



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 05 DE FUENLABRADA

C/ Rumanía, 2 , Planta 3 - 28943

Tfno: 915580037

Fax: 915580108

42010143

NIG: 28.058.00.2-2015/0001204

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 184/2015

Materia: Otros asuntos de parte general

PA

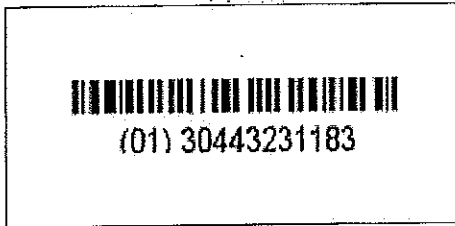
Demandante: D./Dña.

I

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL PILAR FERNANDEZ GUERRA

Demandado: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

PROCURADOR D./Dña. JUAN JOSE MARTINEZ CERVERA



SENTENCIA Nº 243/2015

En Fuenlabrada, a 25 de noviembre de 2015

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Guillermo Cortés García-Moreno, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número cinco de Fuenlabrada, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO, seguidos ante este Juzgado bajo el número 184/15, a instancias de D.

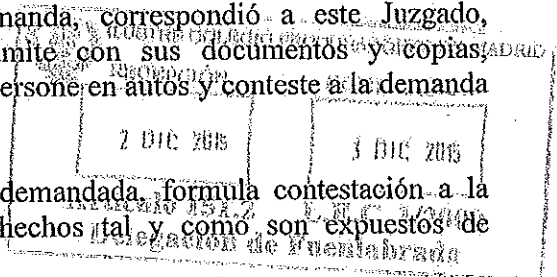
representados por la Procuradora de los Tribunales Dª. Pilar Fernández Guerra, bajo la asistencia del letrado frente a la mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A, representada por el Procurador D. Juan José Martínez Cervera, y asistida por la letrada D. Daniel Machado Rubiña.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la indicada presentación procesal de los actores se interpone demanda de juicio ordinario en la que, expuestos los hechos y alegados los fundamentos jurídicos en que basa su pretensión, termina por suplicar del Juzgado se dicte sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en la misma.

SEGUNDO.- Por turnada la anterior demanda, correspondió a este Juzgado, dictándose Decreto por el que se admite a trámite con sus documentos y copias, emplazándose a la parte demandada a fin de que se personen en autos y conteste a la demanda en el término improrrogable de veinte días.

TERCERO.- Personada en autos la parte demandada, formula contestación a la demanda, mostrando su disconformidad con los hechos tal y como son expuestos de



Madrid

contrario y, alegados los fundamentos de derecho que estima aplicables al caso, suplica del Juzgado se dicte sentencia por la que se desestime la demanda y se absueve a la demandada y todo ello sin imposición de costas.

CUARTO.- En virtud de Diligencia de Ordenación se convocó a las partes a la audiencia, previa al juicio, prevenida en el art. 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, celebrándose la misma en el día y hora fijada al efecto con el resultado que obra en autos, desestimándose las excepciones procesales planteadas por el demandado, y proponiéndose las pruebas que las partes consideraron pertinentes. En el acto del juicio oral se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, y tras las conclusiones de las partes quedaron los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han seguido los preceptos y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La acción ejercitada y las causas de oposición

Como quedó determinado en la audiencia previa, la acción ejercitada en la demanda pretende la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito entre las partes en las cláusulas relativas a la modalidad multidivisa y la declaración del importe adeudado por los demandantes por referencia al resultado de disminuir al capital prestado en euros (129.100.- euros) la cantidad ya amortizada en concepto de principal como al pago de comisiones de cambio. Los hechos que sirven de base para esta pretensión se refieren a la defectuosa información facilitada a los actores sobre el funcionamiento y los riesgos de la cláusula multidivisa y, el incumplimiento de las normas imperativas.

Se alega como causa de nulidad el error como vicio del consentimiento prestado por los demandantes, al amparo de lo establecido en los artículos 1265, 1266 y 1269 y concordantes del Código Civil (CC).

El planteamiento principal de la acción de nulidad es la nulidad parcial.

Se insta, en segundo, lugar la declaración de nulidad por error como vicio del consentimiento de la cláusula 3.3 denominada "Limite a la variación del tipo de interés aplicable" contenida en la Escritura del Préstamo Hipotecario de fecha 27 de diciembre de 2006, condenando a la entidad demandada a reintegrar a los actores los importes abonados en exceso en concepto de intereses en aplicación de la "cláusula suelo", así como los intereses legales a contar desde su indebido abono.

La demandada alega, al margen de las excepciones procesales ya resueltas en la audiencia previa (defecto legal en el modo de proponer la demanda; indebida acumulación objetiva de acciones; y en su caso, falta de competencia objetiva del Juzgado), la **caducidad de la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento.**



Madrid

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

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

del contrato. Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que **sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes.**

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

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

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

Las demás causas de oposición a la demanda, discuten todos los hechos y fundamentos jurídicos que le sirven de soporte. Sobre los hechos, ya se ha indicado que la defensa del Banco Popular alega que los demandantes recibieron un préstamo en yenes que debe ser devuelto en yenes, con pleno conocimiento de los riesgos asociados al tipo de cambio y que la firma del contrato obedeció a las favorables previsiones existentes en su momento. Según la contestación a la demanda, fueron los actores quienes asumieron la iniciativa contractual de solicitar esta modalidad concreta de hipoteca multidivisa.

En el mismo sentido se alega como causas de oposición a la demanda: la licitud de la cláusula suelo, que define el objeto principal del contrato, no siendo susceptible de ser sometida a control de contenido sobre su carácter abusivo; cumplimiento de los requisitos de incorporación y transparencia; que no comporta una ruptura de equilibrio negocial ni falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes; y la inexistencia de error en el consentimiento.

SEGUNDO.- Los hechos reconocidos por las partes y derivados de documentos no impugnados.

