

NOTIFICADO:

14 MAR 2018

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 16 DE MADRID
Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 3 - 28020
Tfno: 914932757
Fax: 914932759
42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0112167
Procedimiento: Procedimiento Ordinario . .
Materia: Derecho mercantil

Demandante: D./.
PROCURADOR .
Demandado: BANKINTER SA
PROCURADOR D./.

SENTENCIA Nº 116/2018

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. FRANCISCO SERRANO ARNAL
Lugar: Madrid
Fecha: doce de marzo de dos mil dieciocho

S.S^a. ILMA. D. FRANCISCO SERRANO ARNAL, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Madrid, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario nº 794/2016, seguidos en este Juzgado a instancia de D. [redacted] representado por la Procurador de los Tribunales D^a [redacted] y asistido del Letrado D. Justo Pascual Monar, contra BANKINTER, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a [redacted] asistida del Letrado E [redacted] sobre NULIDAD DEL CLAUSULADO MULTIDIVISA DE LA ESCRITURA PÚBLICA DE 19 DE OCTUBRE DE 2007.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la meritada representación de la parte actora, formuló demanda arreglada a las prescripciones legales en la cual solicitaba previa alegación de hechos y fundamentos de derecho que se dictara sentencia por la que:

- A) Se acuerde la nulidad del contenido del clausulado multidivisa, teniendo la demandada que eliminar a su costa la citada cláusula y mantener el resto del préstamo en referencia al Euribor y como divisa el euro.
- B) Se acuerde a los fines de restitución que la cantidad debida a 19 de abril de 2016, es la de 80.020'69 euros, importe en el que se estima el perjuicio causado por el clausulado multidivisa hasta la fecha y que deberá ser recalculado posteriormente, más todos los perjuicios que se vayan ocasionando hasta la finalización del presente procedimiento, resultado de restar el capital pendiente de pago en el préstamo multidivisa y el capital pendiente en caso de haber contratado un préstamo no complejo en euros, y tras haber abonado los mismos importes, y en las mismas fechas
- C) Se fije la deuda en euros.
- D) Se referencie el tipo al Euribor.

- E) Se declare abusivo el clausulado multidivisa.
- F) Se condene en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la anterior demanda, se dispuso el emplazamiento de la parte demandada para que en el término legal compareciera en autos asistida de abogado y procurador, y contestara aquella, lo cual verificó en tiempo y forma, mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda, arreglado a las prescripciones legales pidiendo la desestimación de la demanda con imposición de costas a los actores.

TERCERO.- Que finalizado el término de contestación, se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa prevista en el art. 414 LEC, celebrándose con el resultado que consta en las presentes actuaciones, habiéndose propuesto por la actora las pruebas, pericial y documental; proponiéndose por la demandada el interrogatorio de testigos y documental, siendo admitidas todas ellas, a excepción de las rechazadas por los motivos que obran al acta escrita levantada con motivo de la celebración de la audiencia previa y su soporte visual y sonoro.

CUARTO.- Que abierto el juicio a prueba, se llevaron a la práctica las admitidas a ambas partes con el resultado que obra en autos, quienes formularon sus conclusiones y expusieron sus argumentos jurídicos en apoyo de sus pretensiones.

QUINTO.- Que en la sustanciación del presente juicio, se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pide el actor que se declare la nulidad del clausulado multidivisa de la escritura de préstamo con hipoteca, otorgada el 19 de octubre de 2007, bien por incumplimiento de los deberes de información o bien por ser abusiva dicha cláusula, solicitando subsidiariamente su anulabilidad por error o dolo en el consentimiento.

Se alega, en síntesis, que el demandante, sin conocimientos financieros, de perfil ahorrador, suscribió el mencionado préstamo sin que se recabara información para calificar su perfil inversor, que el actor nunca habían efectuado inversiones de riesgo, que le pusieron todos los documentos a la firma sin información sobre su contenido y reputa infringida la normativa constituida por el artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores, la Ley General para la Defensa de los Consumidores e Usuarios y demás normativa financiera.

