

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E
INSTRUCCIÓN Nº 06 DE MAJADAHONDA**

C/ Joaquín Turina, s/n , Planta Baja - 28220

Tfno: 916795984

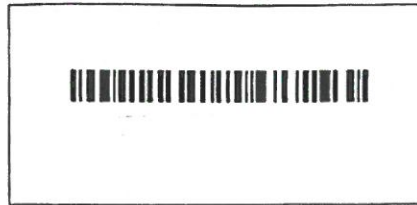
Fax: 916795959

42020310

NIG:

Procedimiento: Procedimiento Ordinario

Materia: Contratos en general



Demandante:

PROCURADOR D./Dña. ?

Demandado: BANKINTER, S.A.

PROCURADOR

SENTENCIA Nº 213/2017

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. GERARDO CALVO TELLO

Lugar: Majadahonda

Fecha: once de diciembre de dos mil diecisiete

Vistos por mí, GERARDO CALVO TELLO , Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Majadahonda los presentes autos de Juicio Ordinario nº 73/17 promovido a instancias de

, representados por el procurador SR MORALES contra BANKINTER SA , representada por la procuradora , he dictado Sentencia en virtud de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha de 6 de febrero de 2017 tuvo entrada en el Decanato, demanda de juicio ordinario promovida por la actora , arreglada a las prescripciones legales.

Admitida a trámite la demanda, se dispuso el emplazamiento a la demandada, lo cual se verifico en tiempo y forma.

Por la parte demandada se contestó la demanda con fecha de 3 de mayo de 2017 .

SEGUNDO.- Convocada la audiencia previa prevista legalmente esta tuvo lugar , con la asistencia de todas las partes personadas.

En la Audiencia Previa celebrada el día de la fecha, no fue posible alcanzar un acuerdo, de forma que las partes se ratificaron en sus escritos de demanda y de contestación y propusieron la prueba que tuvieron por conveniente .

TERCERO.- La vista tuvo lugar el 11 de diciembre de 2017 con la asistencia de ambas partes , practicándose la prueba admitida en el orden legalmente previsto, con el resultado que obra en autos, quedando los autos conclusos para sentencia.

En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales esenciales .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Solicita la parte actora que :

1.- Declare la nulidad parcial del préstamo multidivisa con garantía hipotecaria suscrito por las partes con fecha 20 de Marzo de 2007, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, que conllevaría la declaración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada, también en euros, en concepto de principal e intereses, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la cláusula Tercera b.2.2 (EURIBOR + 0,50).

2.- Se mantenga la vigencia del contrato sin la aplicación de la condición general nula fijada en el mismo.

3.- Se condene a la entidad demandada a restituir a los actores todas las cantidades en cualquier concepto, comisiones, gastos y cánones, que haya cobrado de más desde el primer momento de aplicación de la cláusula nula, extremo que se determinará en ejecución de sentencia, sobre la base fijada, con encaje del artículo 219 LEC, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

4.- Subsidiariamente, para el caso de que se estime que el contrato no puede subsistir sin las cláusulas multidivisa, 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 + 0,50 puntos.

5.- De forma subsidiaria a las pretensiones anteriores, la declaración de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y buena fe de la entidad bancaria demandada.

La contratación del préstamo se realizó el **20 de Marzo del año 2007** a través de la sucursal de la entidad demandada, ubicada en la Madrid, siendo el director de la oficina en aquella fecha,

, la persona que atendió a los actores . En el asesoramiento previo a la firma del préstamo, éste se les ofreció como un producto ventajoso debido a la baja cuota hipotecaria que pagarían. Por el contrario, nada les dijo acerca de la posible apreciación de la divisa referenciada, de la condiciones particulares del préstamo, de la evolución del Libor, del funcionamiento del pago de las cuotas ni de la evolución de la divisa de referencia.

