firma de la escritura, tampoco ha quedado acreditado ni cuantas reuniones realmente se mantuvieron ni se ha explicado el contenido de las mismas o que información les fue facilitada en cada una de ellas.

Igualmente de la prueba practicada, y de conformidad con lo anteriormente expuesto, se desprende que la hoy demandada no informó debidamente a los demandantes de los riesgos que derivaban del juego de la moneda normal del préstamo, el yen japonés, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución, pues el testigo ha guardado silencio sobre este punto. Tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, en el caso que en esta examina y que resulta de plena aplicación al que ahora nos ocupa, la entidad bancaria *no explicó adecuadamente a los prestatario que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa. Esa información era necesaria para que los prestatarios pudieran haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudieran haber comprendido los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda en la que recibían sus ingresos. Así lo declara la STJUE del caso Andriuc, en sus apartados 49 y 50 (...)*”.

Declara el Tribunal Supremo en la misma sentencia 608/2017 que *“Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que la STJUE del caso Andriuc, en sus apartados 49 y 50, exija una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa”*.

Aplicando nuevamente las conclusiones de dicha resolución al caso que ahora nos ocupa, y desde la prueba practicada, se llega a la misma conclusión que analiza el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre de 2017, en el sentido de considerar acreditado que la entidad bancaria *“tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos. La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe*

en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar (...). Este riesgo afecta a la obligación del prestatario de devolver en un solo pago la totalidad del capital pendiente de amortizar, bien porque el banco haga uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo cuando concurra alguna de las causas previstas en el contrato (entre las que se encuentran algunas no imputables al prestatario y asociadas al riesgo de fluctuación de la divisa, como veremos más adelante), bien porque el prestatario quiera pagar anticipadamente el préstamo para cancelar la hipoteca y enajenar su vivienda libre de cargas”.

Examinando la documental obrante en autos, se llega a la conclusión de que el riesgo anteriormente indicado se ha materializado en este caso en el sentido de que, pese a que la hoy demandante han venido pagando durante diez años las cuotas de amortización mensuales pactadas, al haberse devaluado considerablemente el euro frente al yen, a día de hoy deben a la entidad financiera una cantidad superior a la que en su día les fue prestada.

Sobre el deber de información acerca de los riesgos del préstamo, señala la sentencia del Tribunal Supremo 608/2017 que “**31.-** Si bien el riesgo de un cierto incremento del importe de las cuotas de amortización, en los casos de préstamos denominados en divisas o indexados a divisas, por razón de la fluctuación de la divisa, podía ser previsto por el consumidor medio de este tipo de productos sin necesidad de que el banco le informara, no ocurre lo mismo con los riesgos que se han descrito en los anteriores párrafos.

La percepción propia de un consumidor medio que concierta un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo.

Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado considerablemente y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor.

El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa (...).

33.- *Por estas razones es esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo.*

También debe ser informado de la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera, porque supone también un serio riesgo para el consumidor que, pese a no haber incurrido en incumplimiento contractual, se vería obligado a devolver de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar”.

A continuación la STS de 15 de noviembre de 2017, con cita de las sentencias de 18 de abril de 2013 y 25 de mayo de 2017, hace referencia a la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Y añade que *“42.- También el TJUE, en el ámbito del crédito al consumo y con relación a las obligaciones de información de la entidad de crédito para con sus clientes previstas en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, ha declarado en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto 449/13, caso Bakkaus, apartados 31 y 32, que si una cláusula predispuesta por el empresario en la que el consumidor reconoce haber recibido la información sobre el contrato significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por la Directiva, por lo que las disposiciones de esta se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva.*

43.- La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo”.

Finalmente, y en cuanto a la posibilidad de cambio de divisa que se contempla en la hipoteca, señala la STS analizada que *“45.- Es cierto que el considerando trigésimo de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, tras hacer referencia a los «importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera», afirma que «el riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos».*

Esta previsión se concreta en el art. 23 de la Directiva. Pero la exigencia de medios de limitación del riesgo tales como la posibilidad de cambiar la divisa en la que está representado el capital del préstamo, y en concreto cambiar a la moneda en que el prestatario tiene sus ingresos, no releva al banco de sus obligaciones de información precontractual. Esta cláusula no se prevé como alternativa a la obligación de informar al prestatario sobre los riesgos. Se trata de exigencias cumulativas.

Es más, la Directiva contempla que se establezca, como mecanismo de limitación

de riesgos, la posibilidad de cambiar la moneda en que está representado el capital del préstamo en un contexto normativo de refuerzo de la información que debe facilitarse durante la ejecución del contrato.

46.- Además, la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo (...). Para hacer realizar esta conversión, el prestatario debe estar al día en el pago de las cuotas del préstamo y además debe pagar una comisión por hacer uso de esta posibilidad, pues así lo prevé la escritura.