Se expondrán a continuación los hechos que se entienden probados porque han sido reconocidos por las partes y/o derivan de documentos no impugnados. Estos hechos serán completados con los que se añadirán sobre determinados datos concretos de la información facilitada a los demandantes y de otros aspectos relevantes del proceso de contratación.

1.- Las partes (Banco de Galicia y los demandantes) firmaron el préstamo con garantía hipotecaria documentado en la **escritura pública de 27 de diciembre de 2006**. La escritura, que obra como documento 1 de los aportados con la demanda, fue redactada conforme a la

minuta facilitada por la entidad financiera, como se indica expresamente en la página 58 de la misma.

2.- En la cláusula 3.3 se establece: "Limite a la variación del tipo de interés aplicable": "(...) el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del CUATRO CON CINCUENTA (4,50) por ciento.

3.- En fecha 9 de abril de 2008, las partes firmaron nuevo contrato de préstamo con garantía hipotecaria, con un capital prestado de 20.965,840 yenes, equivalente a 129.100 euros.

TERCERO.- En cuanto a la posible anulabilidad de la denominada cláusula "suelo", o de limitación a la variabilidad del tipo de interés mínimo, que por valor del 4,50 % fue incluida como cláusula 3.3 en la escritura del primer préstamo hipotecario, procede analizar la doctrina jurisprudencial creada en torno al control de transparencia y abusividad aplicable de oficio por el órgano judicial.

Así, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, y ulterior auto aclaratorio de 3 de junio de 2013, crean jurisprudencia al respecto, afirmando que como regla general la cláusula suelo ostenta la consideración de condición general de la contratación, al ser una cláusula impuesta no negociada individualmente con el consumidor, por lo que, aun cuando afecta al objeto principal del contrato (esto es, al precio), puede ser sometida al control de abusividad por parte del juez, al no integrar el elemento esencial del negocio jurídico (el objeto como tal, art. 1265).

Por tanto, según la doctrina del Tribunal Supremo, tales cláusulas deben superar dos niveles de enjuiciamiento diferentes:

(i) el primero (Test de incorporación), si la cláusula es clara en sí misma, valorando cómo se incorporó al contrato;

(ii) y en segundo lugar (Test de transparencia), en relación al grado de conocimiento que tenía el cliente respecto a la incorporación de dicha cláusula, y si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas que conllevaba su aceptación.

Así, el TS fija en su FJ 225, cuál es el test de transparencia que deben superar tales cláusulas, analizando los siguientes pasos.

a) Condiciones generales de la contratación.

Existen dos premisas fundamentales para poder entrar a valorar si una cláusula es o no abusiva al amparo de la LCGC 7/1998, de 13 de abril; la primera, que el contrato haya sido suscrito entre un profesional y un consumidor; y la segunda, que estemos ante una condición general de la contratación.

Respecto al primer de los puntos, el Art. 3 TRLCGC contiene una definición legal según el cual "a los efectos de dicha Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". La SAP de Barcelona, sección 15ª, de 26 de enero de 2012 añade lo siguiente "consumidores aquella

persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros".

En este caso, no se fijó en el acto de la audiencia previa como hecho controvertido que los actores, personas físicas, no ostentaran la cualidad de consumidor y usuario, en la medida que el préstamo fue suscrito a fin de adquirir su vivienda habitual, por lo que es claro que concurre dicho elemento.

En cuanto al segundo elemento, tampoco es controvertido que la cláusula suelo tiene el carácter de contractual y que su inclusión en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores es facultativa. Ahora bien, el hecho de que no se incluyan necesariamente en todos los contratos no obsta a la consideración de que se trata de cláusulas pre-redactadas y destinadas a ser incorporadas a una multitud de ellos, lo que la convierte en una condición general. En suma, estamos ante una "condición general de la contratación" del apartado 1 del artículo 1 LCGC a cuyo tenor: "son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Así, como dice la STS de 9 de mayo de 2013, en sus fundamentos jurídicos 137 y 138, para que una cláusula tenga la consideración de condición general, debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar pre-redactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

138. De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante:

- a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y
- b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los

consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores":

Aplicando tales preceptos y requisitos al caso que nos ocupa, cabe concluir que la cláusula suelo recogida en la estipulación 3.3, que recoge una limitación a la variabilidad del tipo de interés del 4.50% es una condición general de la contratación, toda vez que constituye una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos.

b) El control de las condiciones sobre el objeto principal del contrato

Una vez concluido que la cláusula suelo es una condición general de la contratación, procede analizar si puede entrarse en el control de su abusividad por venir referida al precio y, por tanto, al objeto principal del contrato.

El TS, en sus FJ 184 a 190, analiza de forma pormenorizada esta cuestión y llega a la conclusión, de que las cláusulas suelo, efectivamente, forman parte del objeto principal del contrato pero no constituyen su elemento esencial, el cual estaría configurado por el préstamo a interés variable de ahí que sí pueda entrarse en el control de abusividad.

"El decimonoveno considerando de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) indica que "[...] a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor".

185. De forma coherente con tal planteamiento, la expresada Directiva dispone en el artículo 4.2 que "[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

186. No define la norma qué debe entenderse por cláusulas "que describan el objeto principal" del contrato o referidas "a la definición del objeto principal", ante lo que la doctrina se halla dividida:

a) Un sector doctrinal diferencia entre las cláusulas "principales" que son las que definen directamente el "objeto principal" y las cláusulas "accesorias" que no definirían el "objeto principal". Según esta tesis la cláusula limitativa de la variación del tipo de interés realmente no regularía el precio pactado, ya que nada más se aplicaría en el supuesto de que se produjese la situación prevista como eventual.

b) Otro sector sostiene que para enjuiciar si una cláusula se refiere a la definición del objeto principal, hay que estar a la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula. Según esta postura, todo lo que se refiera al "precio" en un contrato oneroso, por muy improbable e irrelevante que sea o pueda ser en la práctica, debe entenderse incluido en la excepción al control de abusividad previsto en la Directiva.

c) Un tercer sector sostiene que para decidir si una cláusula define el "objeto principal" debe atenderse a la importancia que la misma tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico. De acuerdo con esta posición las cláusulas referidas a situaciones hipotéticas que razonablemente se perciben como algo muy improbable carecen de importancia y entran a formar parte del "objeto principal" del contrato incluso si se refieren al mismo.