Sólo les comentó el director que los intereses variarían periódicamente y les citó directamente para la firma del préstamo hipotecario en la notaría también designada por la entidad demandada. El préstamo se formalizó mediante Escritura Pública de Préstamo Hipotecario otorgada en la notaría de

Se adjunta como **DOCUMENTO N°3**: Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 20 de Marzo de 2007.

A día de hoy, los actores han abonado todas y cada una de las cuotas devengadas del préstamo con garantía hipotecaria, parte de dicha cantidad, indebidamente cobrada en concepto de la ilícita aplicación de la cláusula multidivisa, tal y como se demuestra con los recibos adjuntos como **DOCUMENTO N° 4**.

Los demandantes se vieron en la obligación de solicitar un período de carencia con el objetivo de reducir su cuota hipotecaria hasta que mejorase la situación. A pesar de los intentos mediante el periodo de carencia, la cuota hipotecaria no ha disminuido en un periodo medio de tiempo. Se adjunta como **DOCUMENTO N° 5** la escritura de fecha **26 de Julio de 2012 en el cual se aplica un período de carencia desde el 20 de Julio de 2012 hasta el 20 de Julio de 2014**.

Es notoria la ausencia de información precontractual ya que como podemos observar en la documentación adjunta, todo se realizó en el mismo día.

A mayor abundamiento, no hubo una correcta **información contractual** de la entidad financiera hacia mis mandantes, ya que no existieron simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de la evolución del mercado de las divisas, ni de la evolución del índice LIBOR en el momento de contratar. En el momento de la contratación del préstamo, la entidad demandada no informó de manera clara y comprensible sobre el coste comparativo, a corto, medio y largo plazo, con otras modalidades de préstamo hipotecario.

En último lugar, respecto de la ausencia de **información post-contractual**, esta parte querría destacar que mis mandantes se han visto plenamente desprotegidos ante la volatilidad de la divisa referenciada en su préstamo hipotecario. En estos más de 7 años de contratación del préstamo hipotecario, no han recibido una sola llamada por parte de la entidad financiera tendente a aconsejar a los clientes de cara a reducir el perjuicio sufrido por la contratación de este tipo de hipoteca-producto derivado, aun conociendo las previsiones tan desfavorables para el interés de mis clientes, tal y como hemos acreditado en páginas anteriores.

Concurren los siguientes elementos, que deben determinar la estimación de la presente demanda:

1º) La cláusula multivisa impugnada es una condición general de la contratación por concurrir en las mismas los requisitos que impone el art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

2º) No ha existido una información previa clara y comprensible por parte de la entidad financiera acorde a los conocimientos de mis mandantes.

3º) Es contraria a la Buena fe contractual infringiendo los artículos 1 de la LCGC y 3 y 82 del TRLGCU.

4º) Causa un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, concurriendo un abuso de posición dominante por parte de la entidad financiera, al conocer esta los mercados financieros de divisa en el que operan estas hipotecas.

5º) Ocultación de datos esenciales informativos del producto: deficiente e incompleta información facilitada por la entidad financiera e insuficiencia o ausencia de las advertencias del producto. En este sentido, el cumplimiento de las obligaciones formales por parte de la entidad no le exime del deber de información.

6º) Falta de información veraz y clara del producto, incurriendo en negligencia el banco en su labor de asesoramiento (omisión de información suministrada respecto a la circunstancia de que se podía aumentar la deuda).

7º) Importancia del perfil inversor: cliente minorista sin conocimientos financieros (falta de comprensión real de las consecuencias de la evolución del mercado de divisas). Asimismo, ausencia de test de idoneidad o test de conveniencia.

SEGUNDO .- Alega la parte demandada, en primer lugar, la caducidad de la acción de nulidad, conforme al artículo 1301 del Código Civil.

No ha lugar a estimar la excepción por cuanto:

1-En la presente sentencia se estima la demanda por no superar la cláusula multivisa el necesario control de transparencia, estando sujeta la acción de nulidad al plazo general de prescripción de 15 años, según la redacción vigente del artículo 1964 del Código Civil a la fecha de la contratación.

