

**JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2
MEDINA DEL CAMPO**

SENTENCIA: 00100/2017

C/ GAMAZO, S/N
Teléfono: 983 80 07 47, Fax: 983 80 33 96
Equipo/usuario: MBA
Modelo: N04390

N.I.G.: 47085 41 1 2016 0001201

**NOTIFICACION
23/05/2017**

CARMEN GUILARTE GUTIERREZ
Procuradora de los Tribunales
Tel.:983155254 Fax:983375639
E-mail:cguilarte@procuradoresdevalladolid.es

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000 /2016

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. S
Procurador/a Sr/a. MARIA DEL CARMEN GUILARTE GUTIERREZ, MARIA DEL CARMEN GUILARTE GUTIERREZ
Abogado/a Sr/a. ,
DEMANDADO D/ña. BANKINTER SA
Procurador/a Sr/a. JOSE MIGUEL RAMOS POLO
Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A 100/17

Que dicta en Medina del Campo, a 15 de mayo de 2017, Dña. Irene Carvajal Crusat, Magistrado-Juez, en funciones de sustitución, del Juzgado de Primera Instancia nº 2, de Medina del Campo, en autos de juicio ordinario nº 601/2016, seguidos entre partes, de la una como demandante

representados por la procurador Sra. Guilarte y asistidos por la letrado Sra. León y de la otra como demandado Bankinter S.A., quien se personó en las actuaciones representado por la Procurador Sr. Ramos y bajo la asistencia letrada del Sr. Rego, sobre Nulidad Contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la Procurador Sra. Guilarte, en la representación que ostenta, se presentó demanda de procedimiento ordinario en la que, tras exponer los hechos que para una mayor brevedad procesal damos ahora por reproducidos, e invocar los fundamentos jurídicos pertinentes, terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que estimándose íntegramente la demanda se

1º- declare la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario de 22-8-2008 por vicio de consentimiento, en cuanto al clausulado referido a la formalización de la operación en divisa distinta del euro, Clausula Tercera A) Devengo y Calculo de

intereses, tipo de interés aplicable en divisas y como consecuencia de ello se condene a la demandada a liquidar el préstamo tomando como base o capital prestado los 104.400€ y aplicando las condiciones financieras, contemplado en el documento contractual Clausula Tercera A) Devengo y Calculo de intereses, esto es a un interés variable con periodicidad anual, determinándose el tipo de interés mediante adición de un margen de 0,70 puntos porcentuales al índice Euribor, todo ello durante el plazo estipulado en la escritura de préstamo aplicándose al pago de las cuotas que resulten de tal liquidación de cantidades abonadas por la actora en razón de la operación

2º-con carácter subsidiario se declare la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario de 22-8-2008 por falta de transparencia entendido como control de legalidad en cuanto al clausulado referido a la formalización de la operación en divisa distinta del euro Clausula Tercera A) Devengo y Calculo de intereses, tipo de interés aplicable en divisas y como consecuencia de ello se condene a la demandada a liquidar el préstamo tomando como base o capital prestado los 104.400€ y aplicando las condiciones financieras, contemplado en el documento contractual Clausula Tercera A) Devengo y Calculo de intereses, esto es a un interés variable con periodicidad anual, determinándose el tipo de interés mediante adición de un margen de 0,70 puntos porcentuales al índice Euribor, todo ello durante el plazo estipulado en la escritura de préstamo aplicándose al pago de las cuotas que resulten de tal liquidación de cantidades abonadas por la actora en razón de la operación

3º-Con carácter subsidiario se condene a la demandada a reparar los daños y perjuicios causados a la actora mediante liquidación del préstamo en moneda euros, por lo que se condena y como consecuencia de ello se condene a la demandada a liquidar el préstamo tomando como base o capital prestado los 104.400€ y aplicando las condiciones financieras, contemplado en el documento contractual Clausula Tercera A) Devengo y Calculo de intereses, esto es a un interés variable con periodicidad anual, determinándose el tipo de interés mediante adición de un margen de 0,70 puntos porcentuales al índice Euribor, todo ello durante el plazo estipulado en la escritura de préstamo aplicándose al pago de las cuotas que resulten de tal liquidación de cantidades abonadas por la actora en razón de la operación, y que se condene a la parte demandada a la imposición de las costas procesales.