SEGUNDO.- Afirma la demandada haber transcurrido hasta el momento de interposición de la demanda desde la contratación del producto el plazo de caducidad de cuatro años por lo que no habría que entrar en el análisis del fondo del asunto.

Ya hemos dicho que el demandante basa su pretensión también en el carácter imperativo de las normas infringidas y en la abusividad de la cláusula multidivisa.

En esta materia, la infracción de las normas reguladoras del deber de información, por sí sola, no entraña la nulidad de pleno derecho, sino que puede determinar, aparte del error en el consentimiento, la abusividad por falta de claridad, lo que igualmente conlleva la nulidad absoluta, pues la protección de los consumidores contra cláusulas abusivas es cuestión de orden público que merece la máxima protección que pueda ofrecer el ordenamiento (STJUE

21 de diciembre de 2.016, entre otras muchas), que es justamente la nulidad radical. (SAP, Civil sección 12 del 29 de septiembre de 2017).

Especial relevancia cobra en este sentido la consecuencia a la que habría de someter la estimación de la pretensión de la actora, relativa a la nulidad del clausulado multidivisa, sentado su carácter de “elemento que forma parte del objeto principal del contrato que no es otra cosa que la nulidad absoluta o de pleno derecho, como consecuencia de su falta de transparencia” (SSTS 241/2013, de 9 de mayo, 139/2015, de 25 de marzo o STJUE de 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, entre otras sentencias).

La imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de pleno derecho es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia. Como señala el Tribunal Supremo en su STS 1080/2008, de 14 de noviembre “en cuanto a la prescripción de la acción e nulidad baste señalar que el artículo 1.301 del código civil se refiere a los contratos meramente anulables y no a aquellos que, como los simulados, quedan viciados de nulidad radical o absoluta, respecto de los cuales la acción para tal declaración es de carácter imprescriptible (sentencias de 4 de noviembre de 1.996, EDJ 7294, 14 de marzo de 2000, EDJ 2512, 18 de octubre de 2005, EDJ 165809, 22 febrero 2007, EDJ 8524 y 18 de marzo de 2008, EDJ 48894, entre otras muchas).

Es por todo ello, por el carácter imprescriptible de la acción de nulidad radical, por lo que no puede estimarse la caducidad de la acción, debiendo entrarse en el presente supuesto en el análisis del fondo del asunto.

Los préstamos hipotecarios denominados “hipoteca multidivisa” han sido objeto de muy diversos pronunciamientos judiciales. Destaca de éste producto la complejidad que entraña para un consumidor, debido a los elevados conocimientos financieros que exige el producto para poder entenderlo y operar con el mismo. Así se ha establecido por nuestro Tribunal Supremo, en la Sentencia de 30 de junio de 2015, la cual ha sido completada y confirmada por la Sentencia de 15 de noviembre de 2017, por medio de la cual se establece:

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...

Y en este sentido resuelve la reciente Sentencia de la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 29 de septiembre de 2017, sentencia número 373/2017, recurso de apelación 312/2017, "El mismo T.S. en la precitada sentencia (STS 30/06/2015) expone que ... la entidad bancaria no estaba exenta del deber de informar detallada y adecuadamente de las condiciones del contrato de préstamo hipotecario multidivisas, porque claramente nos encontramos ante consumidores que solicitan el préstamo para adquirir una vivienda..."

Es fundamental señalar a éste punto que el demandante del producto es consumidor, tal y como dispone a éste respecto, el artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; el artículo 3 del RDL 1/2007 de 16 de noviembre, vigente desde el 1 de diciembre de 2007 por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias; y el artículo 2.b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios impone al empresario un ineludible deber de información precontractual a fin de que el consumidor pueda comprender las características esenciales del producto ofertado. Así se establece, entre otros, en su artículo 60, bajo la rúbrica "información previa al contrato".