187. Por su parte, el IC 2000 diferencia entre "[l]as cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva".

188. En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13/CEE: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom)-, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".

189. En el caso sometido a nuestra decisión, las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato.

190. En consecuencia, debe confirmarse en este extremo la sentencia recurrida: las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial.

En suma, la regla general es que tales cláusulas, en la medida en que se refieren al objeto principal del contrato, definiendo esencialmente su contenido, no son susceptibles de ser sometidas al control de abusividad por falta de reciprocidad de prestaciones, al estar ante contratos con obligaciones recíprocas.

Sin embargo, al no formar parte del elemento esencial, sí pueden someterse al control de transparencia, tal como sostiene el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, con cita de sus sentencias anteriores 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre (RJ 2010, 8021), RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre (RJ 2011, 148), RC 1074/2007, y STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, la cual permite que las legislaciones nacionales establezcan normas más estrictas siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

Como expone el Tribunal Supremo (FJ 196):

"196. a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato.

b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio.

197. Sin embargo, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone".

Por todo ello, procede concluir que si bien es cierto que la cláusula suelo es una condición general de la contratación, en la medida en que afecta al objeto principal del contrato, describiendo el precio, no puede ser sometida al control de abusividad por falta de reciprocidad de prestaciones, pero sí someterla al doble control de transparencia como luego se analizará.

c) Control de transparencia en cuanto a la incorporación de la cláusula suelo.

Por tanto, el TS distingue en los FJ 198 y siguientes, dos niveles en el control de transparencia: un primero, relativo a cómo se incorpora esa cláusula al contrato y si la misma, en sí misma considerada, es o no clara, control de oficio que tiene su encaje legal en el artículo 5.5 LCGC a cuyo tenor -"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, y Art. 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-.

Entrando ya en el análisis del primer nivel, de la lectura del contrato de préstamo hipotecario se puede concluir que las cláusulas, leídas de forma aislada, son claras, tal como alega la parte demandada, y por tanto, cumplen los requisitos del artículo 80.1 TRLCU a cuyo tenor "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; 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".

Ahora bien, lo que habrá que analizar a continuación, es cómo se incorporó esa cláusula al contrato. Cabe recordar que la OM de 5 de mayo de 1994 regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores, la cual exige, en resumen, que el banco entregue al cliente solicitante del préstamo hipotecario un folleto informativo, le sigue una oferta vinculante que incluye las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), se le debe de dar al cliente la posibilidad de examinar la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes y a advertir al cliente sobre las circunstancias del interés variable, y muy especialmente, de la existencia de limitaciones a la variación del tipo de interés, y si son o no semejantes tanto al alza como a la baja. Si se cumplen tales requisitos, se puede concluir que la incorporación de la citada cláusula al contrato, garantiza de manera razonable los requisitos exigidos por la LCGC. Así, en palabras del TS (FJ 215):

a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.



b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

De los documentos obrantes en autos, no queda suficientemente acreditado que se cumpliera tal proceso informativo, pues si bien se aporta oferta vinculante, no consta que se le hubiere informado de su derecho a examinar el préstamo hipotecario tres días antes de la firma ante el Notario de la escritura pública, ni que éste, al margen de leer la citada escritura sucintamente, explicara expresamente a la actora que dicho préstamo hipotecario contenía una cláusula suelo con unas precisas repercusiones económica y jurídicas. Por tanto, no hay prueba suficiente de que se cumplen los requisitos legalmente exigidos por la OM de 5 de mayo de 1994, por lo que cabe declarar que la cláusula no superaría el primer test de incorporación.

d) Control de transparencia propiamente dicho.

Y nuevamente, cabe decir que la cláusula, aunque puede ser clara en su redacción y de forma aislada, resulta "enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultan su identificación y las consecuencias que conlleva de tal modo que le impide al consumidor conocer el alcance del objeto principal del contrato" impidiendo al consumidor conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente le suponía para él la incorporación de dicha cláusula y la onerosidad o sacrificio patrimonial que le iba a conllevar a cambio de la prestación económica que pretendía obtener, así 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". (FJ 210).

De tal manera que la cláusula suelo, recogida después de las normas sobre fijación del tipo de interés, convierte de forma sorpresiva para el consumidor un préstamo a interés variable en otro fijo sin poder beneficiarse de las bajadas del tipo de referencia (FJ 217). De hecho, al estar enmascaradas con otros datos, hace que el consumidor no centre su atención en la cláusula suelo sino en el diferencial, que es lo que normalmente le sirve para decantarse por una oferta u otra (FJ 218). Es más, la cláusula suelo inclusive puede ser considerada un derivado financiero enmascarado pues si el tipo de referencia se sitúa por debajo del suelo, el cliente abonará la diferencia, por lo que es esencial que conozca de su existencia, de su incorporación y de las posibles consecuencias a fin de valorar si es proporcional al riesgo que él asume o no.

En definitiva, concluye el TS en sus FJ 223 y ss:

" 223. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas -generales o particulares- de los suscritos con consumidores.

224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo - recordemos que el BE indica que "estas cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en dichas cuotas"-, de forma que el contrato de préstamo,

teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza.

225. En definitiva, las cláusulas analizadas, no son transparentes ya que:

- a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar.
- d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.
- e) En el caso de las utilizadas se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".