Segundo. - Por decreto de fecha 9 de noviembre de 2016, se admitió a trámite la demanda y se acordó emplazar a la parte demandada a fin de que en el término de veinte días compareciese en autos y contestase a la demanda, lo que hicieron por medio de escrito en el que, después de analizar los hechos de aquélla y proponer su propia fundamentación jurídica, terminaban suplicando que se dicte sentencia

desestimando íntegramente la demanda, con imposición de las costas a la parte actora.

Tercero.- El día 8 de febrero de 2017, se celebró audiencia previa. Recibido a prueba el procedimiento se propuso y admitieron la documental, interrogatorio, testifical y pericial se convocó a un juicio, que se celebró el 3 de mayo de 2017.

Cuarto.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales oportunas.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.- Interesa la parte actora en la presente Litis que se declare la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario, formalizado el 22-8-2008, concretamente la eliminación de la Cláusula Tercera A) Devengo y Calculo de intereses, tipo de interés aplicable en divisas ya sea por error en el consentimiento o en su caso por falta de transparencia de la misma, por falta de información e incumplimiento de la normativa aplicable a este deber, con las consecuencias inherentes a tal declaración o subsidiariamente se condene a la entidad demandada al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por incumplimiento del deber de información prevenido en la normativa reguladora del mercado de valores.

Oponiendo la parte demandada caducidad de la acción de nulidad ejercitada por transcurso del plazo de 4 años, falta de complejidad del contrato, cumplimiento de la normativa de aplicación, validez del consentimiento, confirmación del negocio celebrado y inaplicabilidad de la nulidad parcial pretendida.

En este orden de cosas procede señalar que la partes en conflicto suscribieron, el 22 de agosto de 2008 contrato de préstamo hipotecario, para adquisición de vivienda, formalizado en 170.608,39 francos suizos (104.400€) contravalor en divisas amortizable en 300 meses y como primera fecha de pago el 22 de septiembre de 2008, estableciéndose en el mismo que la modificación del tipo de interés y/o divisa daría lugar al ajuste de las cuotas mensuales y disponiendo la cláusula tercera la opción de cambio de moneda y su comunicación. El tipo de interés en divisas es el libor y en EUROS el EURIBOR, con el diferencial en ambos casos pactado. El préstamo concedido por Bankinter tenía como finalidad cancelar las la hipoteca que, con anterioridad, gravaba la vivienda de los actores, y que fue concertada con la propia entidad demandada.

En la escritura notarial antescitada en su exponiendo tercero se indica que "los prestatario reconocen que este préstamo esta formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato exonerando a Bankinter S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la divisa elegida pueda ser superior al límite pactado . Si se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula 8ª de las financieras".

Segundo. - Por lo que atañe a la caducidad de la acción opuesta por la entidad demandada ha de indicarse que de conformidad al art. 1301 del Código Civil "La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...]".

En este sentido en la STS 769/2014 de 12 de enero de 2015 , interpretando el artículo 1301 CC se declaraba: «Al interpretar hoy el art. 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a " la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas ", tal como establece elart. 3 CC .

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

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

»Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación

del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".

Esta doctrina ha sido ratificada, entre otras, por STS de 7 de julio de 2.015 y STS 25 de febrero de 2016 Recurso: 2578/2013 " 2.- Respecto a la caducidad de la acción y la interpretación a estos efectos del art. 1.301 CC , hemos establecido en sentencias de esta Sala489/2015, de 16 de septiembre , y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , que «[e]n relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios , financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error". En el mismo sentido STS 29 de junio de 2016 recurso 453/2014 .

Con base a esta doctrina, trasladada al supuesto del presente recurso, el "dies a quo" para el cómputo del plazo de cuatro años del artículo 1301 CC, lo ha de ser cuando los demandantes conocieron las circunstancias sobre las que versa el error vicio base de la anulación instada, es decir, cuando pudieron despejar sus dudas sobre el verdadero alcance de la incidencia de la apreciación de la divisa sobre el capital debido.