Así dice la literalidad del artículo 60.1 del texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios:

1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

Y en este sentido resuelve el artículo 80.1 del mismo cuerpo legal:

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

El RDL 1/2007 (así como la Ley 26/1984, en concreto en sus artículos 1,10 y 13) como la Directiva 93/13/CEE, imponen una protección a consumidores y usuarios, basada en el ineludible deber de información precontractual, en la claridad y comprensibilidad de las cláusulas recogidas en los contratos celebrados con consumidores, en evitar el desequilibrio y el abuso de poder contra consumidores, así como en una exigencia de buena fe por parte de los profesionales, que en todo caso deberán tratar de manera leal y equitativa a los consumidores, cuyos intereses legítimos deben tener en cuenta, señalando que en todo caso, las cláusulas que no superen el principio de transparencia, y por tanto sean abusivas, no pueden obligar al consumidor, siendo el resto del contrato obligatorio siempre que ello sea posible, tal y como sucede con el clausulado multidivisa.

Como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, la carga de probar que la información facilitada fue la exigible según las normas aplicables y las características del caso concreto corresponden a la entidad bancaria demandada, por los principios de disponibilidad y facilidad de la prueba y por la dificultad que tendría para la parte demandante la prueba de un hecho negativo.

En todo caso, no conviene perder de vista que el carácter sinalagmático del contrato no impide, como ha destacado también la jurisprudencia, que deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual, de acuerdo con la norma general del artículo 7 del Código Civil y del artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos.

De conformidad con la fecha en la que se perfeccionó la escritura "multidivisa", resultan aplicables las siguientes leyes:

1.- RDL 1/2007 de 16 de noviembre, vigente desde el 1 de diciembre de 2007, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. (Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

2.- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

3.- Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Su artículo 48.2 establece las obligaciones básicas de las entidades de crédito para la protección de los legítimos intereses de su clientela, que se traducen en:

a). Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios (...) La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos.

d). Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones.

h). Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a

su situación financiera.

4.- La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios. La entidad financiera incumplió los deberes precontractuales de información. Al margen de que no se incorporaran simulaciones sobre escenarios diversos de evolución del tipo de cambio, el Banco no entregó el folleto informativo (art. 3), la oferta vinculante (art. 5), el proyecto de escritura pública (art. 7) y que el notario no advirtió expresamente al prestatario aquello a lo que está obligado: «en el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio» (art. 7.5).

5.- La Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, cuyo artículo 19 regula, como antes lo había hecho el RDL 2/2003, los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, en los siguientes términos: 1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original. 2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito.

6.- Artículo 7 del código civil.

7.- Artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos.

Así lo dice el Tribunal Supremo, en la ya citada Sentencia de 30 de junio de 2015:

“8.- Como declaramos en la Sala Primera del Tribunal Supremo 840/2013, de 20 de enero de 2014, y hemos reiterado en sentencias posteriores, 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 contienen en el artículo 7 del Código Civil y en el Derecho de Contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Ese 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”.

Y en este sentido resuelve la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017:

22.- No es admisible la tesis sostenida por Barclays de que no le era exigible el cumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la Orden de 5 de mayo de 1994 porque la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que establecía que

«la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos», solo sería aplicable en futuras normas sobre transparencia bancaria, que no se dictaron hasta varios años más tarde.

Dado que las obligaciones de información relativa a los préstamos hipotecarios en que la hipoteca recae sobre vivienda estaban ya desarrolladas por la Orden de 5 de mayo de 1994, la modificación legal significó que, desde su entrada en vigor, esa normativa sobre transparencia pasaba a ser exigible en cualquier préstamo hipotecario en que la hipoteca recayera sobre una vivienda, sin que hubiera que esperar a que se dictara una nueva normativa sobre transparencia en los préstamos hipotecarios, como pretende Barclays.

23.- Para determinar la información que Barclays debió suministrar a los demandantes tiene especial relevancia la diferenciación entre la divisa en que se denominó el préstamo, pues en ella se fijaba el capital prestado y el importe de las cuotas de amortización, a la que podemos llamar «moneda nominal», y la moneda en la que efectivamente se entregó a los demandantes el importe del préstamo y se pagaron por estos las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar «moneda funcional». En la cláusula en la que se especificaba, denominada en divisa, el capital prestado, se fijaba también su equivalencia en euros.