Ninguna prueba obra en las actuaciones que permita acreditar que la entidad bancaria satisfizo los parámetros que, entre otros diversos, cita el Tribunal Supremo para concluir la existencia de un proceso de transparencia.

e) Del carácter abusivo de la cláusula.

Por último, una vez concluida que la cláusula suelo examinada no cumple el deber de transparencia en los términos indicados, debe analizarse si es o no abusiva por causar un desequilibrio en perjuicio del consumidor. Ante la ausencia de una norma nacional y comunitaria que defina qué se entiende por "tal desequilibrio" el TS, en el FJ 253 de su sentencia, da las pautas necesarias para ello:

"Es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto".

Y añade en los FJ 257 a 259: " No es preciso que exista equilibrio "económico" o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo".

En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso".

Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas -contratos de préstamos hipotecarios a interés variable-, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto, que dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como "variable". Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza".

Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73) ».

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 (STS 24 de marzo de 2015).

En este caso, concurren tales requisitos pues es el cliente quien sufre la pérdida del derecho a beneficiarse de las bajadas del tipo de interés, máxime cuando en este caso, existe una falsa reciprocidad entre el techo y el suelo, cuando la evolución de los tipos de interés dice que es difícil que se pueda llegar al techo, y cuando se priva al consumidor de la posibilidad de beneficiarse de la reducción del tipo de interés, sin que haya resultado probado en modo alguno que los demandantes tuvieran la información precisa para prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para ellos se derivaban. Hay que destacar que los demandantes tenían, en el momento de la contratación, 19 y 21 años, y que habían empezado a trabajar, él como cerrajero y ella como auxiliar administrativo, por lo que su formación o conocimiento sobre el producto contratado era nulo.

Declarada la abusividad de la cláusula suelo por falta de transparencia, ello implica un error como vicio del consentimiento prestado por los demandantes, por lo que la consecuencia jurídica que procede es la de declarar la nulidad de la misma, no así la del resto del contrato, que sigue en vigor, pues si bien es cierto que se refiere al objeto principal del contrato, no es un " elemento esencial del mismo " y con ello no forma parte de su objeto y causa.

Según Sentencia del pleno del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2015. "Se fija como doctrina: Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9

de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula **a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013**”

CUARTO.-La naturaleza y las características de la hipoteca multidivisa.

Las hipotecas multidivisa han sido objeto de diversas resoluciones judiciales en los últimos años. El esquema básico de funcionamiento de este producto responde a la conjunción entre un préstamo con garantía hipotecaria al modo convencional y una particular forma determinar la moneda en la que se entrega el capital y en la que deben abonarse las cuotas periódicas de amortización, que, en términos muy generales, puede realizarse en distintas divisas, a elección del prestatario, aunque en ocasiones se requiere el consentimiento de la entidad bancaria. Se supone que, en términos muy simples, la ventaja de este tipo de préstamos multidivisa está en utilizar como referencia una moneda depreciada respecto del euro si los tipos de interés del país de esa moneda son más bajos que los del euro, así como en la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro.

En la reseña de la jurisprudencia existente sobre las hipotecas multidivisa es ya clásica la cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 16 de marzo de 2012 que indica que los préstamos multidivisa responden a una operativa nacida con vocación de ser utilizada fundamentalmente por empresas que comercian en el ámbito internacional y no tanto para ser un instrumento de crédito para el consumidor, aunque nada impide a éste asumir el riesgo que entraña, si es consciente de las ventajas e inconvenientes que puede reportar. El considerable nivel de complejidad que tienen los préstamos hipotecarios multidivisa como el que se analiza se debe a que para entender su funcionamiento y sus ventajas es necesario conocer la operativa de referencias como el LIBOR, sobre las que un ciudadano medio carece de información, así como de los factores que intervienen en las variaciones de los tipos de cambio en el mercado de divisas, factores que por su diversidad, ajenez y especialidad, no están al alcance de la información generalmente accesible para un consumidor y cliente minorista.

La STJUE de 30 de abril de 2014 en el asunto C-26/13, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Kúria (Tribunal Supremo) de Hungría, relacionada con un contrato identificado como «préstamo hipotecario denominado en divisas, garantizado mediante hipoteca» firmado entre un consumidor y una entidad bancaria. Conforme a la cláusula I/1 de dicho contrato, Jelzálogbank concedió a los prestatarios un préstamo por importe de 14.400.000 forintos húngaros. En el préstamo se había estipulado que «la determinación en divisas de la cuantía del préstamo se realizará al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera -francos suizos- aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo». Así, el préstamo se representó en 94.240,84 francos suizos (CHF). Los prestatarios debían devolver esa suma en veinticinco años, mediante cuotas mensuales. Pero según la cláusula III/2, el prestamista fijaría "el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de

venta de la divisa [extranjera] aplicada por el banco el día anterior al del vencimiento", de modo que se sometía el importe de las cuotas al riesgo de fluctuación.

Esta cláusula había sido declarada abusiva en primera y en segunda instancia porque no era clara y comprensible y no permitía conocer la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución. Además de ello, se había considerado abusiva porque facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas sobre la base de la cotización de venta de la divisa, mientras que el importe del préstamo entregado se fijó por este último en función de la cotización de compra que aplica para esa divisa, lo que le confería una ventaja unilateral e injustificada en el sentido del artículo 209 del Código civil húngaro, porque realmente no ponía a disposición del prestatario divisas extranjeras, sino que hacía depender el importe de la cuota mensual de devolución, denominado en forintos húngaros, de la cotización corriente del franco suizo, como índice para fijar el importe de las cuotas de devolución del préstamo entregado en forintos húngaros. Es decir, no realizaba a favor de los prestatarios ninguna prestación de servicios financieros de compra o de venta de divisas, por lo que no podía aplicar un tipo de cambio a efectos de la amortización del préstamo distinto del utilizado en el momento de su entrega, en concepto de contrapartida de una prestación de servicio virtual.