A tales efectos, el propio demandante D. vino a manifestar en el acto de la vista, que pudo percatarse de la repercusión al alza del franco suizo, unos dos o tres meses después de formalizar la escritura notarial, esto es: hacia el mes de octubre de 2008, por lo que acudió a las oficinas de la demandada a efectos de manifestar su desacuerdo con la situación. Lo que ratifica la prueba documental aportada con la contestación a la demanda, en

concreto, los extractos remitidos a los prestatarios correspondientes a cada mensualidad satisfecha, donde se reflejan los tipos de cambio y de interés que se ha aplicado, el importe de las divisas adeudadas en la cuenta con su consiguiente contravalor en euros, el principal amortizado y la deuda pendiente en los que se hace constar "Información sobre los Cambios de Divisas y Tipos de Interés Relativos a la Divisa Actual de su préstamo Hipotecario".

Debe, por tanto apreciarse la caducidad de la acción deducida en la demanda, pues de los documentos aportados con la demanda se constata que en el último trimestre de 2008, los prestatarios tuvieron conocimiento de la repercusión del alza del franco suizo en el capital objeto de préstamo.

En consecuencia y teniendo en cuenta lo manifestado por el accionante de que tuvieron información suficiente y clara, hacia octubre o noviembre de 2008, para comprender el alcance real de las características y riesgos del producto adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error e interponerse la demanda el 13 de octubre de 2016 ha transcurrido, en exceso, el plazo de los cuatro años del artículo 1301 CCv, por lo que no procede entrar a valorar la acción de nulidad por error de consentimiento instada

Tercero.- En lo que atañe a las acciones subsidiarias ejercitadas: acción de nulidad parcial del contrato de préstamo por falta de transparencia del mismo y de resarcimiento de daños y perjuicios, procede con carácter previo indicar que una hipoteca multivisa, como la que es objeto del presente procedimiento, constituye una figura contractual distinta al "préstamo en divisa", el cual no contiene tal opción y precisa del consentimiento del prestamista para alterar la inicialmente elegida.

A tales efectos, tal y como señala la audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 15 de noviembre de 2016 recurso 580/2016 *"La hipoteca multidivisa es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que el capital y de las cuotas periódicas de amortización está expresado en una divisa extranjera, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del EURIBOR, en concreto; el LIBOR (London InterbankOfferdRate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres) al que se añade un diferencial fijo. Comúnmente se utilizan divisas de países en los que los tipos de interés son más bajos que los de la zona euro, con la posibilidad de que a instancias del deudor se pueda cambiar de divisa en función de la paridad con el euro, de manera que el prestatario pueda elegir la más favorable a sus intereses. La mecánica de ese tipo de préstamos es tan conocida como el Art.1170 de nuestro más que centenario Código Civil , que nos*

dice que: "El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España" en relación con el Art.1753 C.C . que nos dice "El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad." La conexión de estos de preceptos con el pacto de cambio de moneda nos lleva a varias conclusiones. La primera, que no hay imposibilidad de moneda porque siempre hay alguna pactada y, entre ellas, está la moneda nacional. La segunda, que siempre debe la misma cantidad; la pactada y en la moneda pactada, y de la que el deudor es dueño desde el momento en que firma el contrato, lo que ocurre es que en el momento del pago, está afectado por el tipo de cambio, de manera que según evolucione la cotización de la moneda elegida en relación con el euro, necesitara mayor o menor cantidad de moneda nacional para cumplir. El problema de este tipo de contratos no es de complejidad, es de riesgo de cambio de divisa en la fase de cumplimiento, y de información del riesgo en la fase precontractual. De este último aspecto nos ocuparemos mas tarde. La distribución contractual del riesgo de cambio, es equilibrada, porque tanto el acreedor como el deudor están sometidos al mismo riesgo, de manera que la pérdida de uno de ellos, y correlativa ganancia del contrario depende de un elemento objetivo, ajeno, y no controlable por ninguno de los contratantes; las oscilaciones de cotización de la divisa elegida y en el mercado elegido: el Español de Divisas".

En cuanto a la legislación aplicable, dada la fecha en que se perfeccionó la escritura de "préstamo en divisa con garantía hipotecaria" (2 de agosto del 2008) las disposiciones legales aplicables con carácter principal son: La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en las reformas efectuadas con anterioridad a la perfección del contrato (artículos 1 , 10 y 13).

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (artículos 1 , 2 , 5 , 6 , 7 , 8 y Disposiciones Adicionales Primera y Segunda, que modifican la Ley 26/1984 y la legislación hipotecaria). Aplicación refrendada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 .