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.

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.

27.- 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.

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.

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.

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.

Así, en esta misma línea, recogiendo la jurisprudencia que viene manteniendo el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, se recoge en Sentencia de la Sala Segunda, de fecha 20 de septiembre de 2017, y lo asienta la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de noviembre de 2017:

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. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto.

El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un

préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición.

Entre otras, la Sentencia de la Sección decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de enero de 2016, señala: “Sentada la naturaleza del producto contratado con arreglo a la jurisprudencia emanada por el TJUE, hemos de destacar que aun cuando corresponde a la actora la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, por su parte corresponde a... (en nuestro caso Banco Popular, S.A.), acreditar que dio a los prestatarios información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación de la “hipoteca multidivisa” en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado. En este sentido, la STS de 24 de marzo de 2015, recogiendo la doctrina sentada por las SSTS de 8 de septiembre de 2014, 9 de mayo de 2013 y 18 de junio de 2012 establece lo siguiente: 1.- Esta sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, cual es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. ... 3.- Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”. Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen 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, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio... Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.”

En cuanto al deber de transparencia, debemos hacer hincapié a lo dispuesto en la recentísima y precitada STJUE de 20 de septiembre de 2017, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, compilando el TJUE todas las disposiciones que resuelven a tal efecto:

44. Por lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha señalado que esta exigencia, recordada también en el artículo 5 de la citada Directiva, no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 9 de julio

de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 52).

45. Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 50).

46. Esta cuestión debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU: C:2015:127, apartado 75).

47. Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 66).

48. 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).

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.

Tal y como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017, confirmando su Sentencia de 30 de junio de 2015:

“El TJUE 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.

4.- También la STJUE del caso *Andriuc*, 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.”

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.

En atención a todo lo ya señalado, atendiendo a las circunstancias concretas del préstamo objeto de la presente Litis, a su clausulado, el mismo no es sino redactado por la entidad financiera sin intervención del prestatario, de forma que no se puede afirmar que la redacción sea clara y comprensible a fin de que el demandante pudiera conocer con sencillez, tanto la carga económica como jurídica del préstamo. Las cláusulas resultan condiciones generales de la contratación. Así resuelve la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017:

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 más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos 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 extranjera» 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 esta, 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, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato.

Las cláusulas objeto de análisis (multidivisa) resultan complicadas y oscuras, pues de las mismas no se desprenden los riesgos concretos de la operación. Debemos determinar si cuando se contrató el producto, el demandante conocía el real alcance de los riesgos asociados a la fluctuación de las divisas en toda su extensión.

No se le facilitó a l demandante un folleto informativo ni una oferta vinculante, de conformidad con lo dispuesto en la OM de 5 de mayo de 1994. No se puso a disposición de los actores el proyecto o borrador de la escritura con la antelación indicada en la citada OM., ni se efectuó por el notario advertencia alguna sobre el riesgo que conllevaba la fluctuación del tipo de cambio, con indicación de sus efectos.

No se acredita información alguna que se aportase al demandante por parte de BANCO POPULAR, S.A., por lo que debemos concluir que en todo caso, la supuesta información verbal que se dice se trasladó al demandante deviene insuficiente. Tampoco se evaluó la conveniencia del producto, ni se actuó de conformidad con el principio de buena fe en la comercialización del producto. Buena fe que exige al banco un deber cualificado de información para con el consumidor.

Los datos relevantes que han quedado acreditados son los que se detallarán a continuación:

1.- La información precontractual es inexistente. No consta oferta vinculante. Y tampoco se ha aportado el expediente del préstamo, la evaluación de la solvencia del demandante, los informes del departamento de riesgos ni ningún otro documento. La entidad bancaria incumplió, además, su obligación de ofrecer un instrumento de cobertura, conforme al artículo 19 de la Ley 36/2003 y de incluir la propuesta en la oferta vinculante.

