



Roj: SAP VA 986/2016 - ECLI:ES:APVA:2016:986
Id Cendoj: 47186370032016100268
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Valladolid
Sección: 3
Nº de Recurso: 161/2016
Nº de Resolución: 273/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

VALLADOLID

SENTENCIA: 00273/2016

N10250

C.ANGUSTIAS 21

-

Tfno.: 983.413495 Fax: 983.459564

MOB

N.I.G. 47186 42 1 2015 0008092

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000161 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000485 /2015

Recurrente: BANKINTER S.A. BANKINTER S.A.

Procurador: JOSE MIGUEL RAMOS POLO

Abogado: JOSE MARIA REGO ALVAREZ DE MON

Recurrido: Pascual , Blanca

Procurador: JOSE ANGEL HERNANDEZ PEREZ

Abogado: M.A LOPEZ ALFONSO

SENTENCIA Nº 273

ILMO.SR. PRESIDENTE

D. JOSE JAIME SANZ CID

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS(Ponente)

D. ANGEL MUÑIZ DELGADO

En Valladolid a cuatro de Octubre de dos mil dieciséis

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000485 /2015, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000161 /2016, en los que aparece como parte apelante, BANKINTER S.A., representado por el Procurador de los tribunales, D. JOSE MIGUEL RAMOS POLO, asistido por el Abogado D. JOSE MARIA REGO ALVAREZ DE MON, y

como parte apelada, Pascual , Blanca , representados por el Procurador de los tribunales, D. JOSE ANGEL HERNANDEZ PEREZ, asistidos por el Abogado D. MIGUEL ANGEL LOPEZ ALFONSO, sobre nulidad parcial de préstamo hipotecario **multidivisa**, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 2 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 19 de Enero de 2016 , en el procedimiento JUICIO ORDINARIO 485/2015 del que dimana este recurso. Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Estimo parcialmente la demanda interpuesta por D. Pascual y D^a. Blanca contra BANKINTER, S.A. y, en su virtud:

1.- Declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario **multidivisa** de 30 de noviembre de 2006 suscrito por las partes, en lo referente a los pactos en divisas, que quedarán sin efecto teniéndose por no puestos, manteniéndose el resto del contrato de préstamo, considerando el mismo como una operación en euros con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia Euribor más el diferencial del 0,7%, con arreglo a lo cual se determinará el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas abonadas por los prestatarios.

2.- No se hace especial pronunciamiento en costas."

AUTO ACLARATORIO .- Parte dispositiva: "Decido:

1.- Completar la sentencia nº 6/2016 dictada el 19-1-2016 en el juicio ordinario nº 485/2015 en el sentido de incluir en el Fallo de la misma el siguiente pronunciamiento complementario del contenido en el apartado 1: "Condeno al demandado a estar y pasar por la anterior declaración a la que deberá dar puntual cumplimiento corriendo con los gastos que de ello se deriven y al reintegro -sin perjuicio de su compensación- de todos los importes que haya percibido en concepto de comisiones por cambio de divisa más los intereses legales.

2.- Aclarar el Fallo de la sentencia en cuanto al apartado 1 en el sentido expuesto en el Razonamiento 2 del presente auto." Que ha sido recurrido por la representación procesal de BANKINTER S.A., oponiéndose la parte contraria.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 7 de Septiembre de 2016, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - La entidad mercantil BANKINTER S.A." interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia aclarada y completada por Auto ulterior, que estima parcialmente la demanda interpuesta en su contra por D. Pascual y Doña Blanca y declara la nulidad parcial del préstamo hipotecario **multidivisa** de 30 de noviembre de 2006 suscrito por las partes, en lo referente a los pactos multidivisas que quedarán sin efecto teniéndose por no puestos manteniendo el resto del contrato y considerando el mismo como una operación en euros con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia Euribor más el diferencial del 0,7% con arreglo al cual se determinará el capital pendiente de amortizar deduciendo las sumas abonadas por los prestatarios, fallo que posteriormente fue aclarado y completado mediante Auto de 9 de febrero de 2006 en el sentido en el expuesto.. Alega la entidad recurrente como motivos , en síntesis; excepción de caducidad de la acción de anulación ejercitada por haber transcurrido cuando se interpuso la demanda -27 de abril de 2015- más de los cuatro años que contempla el artículo 1301 del C. Civil desde que se concertó el contrato, 30 de noviembre de 2006, que es la fecha en que este quedó consumado mediante la entrega del dinero por parte del prestamista, habiéndose producido además varios hechos reveladores de que antes de los referidos cuatro años los actores, habían tomado conocimiento de las características y riesgos del contrato suscrito mediante un hipotético error, según la reciente doctrina sentada el Tribunal Supremo sentada en su r sentencia de 12 de enero de 2015 ; error judicial en la valoración y calificación del contrato de Litis, sus características y riesgos ;indebida aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia que cita en apoyo de su fallo, ya que en contra de lo que concluye el contrato es válido y eficaz fue celebrado al amparo del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil , y cumple los requisitos de claridad, concreción y sencillez así como el de accesibilidad del artículo 80 LGDCU y no establece ningún desequilibrio en perjuicio de los demandantes; inexistencia de abuso y de vicio de consentimiento en los demandantes ya