La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de febrero. En el referido artículo se dispone que los contratos entre las entidades de crédito y la clientela se formalizarán por escrito debiendo reflejar, de forma explícita y con la necesaria claridad, los compromisos contraídos

por las partes y sus derechos ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras (a); imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito (b); efectuar la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a préstamos a intereses variables (c); 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, tal información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si se ajustan a sus necesidades y cuando puede verse afectada su situación financiera (d). El apartado 3 del artículo 48 establece que las disposiciones que puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias contempladas en el número 2 no podrán ofrecer un nivel de protección de la clientela inferior al que derive de las disposiciones que se aprueben por el Ministro de Economía y Hacienda al amparo de dicho número.

Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de la citada Orden -artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo -artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento - art. 7-; sin que pueda excluirse por no concurrir la circunstancia prevista en su artículo 1.3, de que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25 millones de pesetas, o su equivalente en divisas. Circunstancia que fue suprimida por la Ley 41/2007 al modificar el mencionado precepto que declaró aplicable " con independencia de la cuantía

". Derogación acorde con la condición de consumidor del cliente y mostrarse contrario dicho requisito a la finalidad principal de la norma de proteger al prestatario que suscribe un préstamo hipotecario, sobre todo cuando el préstamo está denominado en divisas, pues cuanto mayor sea el capital prestado en la misma proporción se incrementa el riesgo asumido por aquél.

Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica. Esta Ley extiende el deber de información de las entidades de crédito a los deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a interés variable, a los sistemas o productos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, sin que su contratación suponga la modificación del contrato de préstamo, cuyas características se harán constar en la oferta vinculante y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de dichos préstamos.

En lo que atañe a la aplicación la Ley de Mercado de Valores la STS 323/2015 de 30 de junio (Pleno) señala "La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley. La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto".

A tales efectos, sería aplicable el artículo 79 LMV, este precepto disponía que las entidades financieras debían atenerse a los siguientes principios y requisitos: "a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. b) Organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar

prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos. c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios. d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone. e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados..."

De igual modo, el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, que desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. En síntesis, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes: "1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos (...) 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata., Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos"

Sin embargo, la sentencia TJUE Sala 4ª de fecha 3 de diciembre 2015 en el asunto C-312/14 llega a conclusiones diametralmente opuestas al señalar : "En el presente asunto, se plantea la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus reembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de «servicios o de actividades de inversión» en el

sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39 .

Conforme a esta disposición, constituyen servicios y actividades de inversión cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I de esta Directiva en relación con cualquiera de los instrumentos enumerados en la sección C del mismo anexo.

Pues bien, debe señalarse que, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A.

En efecto, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago).

Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa, como ha venido indicándose por las diferentes audiencias Provinciales, entre ellas la de Madrid en la reciente sentencia de 19 de diciembre de 2016.

Con arreglo al artículo 4, apartado 1, punto 6, de dicha Directiva, ese concepto designa la negociación con capital propio que da lugar a la conclusión de operaciones sobre uno o más instrumentos financieros.

Pues bien, en el presente asunto, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no parece que las operaciones de cambio que efectúa una entidad de crédito en ejecución de un contrato de préstamo como el controvertido en el litigio principal se refieran a la negociación de uno más instrumentos financieros para concluir operaciones.

En efecto, tales operaciones de cambio no parecen tener otro objeto que permitir la concesión y el reembolso del préstamo.

Por otra parte, no puede mantenerse que las operaciones efectuadas en el marco de un contrato de préstamo como el controvertido en el litigio principal formen parte de la categoría de «servicios auxiliares» del anexo I, sección B, de la Directiva 2004/39.

A este respecto, si bien conforme al punto 2 de este anexo I, sección B, la concesión de un crédito o de un préstamo puede constituir un servicio auxiliar, esto sólo sucede si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación. Ahora bien, no se discute que el préstamo controvertido en el litigio principal no tiene como finalidad permitir que se realice una operación futura de este tipo.

En cambio, los contratos de crédito concedidos por una entidad de crédito que estén comprendidos en dicho punto 2 por tener esa finalidad quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48 en virtud del artículo 2, apartado 2, letra h), de esta Directiva.

Además, en el anexo I, sección B, punto 4, de la Directiva 2004/39 se mencionan los «servicios de cambio de divisas cuando éstos estén relacionados con la prestación de servicios de inversión».