Cabe precisar en este punto que esta absoluta ausencia de documentación precontractual es contraria al criterio del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que en su Memoria del año 2012 explica:

En el expediente NUM003, los reclamantes denunciaban el proceder de la entidad en relación con la contratación de una hipoteca multidivisa referenciada a yenes, que, según ellos, se realizó sin ningún tipo de transparencia ni diligencia, pues indicaban que nunca tuvieron conocimiento de las condiciones reales del préstamo hasta la firma de este. El Servicio se pronunció sobre las siguientes cuestiones:

*Información previa a la contratación de la financiación: Es criterio de este Servicio de Reclamaciones que, como profesionales que son las entidades en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, les es exigible que faciliten una información financiera completa y comprensible de los productos que estos contratan. A la vista del documento de solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria suscrito, se acreditaba la formalización de la solicitud de financiación varios días antes a la fecha de la escritura, y que en él se establecía expresamente que se trataba de un préstamo en yenes y también se indicaba la forma de determinación del tipo de cambio aplicable a la conversión, por lo que no cabía alegar desconocimiento por la parte reclamante de la naturaleza del préstamo que iba a formalizar, así como de la existencia de un riesgo de cambio derivado de la aplicación del contravalor de la divisa elegida a euros.

Ahora bien, en cumplimiento de los principios de transparencia y claridad que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, estos deben estar en condiciones de conocer con suficiente antelación las condiciones a las que se van a obligar antes de formalizar los correspondientes contratos , criterio que, para eliminar posibles problemas derivados de una

negociación verbal, contempla la propia normativa de transparencia al exigir que se incorporen todas las condiciones financieras esenciales de la financiación ofrecida en las ofertas vinculantes que las entidades deben entregar a los solicitantes (particulares) de préstamos hipotecarios sobre viviendas de cuantía igual o inferior a 150.253,03€, y que este Servicio hace extensivo, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, a todos los préstamos hipotecarios de tales características, cualesquiera que sean su importe y la forma como se facilite esa información.

Conforme a lo anterior, este Servicio estimó que la entidad financiera se apartó de las buenas prácticas financieras al no ser aportado el documento de información previa que este Servicio considera necesario conforme a las buenas prácticas bancarias, pues esta sería la vía que permitiría comprobar que fue aportada toda la información relevante sobre la operación, y que, dada la especial naturaleza de préstamo en divisas de la operación reclamada, debía incluir menciones a la divisa del préstamo, moneda de pago, cálculo del importe en euros de cada pago, reglas aplicables para el cálculo en euros del importe de los intereses, comisión de apertura, que deberá incluir cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo, y, en su caso, las cláusulas especiales que faculten a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo.

2.- La información que el banco recabó del demandante fue muy escasa y limitada a sus ingresos. No indagó en su perfil, ni en su formación, ni su experiencia en productos de riesgo ni en su conocimiento y/o experiencia del mercado de divisas. La entidad bancaria debió recabar los datos necesarios para conocer la formación, la experiencia y demás circunstancias del demandante, aunque sólo fuera por una aplicación elemental del artículo 48 de la Ley 26/1988 y por la necesidad de fijar el umbral adecuado de la información que el demandante necesitaba para entender los riesgos y el funcionamiento de la hipoteca multidivisa. Debió indagar para ello en su experiencia inversora, en su nivel de estudios, en la profesión actual o anterior que resultaran relevantes, en su nivel general de formación y experiencia profesional y en su nivel general de conocimientos.

3.- El contenido de la escritura pública no supera el control de transparencia sobre los riesgos de la cláusula multidivisa. La cláusula sobre "amortización del préstamo" es, desde la perspectiva del deudor hipotecario, un apartado clave porque en él se explican las cuestiones más relevantes de la carga económica del préstamo: el número de cuotas, el destino de las amortizaciones mensuales (capital e intereses), el importe de la cuota mensual y la forma en que esa cuota variaría a lo largo de la vida del préstamo. En esa cláusula no sólo no se hace referencia alguna al riesgo de fluctuación de las monedas, pese a que sería necesario que así fuera para cumplir con el estándar mínimo de transparencia, sino que además se ofrece información mendaz sobre la variación de las cuotas, que sólo se alterarían en función de las revisiones del tipo de interés.