El Jelzalogbank recurrió en casación y es en ese contexto en el que el Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial, sobre tres extremos distintos: si la cláusula discutida formaba parte de la definición del objeto principal del contrato, el alcance de los requisitos de transparencia de este tipo de cláusulas y los efectos de la declaración de abusividad sobre el contrato. En lo que ahora interesa, el TJUE establece en su sentencia que la exigencia de transparencia (claridad y comprensibilidad, en términos del artículo 4.2.) de las cláusulas contractuales no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical (apartado 71), porque el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 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 y, en consecuencia, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Y, en concreto, en una hipoteca en divisa extranjera, una cláusula contractual como la cláusula III/2 antes mencionada, que permite al profesional calcular la cuantía de las cuotas mensuales de devolución en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por ese profesional, produce el efecto de elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite máximo. Recuerda el TJUE que los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13, y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma otorgan una importancia esencial para el cumplimiento del requisito de transparencia a la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (apartado 73). Para ello, el tribunal nacional debe determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el



mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo. Es decir, el contrato de préstamo debe exponer de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

QUINTO.- Los riesgos principales de la hipoteca multidivisa.

La verdadera naturaleza, el modo de funcionamiento y los riesgos que entraña la hipoteca multidivisa que aquí se enjuicia entrañan una considerable complejidad para clientes minoristas sin una adecuada formación, sin relación con los mercados financieros y con ingresos y gastos exclusivamente en euros. Obviamente, su funcionamiento y sus riesgos pueden llegar a entenderse con una adecuada explicación y si la forma en la que se pacta recoge de forma clara y transparente los derechos y obligaciones de las partes y todas las variables que resultan de interés en la carga jurídica y económica del contrato de préstamo y en la afectación que ello supone para la garantía hipotecaria, pero no es una tarea que, en este caso concreto, pueda calificarse de sencilla.

El considerable nivel de complejidad que tiene este préstamo hipotecario multidivisa se debe a que para entender su funcionamiento y sus ventajas es necesario conocer la operativa de referencias como el LIBOR, sobre las que un ciudadano medio carece de información, así como de los factores que intervienen en las variaciones de los tipos de cambio en el mercado de divisas, factores que por su diversidad, ajenidad y especialidad no están al alcance de la información generalmente accesible para un consumidor y cliente minorista. A ello habría que añadir que un ciudadano con el perfil de los demandantes sólo podría entender el funcionamiento y los riesgos de lo que contrata si recibe la información adecuada sobre lo que significa realmente el riesgo de cambio de las monedas. Ciertamente, los efectos de ese riesgo son tan sutiles que pueden pasar desapercibidos para un consumidor medio sin especial información, pese al impacto económico que luego supondrán durante la vida del contrato. Veamos de forma separada los distintos tipos de riesgo:

1.- El tipo de interés aplicable, que es el primer factor de riesgo en un préstamo a interés variable, depende de una referencia como el LIBOR (London Interbank Offered Rate, en términos muy resumidos, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres) sobre el que un cliente minorista español no dispone de especial información, a diferencia de lo que puede suceder, por ejemplo, con el Euribor, respecto del que los medios de comunicación ofrecen información periódica, homogénea y entendible. Es un hecho notorio que debe ser tenido en cuenta, que Barclays Bank fue multada en junio de 2012 en Estados Unidos y en Reino Unido por actuaciones de manipulación del LIBOR entre 2005 y 2009, consistentes, según la Autoridad de Servicios Financieros (FSA) británica, en favorecer los intereses de la entidad, particularmente en instrumentos financieros derivados y en facilitar después del estallido de la crisis financiera datos inferiores a los reales sobre el interés pagado en el mercado interbancario, para aparentar una situación de adecuada capitalización, en cuanto

recibía dinero a bajo interés, cuando realmente el interés real era superior al declarado. Se entenderá, sin necesidad de una especial explicación, la absoluta dificultad de concretar el efecto preciso que esas conductas hayan podido tener sobre este préstamo hipotecario.

2.- El riesgo de fluctuación de la moneda es un riesgo esencial con un impacto económico importantísimo sobre la vida del contrato. Las implicaciones de la diferencia entre la moneda nacional del prestatario, que es la moneda en la que el consumidor opera, porque en ella recibe sus ingresos y tiene sus activos (también llamada moneda funcional) y la moneda del crédito (moneda nocional) son esenciales. Hay dos cuestiones distintas en el riesgo asociado a la fluctuación del tipo de cambio:

a). El riesgo más evidente es el siguiente: quien recibe un préstamo en yenes para afrontar deudas en euros y se obliga a devolver ese préstamo en yenes (o en otra divisa de su elección) tenderá a pensar, salvo que se le explique lo contrario, que el capital que debe es una suma prefijada que ha quedado determinada en euros y que, como tal, sólo podrá modificarse a la baja, en mayor o medida, al restar las cuotas amortizadas. Es decir, tenderá a pensar que el capital prestado es de los euros que necesita y que se irá reduciendo en función del contravalor en euros de los yenes pagados. Asumirá, pues, el riesgo de que la fluctuación de los tipos de cambio perjudique el valor en euros de las cuotas amortizadas. Este riesgo puede tener una doble representación mental para quien realiza el esfuerzo económico en euros: (i) con la misma cantidad de euros se podrá amortizar menos capital, si el tipo de cambio es desfavorable al euro o (ii) para mantener el mismo nivel de reducción de capital es preciso aportar más euros, lo que se traduciría en una subida de la cuota.

b). Ahora bien, además de estos riesgos, existe otro más importante asociado a la fluctuación de los tipos de cambio, que explica que, pese al pago de las cuotas y pese a que éstas retribuyen capital e intereses, el capital del préstamo no se reduzca, sino que se incremente, y es que el tipo de cambio se aplica no sólo a las cuotas periódicas de amortización, sino que supone también un recálculo constante del capital prestado, que no es una cantidad fija, sino una representación en yenes de los euros recibidos que se recalcula cada mes en función del tipo de cambio. Este riesgo explica que el consumidor no adecuadamente informado supusiera que, por haber amortizado capital ha reducido su deuda, cuando realmente no sólo no es así sino que su deuda se puede ver incrementada.