De esta mención se desprende que los servicios de cambio, por sí mismos, no constituyen servicios de inversión del anexo I, sección A, de dicha Directiva.

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.

Por otra parte, en el marco de un contrato de préstamo como el controvertido en el litigio principal, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad.

De conformidad a la doctrina de esta sentencia hemos de concluir que la hipoteca multidivisa no es un producto de inversión, y como señala la Sentencia ya citada de 15 de noviembre de 2016 recurso 580/2016 "La doctrina del T.J.U.E., como máximo órgano judicial europeo que, entre otras funciones, tiene la de fijar la doctrina a seguir en materia de consumidores, y cuya jurisprudencia vincula a todos los Tribunales de los Estados miembros, sea cual sea su rango, debe ser aplicada con preferencia".

A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que en el anexo de la "Guía para la catalogación de los productos financieros como complejos o no complejos" editada por la C.N.M.V., la hipoteca multidivisa no figura como producto financiero complejo, y por último, la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2012 se ocupaba en el apartado 6.1.11 de las hipotecas multidivisas y con referencia al expediente N° NUM001 decía "**Normativa MIFID y del Mercado de Valores: Respecto de estas cuestiones, el Servicio no podía valorar el producto contratado bajo la óptica del estricto cumplimiento de los requisitos impuestos por la normativa MIFID y por la normativa del Mercado de Valores, aplicables solo a la contratación de productos de inversión por parte de los clientes de las entidades financieras, ya que el préstamo multidivisa no puede incardinarse en dicha categoría.*"

Por lo que no puede entenderse vulnerada la normativa de la Ley Reguladora del Mercado de Valores no habiendo lugar a la acción de resarcimiento interesada.

A partir de lo establecido con anterioridad en lo que a la falta de transparencia respecta, en primer lugar hemos de valorar si se 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, para determinar si por esta causa podría accederse a la acción subsidiaria ejercitada en la demanda.

Al respecto, la STS 14 de julio de 2016 recurso 1668/2014 vino a establecer que "El control de transparencia, tal y como ha sido configurado por esta Sala desde su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se refiere a las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato. Respecto de estas cláusulas, el control de transparencia, que se configura como un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, «tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (STS 241/2013, de 9 de mayo). Esta doctrina ha sido desarrollada y aclarada por sentencias posteriores, entre ellas las Sentencias 138/2015, de 24 de marzo, y 222/2015, de 29 de

abril . Esta última ofrece una explicación del sentido y alcance de este control de transparencia: «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 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 española 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. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación . Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá. »El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. »Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino 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».

Aplicada la doctrina expuesta al supuesto de autos, como ya se indicó, el préstamo concedido por Bankinter tenía como finalidad cancelar la hipoteca que, con anterioridad, gravaba la vivienda de los actores, concertada con la entidad demandada.



El préstamo multidióvisas no es ofrecido por la entidad Bankinter, sino que, por el contrario, son los actores quienes se personan en la oficina para concertarlo, así lo declaró D. en el plenario, pues ya tenían conocimiento del mismo y con la finalidad de rebajar los intereses.

La parte actora reconoció en el acto del juicio que este préstamo está formalizado en divisas, tal y como se recoge en la propia escritura notarial por lo que, según se indica en dicho documento público *"asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a BANKINTER S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la divisa de disposición del préstamo pueda ser superior al límite pactado"*.

El préstamo con garantía hipotecaria queda formalizado, mediante escritura de 22-8-2008, en 170.608,39 francos suizos (104.400€) contravalor en divisas, amortizable en 300 meses según cotización oficial del segundo día hábil anterior a la firma de la escritura, tal y como consta en la misma.

Así la cosas y como ya se ha indicado el deudor debe siempre la cantidad pactada y en la divisa pactada, o en Euros; en consecuencia, tanto el acreedor como el deudor están sometidos al mismo riesgo, de manera que la pérdida o aumento de valor de la divisa pactada les afecta por igual, sin que quede al arbitrio de una de las partes, pues depende de un elemento objetivo y no controlable por ninguno de los contratantes; cuales son las oscilaciones de cotización de la divisa elegida, en el tiempo pactado, el segundo día hábil anterior al periodo de revisión de divisa o euros y tipo de interés. El riesgo es común a ambos contratantes, pues los dos dependen de la cotización del yen, o de la divisa elegida de ejercitar la opción en cada amortización.