Tampoco se hace referencia alguna a los efectos del riesgo de fluctuación, ni siquiera al establecer la forma en que el principal del préstamo quedaría representado en la nueva moneda elegida.

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. (STS 15 de noviembre de 2017)

En definitiva, la escritura no proporcionaba información transparente y de calidad sobre la determinación de todos los elementos que intervienen en la determinación de las cuotas mensuales, la forma de aplicación de las cuotas amortizadas y en qué medida se aplican a reducir el capital, los intereses o ambas partidas ni sobre los distintos niveles de riesgo identificados y vinculados al genérico riesgo de fluctuación de la moneda, es decir: que con el mismo esfuerzo económico en la moneda funcional, la capacidad de reducir la deuda de capital puede ser inferior a lo previsto si el yen se aprecia sobre el euro. Que el mayor riesgo de variación de las cuotas de amortización no estaba en las oscilaciones del tipo de interés aplicable, sino en el cambio aplicable a las monedas. Que el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente actúa como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital, lo que supone la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital y, a la vez, hace posible que la cuantía del propio capital se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas. Que precisamente porque esas variaciones imprimen al préstamo hipotecario un riesgo muy elevado el propio banco debe protegerse y para ello, además de fijar la responsabilidad hipotecaria por el contravalor en euros más un 25% adicional, en los casos mencionados, por lo que los prestatarios deberían arbitrar sus propias medidas de protección, que carecen de correlativo lógico en el contrato. Que la opción de cambiar la divisa aplicable al préstamo supone una previa consolidación en euros del capital prestado, esto es, la materialización en euros del incremento que la fluctuación de las monedas tiene sobre el principal prestado.

El demandante no es experto financiero. Desconoce la concreta operativa del producto que contrató, así como los riesgos inherentes al mismo. El banco debería haber explicado al demandante los riesgos del producto y las consecuencias que la contratación del mismo podían significar.

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.

La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas,

lo que les resultó perjudicial cuando el banco ejerció su facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortizar en un proceso de ejecución hipotecaria, que resultó ser superior al que habían recibido del prestamista al concertar el préstamo. (STS 15 de noviembre de 2015).

Y la conclusión que se desprende de esta aplicación es, como se ha expuesto, de conformidad con lo dispuesto por el Tribunal Supremo, que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013, de 9 de noviembre, hemos fundado en los arts. 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, porque el prestatario no ha recibido una información adecuada 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 el prestatario recibe sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

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.

Lo declarado 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. 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), a la que anteriormente nos hemos referido.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC, las costas se imponen a la parte demandada.

Por todo lo anteriormente recogido,

FALLO

Que, estimando sustancialmente la demanda interpuesta en nombre y representación de D. [Nombre] contra BANKINTER, S.A., declaro la nulidad parcial del contrato del préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes el día 19 de octubre de 2007, en el contenido relativo a la cláusula multidivisa, manteniéndose la vigencia del resto

del contrato sin la aplicación de tales contenidos, quedando el préstamo referenciado a euros y el tipo de interés al Euribor; condenándose a la entidad demandada a realizar un nuevo cálculo y liquidación sin aplicación de la misma, como si el préstamo hubiese sido otorgado en euros, quedando referenciado a euros y el tipo de interés al Euribor, y restituir a la actora las cantidades en euros que en su caso hubiera percibido en exceso desde la referida fecha. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA.- Contra esta Sentencia podrá interponerse recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, el cual deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de VEINTE días desde su notificación. Doy fe.

PUBLICACION.- La anterior Sentencia ha sido dada, leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la dictó, hallándose el mismo celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.