2-En todo caso, el contrato sigue vigente a fecha de hoy, por lo que no puede decirse que se haya consumado en el momento actual, no aplicándose la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 a los contratos de tracto sucesivo como el presente, que a fecha actual sigue generando todas sus obligaciones para las partes.

SEGUNDO .- La Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 (Rec. 2780/2013) consideró que el préstamo hipotecario multivisa como un instrumento financiero, al que le serían de aplicación las reglas de la Ley del Mercado de Valores.

Sin embargo, dicho carácter de instrumento financiero ha sido rechazado por la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 3/12/2015 (asunto C-312/14, Banif Plus vs. Marton Lantos et al.), la cual ha señalado que:

Un contrato de préstamo al consumo como el controvertido en el litigio principal no tiene por objeto la venta de un activo financiero a un precio determinado en el momento de la celebración del contrato.

En efecto, por una parte, en un contrato como el controvertido en el litigio principal, no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de ésta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero.

Por tanto, **las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato**, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste.

En la sentencia del TS de 15 de noviembre de 2017 se señala que :

El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio.

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

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

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. Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso Banif Plus Bank.

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

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

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

1.- El motivo del recurso de casación se basa también en la infracción legal que se habría cometido en la aplicación de los preceptos legales que regulan el control de abusividad de las cláusulas no negociadas y, más precisamente, el control de transparencia, en concreto, los arts. 80.1 y 82 TRLCU, que desarrollan las previsiones de la Directiva sobre cláusulas abusivas, como son las del art. 4.2 de la Directiva 93/13 .

4.- También la STJUE del caso Andriciuc, declara la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en los contratos de préstamo denominados en divisas.

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 Andriciuc, declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas:

«El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible

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

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

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

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

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

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

Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

16.- Que la normativa MiFID no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto

complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos.

17.- En nuestra sentencia 323/2015, de 30 de junio, hemos explicado por qué los riesgos de este 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 multdivisa" 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».

(...) La obligación de transparencia en la contratación de estos préstamos es preexistente a la entrada en vigor de esta Directiva puesto que deriva de la regulación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. La novedad que en esta materia supone la Directiva 2014/17/UE consiste en establecer una regulación detallada de la información a facilitar y en protocolizar la documentación en la que tal información ha de prestarse así como la forma concreta en la que debesuministrarse.

19.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado, porque **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** 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 Andriuc, cuyo apartado 48 declara:

«Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración.

El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50).

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

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

» 50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario **deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos.**

Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, **corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras**».

21.- En el presente caso, no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, puesto que **no se les entregó ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo** y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la formación necesaria para poder explicar adecuadamente esos extremos del contrato.

Lo expuesto muestra que era exigible a Barclays que hubiera informado a los demandantes sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, el yen japonés, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución (esto es, la entrega efectiva del capital a los prestatarios, el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización y la reclamación por el banco del capital pendiente de amortizar cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo, mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria).

26.- En concreto, Barclays no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa.

28.- Barclays 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.**

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

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

El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la

hipoteca conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa.

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

33.- Por estas razones **es esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo. También debe ser informado de la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera, porque supone también un serio riesgo para el consumidor que, pese a no haber incurrido en incumplimiento contractual, se vería obligado a devolver de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar.**

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

37.- **En la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, declaramos que la lectura de la escritura pública v, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia.**

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

39.- En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo.

Ciertamente, en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, dijimos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]».

Pero en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, afirmamos que tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional.

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

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

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

42.- También el TJUE, en el ámbito del crédito al consumo y con relación a las obligaciones de información de la entidad de crédito para con sus clientes previstas en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, ha declarado en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto 449/13, caso *Bakkaus*, apartados 31 y 32, que si una cláusula predispuesta por el empresario en la que el consumidor reconoce haber recibido la información sobre el contrato significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por la Directiva, por lo que las disposiciones de esta se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido

cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva.