El prestatario no puede realizar ese cambio en cualquier momento, sino solo al inicio de cada nuevo «periodo de mantenimiento de moneda e interés» en que se divide la vida del préstamo.

47.- Solo se evita el hipotético riesgo de una apreciación de la divisa en el futuro. Pero si el prestatario ignora, porque no ha sido informado adecuadamente, que cuando haga uso de esa facultad de cambio de divisa consolidará el aumento de valor de la divisa en que estaba denominado el préstamo, es posible que cuando pretenda hacer uso de esta facultad porque la cuota mensual de reembolso se haya incrementado significativamente, el incremento de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar sea ya considerable.

48.- Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato.

Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización (...).

49.- Por tanto, la posibilidad de cambio de divisa, aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida, ni dispensa al predisponente de sus obligaciones de transparencia en la información precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario”.

Todo lo expuesto en los fundamentos de derecho precedentes, en relación con la prueba practicada en este caso, tal y como se ha analizado al inicio de este fundamento de derecho cuarto, y la necesaria aplicación de la doctrina que emana de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, llevan necesariamente a concluir que, en el presente procedimiento, las cláusulas cuestionadas por la parte demandante, no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013 de 9 de noviembre, ha venido fundando el Tribunal Supremo en los artículos 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el artículo 4.2 de

la Directiva sobre cláusulas abusivas, resultando igualmente de plena aplicación a este caso, la doctrina establecida por el TJUE respecto del control de transparencia de las cláusulas sobre denominación en divisa del préstamo (STJUE *caso Andriiciuc*).

Y ello porque ha quedado acreditado en los términos ya expuestos, que los hoy demandantes no recibieron una información adecuada por parte de la entidad bancaria sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

QUINTO: En cuanto a las consecuencias derivadas de la anterior declaración, señala el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre de 2017, que debe declararse la nulidad parcial del contrato, lo que implica la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros, que es precisamente lo que solicita la parte demandante en el suplico de la demanda.

En este sentido se argumenta por la citada sentencia que La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (C-181/13) *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente”.

Y continua diciendo el Tribunal Supremo que esa consecuencia de nulidad parcial constituye, en realidad, “*la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.*

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

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

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”.

Por todo lo expuesto, la demanda debe ser estimada íntegramente en los términos que se solicitan en el suplico de la misma y que se recogen en el fallo de la presente resolución.

SEXTO: De conformidad con lo establecido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al haber sido estimada la demanda, procede imponer las costas a la parte demandada.

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador Sr. García, en nombre y representación de [REDACTED], en los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos contra la entidad BANKINTER S.A, debo DECLARAR y DECLARO la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 5 de julio de 2007 en lo referente a la condición general de la contratación denominada “cláusula multidivisa” por abusiva y por falta de transparencia, declarando la subsistencia del contrato como si el mismo hubiese sido otorgado en euros y DECLARANDO que los actores han abonado 165.277,54 € a fecha enero de 2015, para pago y amortización de principal e intereses, de forma que el capital principal pendiente e intereses de amortización a fecha enero de 2015, asciende a 253.836,19 €, DECLARANDO asimismo que los demandantes han abonado la cantidad de 44.862,77 € más 14.529,39 de intereses legales de forma indebida.

Asimismo, debo CONDENAR y CONDENO a la entidad demandada a restituir a los actores las cantidades que se han cobrado en exceso por la aplicación de las estipulaciones declaradas nulas del contrato de préstamo hipotecario, cuyo cálculo se realizaría aplicando al capital principal del préstamo desde el inicio del contrato, el índice Euribor interbancario mensual más 0,49 % y que asciende a la cantidad de 44.862,77 € más 14.529,39 € de intereses legales, más los judiciales y moratorios que correspondan y que se devenguen hasta el momento de ejecución de sentencia. Además una vez declarado que el saldo vivo o capital pendiente de la hipoteca a fecha enero de 2015 es de 253.836,19 € se procedan a recalcular las cuotas abonadas por los demandantes desde esa fecha y hasta la ejecución de sentencia, devolviendo a los actores las cuantías que correspondan de cada cuota por haber sido calculas respecto de un principal mayor que el que correspondía extremo que se determinará en ejecución de sentencia, sobre la base fijada, con encaje en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Procede imponer las costas a la parte demandada.

De conformidad con lo establecido en los artículos 455 y 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la presente sentencia es susceptible de recurso de apelación que deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de 20 días, a contar desde el siguiente a su notificación.



De conformidad con lo establecido en el apartado 3 de la D.A decimoquinta de la L.O.P.J introducida por la L.O 1/2009, de 3 de noviembre, se pone en conocimiento de las partes que para la admisión del recurso de apelación será necesario que en el momento de su preparación se haya consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, la cantidad de 50 €, debiendo acompañar el justificante acreditativo de dicho ingreso.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el propio Juez que la suscribe, hallándose celebrando en audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por BEATRIZ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, ÁGUEDA GARCÍA VILLEGAS