Todos estos riesgos tienen dificultad añadida: las cuotas de amortización, el tipo de interés (obligatoriamente, salvo que no exista variación en el tipo aplicable) y la divisa de pago (facultativamente) se determinan cada mes, lo que se supone que obliga a los prestatarios a estar permanente pendientes, durante toda la vida del préstamo, de una información difícilmente accesible. En teoría, cada una de las cuotas mensuales debía ir precedida de una decisión sobre la divisa aplicable y sobre la forma de gestionar su pago, mediante su contravalor en euros o mediante la puesta a disposición del banco de la divisa de pago.

SEXTO.- Las normas aplicables al contrato. La normativa MiFID

Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015:

“La determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico para determinar cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista no es una cuestión pacífica.

La Sala considera que la "hipotecamultidivisa" 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 (RCL 1988, 1644; RCL 1989, 1149 y 1781) 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 (RCL 2007, 2302), que traspuso la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289), de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407), y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.

7.- No es obstáculo para lo anterior que el art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores establezca que el art. 79.bis no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

Dicho art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores desarrolla el art. 19.9 de la Directiva MiFID, conforme al cual « [e]n caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo ».

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 142), asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., declaró que para aplicar la excepción del artículo 19.9 de la Directiva es necesario que el servicio de inversión haya estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información,

constitutivas de legislación de la Unión Europea o de normas europeas comunes. Se dará este caso únicamente si el servicio de inversión formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto. Y precisó, asimismo, que lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto de la Directiva MiFID, y que determinaría la no sujeción a las obligaciones establecidas en dicha Directiva, debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate.

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

8.- Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781), 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 contiene en el art. 7 del Código Civil (LEG 1889, 27) y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar.

9.- En el presente caso, la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores, en concreto las relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando. La demandada ha sostenido a lo largo de todo el litigio que no estaba obligada a facilitar esa información porque la operación estaba excluida del ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores, lo que, como se ha visto, esta Sala no acepta.

10.- La siguiente cuestión que hay que resolver es la relativa a cuáles deben ser las consecuencias de esta infracción. La sentencia de esta Sala núm. 716/2014, de 15 diciembre, ha afirmado que la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró que « si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias » y que, en consecuencia, « a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10 (TJCE 2012, 218)), apartado 27]».

Decíamos en nuestra sentencia que, de acuerdo con esta doctrina del TJUE, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el art. 79.bis Ley del Mercado de Valores, al amparo del art. 6.3 del Código Civil. Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 .bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores).

- Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato.

11.- Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría

informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril (RJ 2015, 1863)). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente”.

SÉPTIMO.- El deber de información de la entidad bancaria

Uno de los principales hechos controvertidos en este procedimiento se refiere a la información proporcionada por la demandada sobre el producto contratado, en una doble vertiente: cuál era la información exigible y cuál la facilitada. La información exigible será analizada en este fundamento jurídico, mientras que la información facilitada se estudiará, junto con la valoración de las pruebas practicadas, en el fundamento jurídico siguiente, en el que se analizarán las pruebas practicadas sobre tal información, su suficiencia, exactitud y corrección. Si la información es inveraz, o si su insuficiencia o inexactitud determinó el error de los contratantes, habrá de examinarse si ello afecta a elementos sustanciales del contrato, relacionados con la finalidad del mismo, si es imputable a uno u otro contratante y si el posible error es excusable.

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

corresponde 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 .

La normativa sectorial regula con detalle las obligaciones de información que debe cumplir la entidad sobre los productos y servicios que ofrece. Se expondrán, a continuación los preceptos de estas normas que resultan más relevantes para la resolución de este concreto asunto:

1.- 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.

2.- La Orden de 5 de mayo de 1994 , vigente a la fecha de la escritura, que tenía por finalidad primordial, según su exposición de motivos, garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios , presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos y pretende asimismo facilitar al

prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar . Desde 2007 la Orden resulta de aplicación, por mandato de la Ley 26/1988, a todos los préstamos hipotecarios que recaigan sobre viviendas, aunque su cuantía sea superior a los 150.253,03.- euros fijados en su artículo primero, y supone para las entidades de crédito dos obligaciones básicas:

a). La entrega del folleto informativo, regulada en el artículo 3: 1. Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma.

b). La entrega de la oferta vinculante, regulada en el artículo 5: " 1. Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito vendrá obligada a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo. La oferta se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. 2. En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación a que se refiere el núm. 2 del art. 7, en el despacho del Notario autorizante.

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

a). El artículo 7.3.6. señala que en cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario, en el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

b). En el Anexo II, al regular la cláusula de amortización, se establece que dicha cláusula especificará, si se tratara de préstamos en divisas, las reglas a seguir para la determinación del valor en pesetas de cada cuota. En el mismo sentido, en la cláusula sobre intereses ordinarios se especificarán las reglas aplicables para el cálculo en pesetas del importe de los intereses. En la cláusula sobre comisiones, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

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

préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no 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.

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

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

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

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

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

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

Como indica la STS de 20 de enero de 2014, los deberes de información regulados en el artículo 79 bis no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara

y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3).

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

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

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

El artículo 79 bis 6 establece que cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre

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

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



Madrid

mismo, los tipos de instrumentos financieros con los que esté familiarizado.

El TS considera (STS de 20 de enero de 2014) que las entidades financieras deben valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente para precisar 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. El test de conveniencia debe realizarse cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.