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

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

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

Es más, la Directiva contempla que se establezca, como mecanismo de limitación de riesgos, la posibilidad de cambiar la moneda en que está representado el capital del préstamo en un contexto normativo de refuerzo de la información que debe facilitarse durante la ejecución del contrato. El art. 23.4 de la citada Directiva prevé:

«En lo que se refiere a los consumidores que tengan un préstamo en moneda extranjera, los Estados miembros se asegurarán de que el prestamista les dirija advertencias regulares, en papel o en otro soporte duradero, como mínimo cuando el valor del importe adeudado por el consumidor del préstamo o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 % del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de crédito y la moneda del Estado miembro que estaba vigente en la fecha de celebración del contrato de crédito. En la advertencia se informará al consumidor del incremento del importe adeudado por este, se mencionará cuando proceda el derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ello, y se explicará cualquier otro mecanismo aplicable para limitar el riesgo de tipo de cambio a que esté expuesto el consumidor».

46.- Además, la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo.

La conversión de la divisa en que está representado el capital se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en el que esta conversión tenga lugar, por lo que se consolida la revalorización de la divisa y, por tanto, del aumento de la equivalencia en euros (o en la nueva divisa) del importe del capital pendiente de amortizar, pues se traslada a la nueva divisa escogida el incremento producido como consecuencia de la apreciación de la divisa.

Para hacer realizar esta conversión, el prestatario debe estar al día en el pago de las cuotas del préstamo y además debe pagar una comisión por hacer uso de esta posibilidad, pues así lo prevé la escritura.

El prestatario no puede realizar ese cambio en cualquier momento, sino solo al inicio de cada nuevo «periodo de mantenimiento de moneda e interés» en que se divide la vida del préstamo. En este caso, esos periodos eran mensuales. Pero una devaluación significativa de la moneda funcional respecto de la divisa puede producirse en cuestión de semanas.

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

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

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

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

Para que pueda tener alguna eficacia, el banco debe informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusula y ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato.

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

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

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

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

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

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

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.

TERCERO.- En lo que se refiere a los vicios del consentimiento, señala la sentencia de 14 enero 2014 que "en lo que se refiere al error -esgrimido por la parte demandante en el escrito rector del proceso como vicio del consentimiento (se esgrime también el dolo y la ausencia de causa)-, y siguiendo el contenido de la sentencia dictada por esta Sección 19ª en 21 octubre del año 2011 (que luego se reitera en las también sentencias de esta misma Sección, ya mencionadas previamente, de 5 de octubre (JUR 2013, 16701) y 10 de diciembre de 2012 y 31 de enero y 8 de marzo de 2013 (AC 2013, 1289)), **para que pueda invalidar el error el contrato es preciso que se derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar** (sentencias de 6 febrero 18 abril 1978 , 6 febrero 1999 , 12

julio 2002 , 24 enero 2003 , 17 febrero 2005 y 17 julio 2006 (RJ 2006, 6379) entre otras muchas, siempre de la sala primera del Tribunal Supremo); también es preciso (debiendo tener a la vista, obviamente, el contenido de los artículos 1267 y 1261.1 del código civil (LEG 1889, 27)), que el repetido error no sea imputable a quien lo padece (sentencias del Tribunal Supremo de 22 mayo del año 2006 y 12 diciembre 2005 (RJ 2006, 196)) y **que además sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció, empleando una diligencia media o regular**, no mereciendo la protección legal quien expresó su consentimiento de forma negligente pudiendo haber rechazado el contrato.

Son, por tanto, la esencialidad y la excusabilidad los dos requisitos generadores del error como vicio del consentimiento que permitiría la anulación del contrato

CUARTO.- Sentado lo anterior , deben tenerse en cuenta los siguientes extremos:

1-Ha existido disconformidad entre las partes acerca de si la iniciativa de la contratación surgió del banco o de los actores.