A mayor abundamiento y elección de los ahora actores podía representarse en cualquier otra divisa convertible en España o el Euro (€). La elección de nueva divisa o el euro debería notificarse a BANKINTER en los tres días anteriores al vencimiento de cada amortización. Por lo tanto, los periodos de mantenimiento eran mensuales, de manera que los demandantes podían cambiar de divisa todos los meses, calculándose el contravalor de la divisa saliente en base al cambio comprador del Euro publicado por la entidad financiera demandada en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto el cambio de divisa y la divisa entrante se calculará en base al cambio vendedor del Euro publicado por BANKINTER en el mismo plazo. De igual modo, podría traducirse a Euros, entendiéndose que si

no había orden en contrario la moneda del préstamo era la del periodo anterior.

Todas estas previsiones han de entenderse transparentes. Para el cambio de divisa o el cambio a Euros hay que vender la saliente y comprar la nueva a precio de mercado, con el consiguiente riesgo de que la paridad en esa fecha no sea favorable o no tan favorable como quisieran los interesados, por apreciación de la nueva moneda y correlativa depreciación de la moneda anterior o la originaria. Ahora bien, ese riesgo podría haber sido mitigado consultando las cotizaciones de las divisas a través de diversos medios o por internet (todos ellos accesibles a un consumidor medio, máxime cuando se solicitó este producto por los prestatarios) tres días antes del inicio del periodo de mantenimiento de moneda e interés, y contrastando con las informaciones mensuales que les remitía BANKINTER sobre la evolución del tipo de cambio y del tipo de interés.

En este sentido La memoria de actividades de 2012 del Servicio de reclamaciones del Banco de España en su epígrafe 6.1.12 señala: *"Tipo de cambio aplicado a la conversión a yenes del importe financiado: Los tipos de cambio son libres y pueden cambiar en cualquier momento, no teniendo las entidades obligación alguna de aplicar los tipos de cambio oficiales. Esto es, las entidades de crédito y de pago pueden aplicar en sus operaciones los tipos de cambio que acuerden con sus clientes, sin perjuicio de la obligación de cada entidad de aplicar los tipos que ha publicado para operaciones inferiores a 3.000 euros. Así, este Servicio ha de estar a lo específicamente pactado por las partes a este respecto, de tal manera que lo que resulta exigible es que la entidad se ajuste en esta conversión a lo convenido, y que los prestatarios conozcan con antelación la forma en que ese tipo de cambio se determinará. A este respecto, se pactó que la entrega del préstamo multidivisa se haría por su contravalor en las divisas convertibles en España. Dicho contravalor se calcularía según el cambio vendedor del euro que oferte la prestamista en el momento en el que la parte prestataria ordene la primera disposición, en relación con la divisa elegida y en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto la disposición del préstamo."*

En consecuencia, la regulación de los tipos de cambio según la escritura de préstamo respeta las prevenciones del Banco de España.

Lo que no podía ser conocido, en el momento de suscribirse el préstamo en divisas, era la evolución futura de la cotización de la divisa elegida; es decir, que se mantuviera en una posición estable o su volatilidad. Podrían hacerse estimaciones más o menos próximas, pero la realidad puede ser distinta; o lo

que es lo mismo, la evolución de la paridad €/Yen era un arcano para ambos contratantes.

El préstamo concertado el 22-8-2008 vence el 22-8-2033, es decir, veinticinco años, amortizable en 300 cuotas de principal más intereses.

De esta manera el pago ha de verificarse como establece el artículo 1170 CC, es decir, en la especie pactada y en la cantidad pactada, que era invariable (sin perjuicio del capital amortizado en la divisa pactada) salvo que el deudor cambiase la divisa del préstamo y pago, también en euros.

El problema es, como se ha indicado, el de variación de la paridad Franco suizo/€. Por tanto mientras la paridad se mantuviese favorable al Euro (euro fuerte y franco suizo débil) los actores resultaban beneficiados; empero, dejaba de ser beneficioso en caso contrario, y eso no depende, en absoluto, ni de los prestatarios ni de BARKINTER; sino de circunstancias ajenas a las partes (las oscilaciones de la divisa), y ninguna podía controlarlo. Aunque pudiera haber previsiones al respecto, en modo alguno, podrían extenderse a la duración del préstamo (25 años).