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

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

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

Su artículo 80 establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, éstas deberán cumplir los siguientes requisitos: A) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. B) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. C) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Tienen la consideración de cláusulas abusivas las definidas en el artículo 82 y, en todo caso, las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al

consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. También tienen la consideración de cláusulas abusivas (artículo 89), las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

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

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

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

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

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

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

cambio por el cálculo de las cuotas en divisas, no hay contrapartida a la "retribución", esto es, al sobrecoste asumido por el consumidor.

c) La información exigible desde el punto de vista de la formación del cliente

Esta perspectiva de la información exigible ha sido ya abordada en el análisis de la Ley del Mercado de Valores en referencia a los clientes clasificados como minoristas, que es el caso que nos ocupa. Cuando, además de esa clasificación, el cliente no tiene formación ni experiencia en este tipo de productos financieros complejos, es necesario extremar la claridad en las explicaciones ofrecidas e incrementar el control sobre el grado de comprensión del contenido del contrato y de sus riesgos. Esta afirmación es especialmente aplicable a los supuestos en que es el banco quien asume la iniciativa de promover la contratación del producto.

La perspectiva del contenido material está muy relacionada con la calidad de la información que facilita la entidad bancaria. Es precisamente antes de llevarse a cabo la contratación cuando se debe ilustrar al cliente sobre las características del producto. En el contenido de la explicación precontractual es esencial que la información aclare todas las circunstancias relativas al funcionamiento y a los riesgos de la hipoteca multidivisa y, en particular:

La incidencia del tipo de referencia aplicable en la obligación de pago del prestatario: índice aplicable, periodos de revisión y evolución pasada y previsible del índice en cuestión.

La determinación de todos los elementos que intervienen en la determinación de las cuotas mensuales. Esas cuotas mensuales equivalen a la representación mental que se hace el prestatario sobre la adecuación entre los recursos de que dispone y la obligación de pago que puede asumir. Por ello, es esencial que los elementos que influyen en su determinación se expliquen de forma clara, con apoyo de simulaciones si es preciso.

La forma de aplicación de las cuotas amortizadas y en qué medida se aplican a reducir el capital, los intereses o ambas partidas.

Los distintos niveles de riesgo 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, el capital prestado, puede ser inferior a lo previsto si la divisa se aprecia sobre el euro.

Que las cuotas de amortización periódicas pueden variar, además de por el tipo de interés aplicable, por el cambio aplicable a las monedas, siendo incluso probable que esa variación sea mucho más acusada que la que producen las modificaciones del Libor.

Que el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en divisa no se limita a ser una simple representación inicial del capital prestado, sino que actúa como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en divisa, 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 el aparente beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés (LIBOR) puede quedar neutralizado con el riesgo de sobrecoste de amortización del capital si éste queda sometido al mencionado sistema de recálculo permanente.

Que esta opción, además del citado inconveniente, está limitada al puntual cumplimiento por el prestatario de todas las obligaciones de pago, que en otro caso queda atrapado en la evolución de la divisa de que se trate.

Que todos estos riesgos tienen dificultad añadida, y es que el prestatario, para optimizar las posibles ventajas que para un consumidor supone la contratación de este tipo de hipoteca, deberá tener en cuenta múltiples factores, todos los meses, para tomar la decisión más adecuada sobre la divisa aplicable y sobre la forma de gestionar su pago, ya con su contravalor en euros, ya mediante la puesta a disposición del banco de la divisa de pago.

Respecto a la forma de transmitir esta información, los parámetros de calidad en productos complejos como el que nos ocupa implican recursos como (i) la realización de simulaciones con todos los escenarios posibles; (ii) favorecer el tiempo de reflexión facilitado al cliente, aunque este no lo pida expresamente, sobre la conveniencia de suscribir la orden de compra; (iii) la facilitación de borradores de la documentación contractual para que el cliente pueda consultarlos en su casa o contrastarlos con terceras personas, con conocimientos especializados; (iv) la explicación de la información necesaria a todos los titulares que van a suscribir el producto, y no sólo a uno de ellos; (v) la plena adecuación entre el resultado de los test de conveniencia e idoneidad, siempre que sean rigurosos, y el producto ofrecido o contratado; y (vi) la entidad debe adoptar todas las medidas necesarias para que la información verbal, que es la que asume el cliente con mayor facilidad, recopile todos los datos relevantes, esencialmente sobre los factores de riesgo, cuando sea previsible que por una eventual relación de confianza y/o por el tamaño y contenido técnico de la documentación contractual el cliente no va a leer detenidamente todos los documentos que se le ponen a la firma. Se trata, con esta cautela, de evitar la firma de declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, así como las declaraciones de adhesión o conformidad a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad efectiva de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

OCTAVO.- La carga de la prueba y la valoración de las pruebas practicadas.

La valoración de las pruebas practicadas sobre los hechos controvertidos debe partir de la consideración de que es carga de la prueba de la parte demandada, como antes se ha anunciado, acreditar que la información facilitada a los demandantes fue suficiente y eficaz, tal y como sostiene la contestación a la demanda.

1.- La iniciativa contractual: no existe ninguna prueba que acredite que los demandantes

solicitaran de forma expresa una hipoteca multidivisa. Sí han reconocido que expusieron al banco su necesidad de pagar cuotas lo más bajas posibles, pero no consta que tuviera conocimiento previo de la existencia de esta modalidad de hipotecas ni que se interesara de forma expresa por ella.

2.- La información precontractual escrita es sencillamente inexistente. No se realizó oferta vinculante. No se ha aportado tampoco el expediente del préstamo, la evaluación de la solvencia de los demandantes, los informes del departamento de riesgos ni ningún otro documento.

3.- La información que el Banco recabó de los demandantes fue muy escasa y limitada a sus ingresos. El director de la sucursal bancaria declara que no hacían test de conveniencia. Aunque la entidad bancaria no considerara de aplicación la LMV, debió recabar los datos necesarios para conocer la formación, la experiencia y demás circunstancias de los demandantes, 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 los demandantes necesitaban 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 anteriores que resultaran relevantes, en su nivel general de formación y experiencia profesional y en su nivel general de conocimientos.