Se aporta como documento 3 de la contestacion la solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria .Los demandantes ya eran titulares de dos préstamos hipotecarios en euros a la fecha de la contratación .

2-Afirma la demandada que el actor ostenta el cargo de administrador en dos sociedades mercantiles :

(documento 6) .En la demanda se señala que el actor trabaja en una empresa de reformas y que la demandada trabaja como administrativa , siendo claro que ninguna de estas dos profesiones implican conocimientos financieros especiales .

3-Se señala en el exponen 3 del contrato que los prestatarios reconocen que el préstamo está formalizado en divisas por lo que asumen los riesgos de cambio que puedan originarse en la vida del contrato , exonerando a BANKINTER de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo , incluida la responsabilidad de que contravalor en yenes sea superior al límite pactado .Si se produjera dicho exceso el banco podrá ejercitar la facultad de resolución recogida en la cláusula 7 de las financieras .

Se advierte la posibilidad de contratar un seguro de cambio .

La cláusula financiera segunda :

-Faculta a BANKINTER para exigir garantías adicionales o cancelar la parte parte excedida en el supuesto de que el equivalente en euros pudiera ser superior al existente en momento de su formalización como consecuencia del riesgo de cambio .

-Si se modificase el tipo de interés y/o la divisa , se ajustarán las cuotas mensuales constantes a los que resulte de dicha variación .

-En la cláusula de garantía novena de la escritura se señala que la demandada entregó a la prestataria el folleto de tarifas , condiciones de valoración y gastos repercutibles , cumpliéndose las exigencias de la circular del Banco de España 8/1990 , de 7 de septiembre . Lo cierto es que de lo actuado , no se deduce que la entidad bancaria proporcionase a la actora información de la cláusula multidivisa con carácter precontractual , por cuanto en ninguno de estos apartados se informa a los clientes de manera clara y comprensible de los riesgos de la hipoteca multidivisa , esto es , 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.

Debe señalarse además que :

A-No consta documentalmente de ninguna manera la entrega de documentación precontractual , ni oferta vinculante ni folleto informativo .

B-Se aportan las conexiones de la actora (documento 11) con la página web de la demandada, pero con toda evidencia , ello no ha implica que fuese informada del funcionamiento de la cláusula en cuestión , desconociéndose el contenido de la página web en dicho año , el cual no ha sido ni siquiera alegado .

C-La remisión de liquidaciones periódicas posteriores a la contratación en nada afecta a la falta de información precontractual , en los términos ya señalados.

D-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 , tal y como se desprende de la STS de 15 de noviembre de 2017.

E- De la declaración de se deduce que era director de la oficina de Leganés a la fecha de los hechos .No comercializaban el producto de manera activa , sólo si se preguntaba por él .Ponía ejemplos a los clientes .NO le daban ningún documento escrito pero sí se enseñaban los pantallazos .Cree que sí entendían el riesgo .El producto no era complejo pero sí tenía riesgo .NO recibió ninguna formación especial en relación a las hipotecas multidivisa.Las previsiones no acertaron con la evolución del yen .Se le explicó la posibilidad de cambiar a euros y el consiguiente riesgo de consolidar la deuda .Es licenciado en Económicas y Empresariales .Era un cliente empresario .Se dedicaba a temas de instalaciones eléctricas .Le advirtió del riesgo del contravalor del capital prestado .
Dicha declaración , debe tomarse con las debidas reservas , habida cuenta que , en realidad , el testigo sigue trabajando para la demandada , estando su labor directamente relacionada con la responsabilidad civil de ésta en este caso concreto , sin que exista motivo alguno para que no se entregara información precontractual .

F- En la sentencia de 367/2017, de 8 de junio, el TS afirma que la lectura por parte del notario de la Escritura Pública no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y

, consignación que deberá ser acreditada al preparar el recurso (DA 15ª de la LOPJ) .

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el beneficio a la asistencia jurídica gratuita.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los Autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.