El tipo de interés pactado es el LIBOR, más 1,10%, que también es un índice que se publica a diario y que, con frecuencia, es utilizado en las operaciones mercantiles. LIBOR y EURIBOR son conceptualmente lo mismo. Ambos son promedios de las tasas de interés que cobran los bancos por los préstamos entre sus miembros en una serie de diferentes períodos de tiempo. Se utilizan como un punto de referencia para los tipos de interés de otros instrumentos financieros, como préstamos e hipotecas comerciales. La diferencia reside en la forma de cálculo.

El LIBOR se calcula sobre el promedio de 16 bancos en operaciones sobre múltiples divisas descontando el 25% de los índices más bajos y de los más altos. El EURIBOR se calcula sobre el promedio de operaciones de 57 bancos sobre una única divisa, y descontando el 15% de los índices más bajos y de los más altos.

En la escritura se pacta el LIBOR para las divisas y el EURIBOR para el Euro.

Con tales presupuestos cabe concluir que la redacción de las cláusulas resulta fácil de leer para un consumidor medio. Entendemos que también pueden ser entendidas, resultando claro que el préstamo litigioso está en divisas, y cualquier consumidor medio sabe que la cotización de las mismas no es estable, por su oscilación al alza o a la baja. Las cotizaciones de las divisas y sus oscilaciones se pueden consultar en cualquier medio de comunicación, incluso día a día, y de hecho es frecuente su

consulta, así en supuestos de viajes a países fuera de la zona euro, compras con tarjeta de crédito, etc.

En consecuencia, al tratarse de un préstamo multidivisas, el consumidor medio tiene conocimiento de que se encuentra ante un producto de riesgo, precisamente por las oscilaciones de la divisa.

De igual modo, resulta evidente que los periodos de mantenimiento de la divisa (o Euros) e intereses (bien Libor para las divisas o Euribor para el Euro) eran mensuales, por lo que bastaba con observar el comportamiento del cambio durante poco tiempo; así en dos o tres meses, para evitar el perjuicio de la fluctuación respecto de la divisa elegida en cada momento y en ningún momento se solicitó por los acrees el cambio a otra divisa distinta al franco suizo o al euro, cuando, de manera expresa, se les permitía efectuar el cambio mes a mes. Téngase en cuenta informaciones mensuales que BANKINTER facilitaba al cliente sobre la evolución del préstamo, y que constan en las actuaciones.

De todo lo expuesto en el presente fundamento se concluye que el préstamo multidivisas litigioso ha de entenderse transparente, conforme a la doctrina jurisprudencial reseñada, sin que por la entidad demandada se incumpliera la legislación aplicable, y los ahora actores estaban informados de lo que contrataban y del riesgo de cambio. Pues como señala la AP de Madrid en sentencia de 30 de junio de 2016 Recurso: 387/2016 *"No cabe duda que la complejidad del préstamo multidivisas es mayor que la de un préstamo sin la referida cláusula, pues al riesgo de variación del tipo de interés se une el de la fluctuación del tipo de cambio de divisa, pero tales parámetros (moneda en que se efectúa el préstamo y el índice empleado) no desvirtúan la naturaleza del contrato ni lo convierten en un producto asimétrico entre las partes, perjudicial para el cliente y beneficioso exclusivamente para la entidad bancaria, como se relata en la demanda"*.

En aras a lo expuesto procede la estimación de la acción subsidiaria ejercitada, al no apreciarse incumplimientos por la parte demandada, ni, en consecuencia, procede la indemnización de daños y perjuicios.

Cuarto.- En materia de costas procesales dado que las conclusiones acerca del producto no son pacíficas, así la STS Pleno de 30 de junio de 2015 con relación a la STJUE 3 de diciembre de 2015, y la disparidad de criterios mantenidos por las diferentes Audiencias Provinciales determinan que deben de apreciarse serias dudas de hecho y de derecho que, a tenor de los artículos 394 y 398 LEC, lo que implica que no proceda efectuar pronunciamiento de condena en costas a ninguna de las partes.

FALLO

Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procurador Sra. Guilarte en representación de frente a Bankinter S.A. **DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a** Bankinter S.A. de las pretensiones de la parte actora, sin efectuar pronunciamiento sobre las costas causadas.

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