4.- Sobre la información precontractual verbal. Las declaraciones del director de la sucursal, en el sentido de que fueron los demandantes los que expresamente pidieron la hipoteca multidivisa y que él se la desaconsejó, no tienen, a juicio de este juzgador, la credibilidad suficiente para entender que ese proceso de información verbal supliría las carencias de la información precontractual escrita. Y en cualquier caso, aunque la iniciativa fuera de los demandantes, eso no exonera a la entidad bancaria del cumplimiento de su deber de informar, máxime teniendo en cuenta el perfil de los demandantes, su edad, su profesión y su experiencia en este tipo de productos.

NOVENO.- Las consecuencias jurídicas aplicables.

Los hechos probados acreditan la existencia del error del consentimiento prestado por los demandantes y del dolo omisivo de la entidad bancaria en los contenidos relacionados con la multidivisa. Por todo ello, como la prestación del consentimiento en supuestos como el que nos ocupa sólo puede considerarse libre y voluntariamente efectuada tras haber cumplido la entidad bancaria sus obligaciones de información, debe concluirse que nos hallamos ante un supuesto de nulidad por vicio en el consentimiento de la parte demandante y dolo omisivo de la entidad bancaria demandada, porque el consentimiento formalmente prestado quedó invalidado por un error tan relevante y excusable, en los términos que describe el art. 1266 CC, que lo convirtieron en inoperante. Desde luego, ese error no pudo ser salvado por la formación personal ni por la experiencia financiera de los demandantes, completamente insuficientes para entender la naturaleza y funcionamiento de hipoteca multidivisa, ni los

riesgos asociados. El error es excusable precisamente porque está causado por la conducta omisiva de la entidad bancaria y tiene la entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de la parte demandante, porque recae sobre un elemento esencial de las obligaciones económicas y jurídicas asumidas, no le es imputable y no pudo ser salvado por una diligencia media atendidas todas las circunstancias expuestas.

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

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

DÉCIMO.- Las consecuencias de la nulidad apreciada

Sobre las consecuencias que debe tener la nulidad apreciada, su efecto no puede volcarse sobre la totalidad del contrato, ya que:

1.- La apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE y al fin de protección de los consumidores. La STJUE de 14 de junio de 2012, entre otras muchas, ha declarado que la Directiva 93/13 /CEE " se opone al artículo 83 [en la redacción vigente a la fecha de la demanda que dio lugar a este procedimiento] que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Ello pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (el efecto disuasorio

que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por ello hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor".

2.- Resulta de aplicación, mutatis mutandi, la doctrina expuesta por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la nulidad parcial de los contratos. Después de recordar que a diferencia de otros, como el italiano y el portugués que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* [lo válido no es viciado por lo inválido], se indica en el apartado 265 que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del favor negotii en tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio RC 911/2006 ; 261/2011, de 20 de abril , RC 2175/2007 ; 301/2012, de 18 de mayo , RC 1153/2009 ; 616/2012, de 23 de octubre , RC 762/2009).

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

y que el tratamiento dado a las cláusulas suelo es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa", para concluir que la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia .

3.- La inaplicación de los contenidos multidivisa es perfectamente posible en la práctica, porque el contrato permite entender que el préstamo lo fue de 129.100.- euros y las partes pactaron como una de las posibilidades de ejecución del contrato que las amortizaciones pudieran realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (LIBOR más el correspondiente diferencial).

4.- La solución de la nulidad total del contrato es contraria a la finalidad de protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13/CEE y el TRLGDCU , ya que produciría un efecto mucho más perjudicial para los demandantes-consumidores que para la entidad bancaria demandada-profesional, al verse obligados a devolver es una sola vez la totalidad de un préstamo cuya devolución estaba programada en veinticinco.

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

Ahora bien, ello no impide que el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional, que se presume no contiene cláusulas abusivas. Esa medida se justifica, en primer lugar, porque es acorde con la finalidad de la Directiva: reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (apartado 82). Y en segundo lugar, porque en el caso analizado por la sentencia, si se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (hacer



Madrid

inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de su capacidad económica) de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse, porque ese efecto penaliza al consumidor más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca.

DECIMOPRIMERO.- Costas

En virtud de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde a la parte demandada el pago de las costas procesales.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLO

Que **ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE** la demanda presentada por

contra BANCO

POPULAR ESPAÑOL, S.A.;

1º.- Se declara la nulidad de la denominada " cláusula suelo ": de tipo de interés nominal anual mínimo aplicable, contenida en el contrato de préstamo hipotecario de 26 de diciembre de 2006.

2º.- Se condena a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato de préstamo hipotecario.

3.-Se condena a la demandada al pago de las cantidades indebidamente abonadas por ese concepto desde el 9 de mayo de 2013, incrementadas con el interés del artículo 576.

4.-Declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 9 de abril de 2008 identificada en esta resolución, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa.

5.- Declaro que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes (respecto del préstamo suscrito el 9 de abril de 2008), es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (129.100.- euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal y comisiones de cambio, y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de 129.100.- euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (LIBOR más el diferencial pactado), conforme a lo explicado en esta resolución.

Condeno a la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo

cumplimiento.

Condeno a la demandada al pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes en forma legal, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que se presentará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación. Para la presentación de dicho recurso es necesaria la constitución de depósito en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado, con los datos relativos al recurso y a la cuenta expediente, por importe de 50 euros, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ y por el importe previsto en tal norma, lo que deberá ser acreditado a la formulación del recurso.

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

Leída y publicada fue la anterior resolución por el Magistrado/Juez en el día de la fecha estando celebrando Audiencia Pública, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia doy fe.