que se les suministro información adecuada y concreta sobre el producto y se les advirtió en documentos del riesgo asociado a la operación haciendo simulaciones de todo tipo de escenarios; y finalmente en cuanto a los efectos de la nulidad, imposibilidad de declarar la nulidad parcial de un contrato por infracción de norma imperativa o por vicio en el consentimiento. Pide por todo ello se dicte nueva sentencia que revoque la de instancia respecto de los pronunciamientos impugnados con imposición de costas a la parte contraria.

Se opone a este recurso la parte demandante solicitando su desestimación e íntegra confirmación de la sentencia apelada

SEGUNDO.- Un nuevo y detenido examen del contrato suscrito entre las partes a la luz del resultado obtenido de las pruebas practicadas en el presente procedimiento, pronto permita adelantar la total desestimación del presente recurso en todos y cada uno de los motivos que plantea. No incurre el Juzgador de Instancia en ninguno de los errores de valoración de la prueba ni de aplicación o interpretación jurídica que denuncia la recurrente. Muy al contrario a lo largo de los extensos Fundamentos (Primero a Quinto) y tras un certero planteamiento de la controversia (F. Primero) y una no menos certera valoración de toda la prueba practicada (documentos aportados interrogatorio de las partes y testigos), da una cumplida respuesta en derecho a todas y cada una de las cuestiones controvertidas (caducidad de la acción, características y riesgos del préstamo **multidivisa**, normativa aplicable en materia de información a cargo de la entidad bancaria) llegando a una conclusión que este Tribunal considera totalmente fundada y coherente, tal es, la apreciación de abusividad y vicio de consentimiento en los contratantes por la insuficiente información recibida de la entidad financiera demandada, declara en consecuencia la nulidad parcial del pacto en divisas contenido en el contrato de préstamo de litis. Sus consideraciones e inferencias se ajustan fielmente al resultado probatorio obtenido y aplican e interpretan con buen sentido jurídico, la normativa y la doctrina jurisprudencial motivadoras del fallo dictado. Refrendamos pues y damos aquí por reproducidos todos y cada uno de tales fundamentos en aras de la brevedad e integramos los mismos en esta resolución, como técnica jurídica de motivación expresamente admitida por el Tribunal Constitucional (SSTC 171/2.002, de 30 de septiembre , y 223/2.003, de 15 de diciembre) y nos limitamos a añadir saliendo al paso de los reparos y objeciones sobre los que insisten el Banco recurrente las siguientes consideraciones.

TERCERO. No cabe apreciar la caducidad de la acción ejercitada pues como bien advierte la sentencia apelada no cabe confundir la perfección del préstamo con su consumación. El contrato denominado -préstamo multidivisas- no es un contrato de tracto único que hubiera quedado consumado al momento en que se produjo la entrega de dinero al prestatario, cual inicialmente alegaba el Banco demandado, sino un contrato de ejecución sucesiva que no se consuma al momento de su perfección, sino que mantienen en el tiempo obligaciones y derechos, como es el pago por los prestatarios de cuotas periódicas de amortización. No hay por consiguiente razón de peso, para que en este tipo de contratos, el plazo de caducidad de cuatro años marcados por el artículo 1301 C Civil , no deba comenzar a contarse cuando se ha producido el completo cumplimiento de las obligaciones o prestaciones por ambas partes (liquidación o reintegro total por los prestatarios), según tradicionalmente ha venido manteniendo nuestra jurisprudencia y en este sentido, vale la sentencia del TS que el Juzgador de instancia trae a colación (STS de 12 de enero de 2015 en la que se citan otras muchas anteriores, 11-junio 2003; 11 julio 1984; 5 de mayo de 1983).

Introducen en su recurso el Banco recurrente un nuevo alegato en orden fundar la excepción de caducidad. Aduce concretamente que el cómputo de dicho plazo desde que se produjeron una serie de hechos reveladores de que los contratantes habían cesado en el error padecido al contratar. Este alegato, al igual que el anterior, resulta inconsistente.

En primer lugar, por una razón de orden público procesal. Aunque el recurso de apelación permite al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a aquél a resolver cuestiones o problemas distintos de los planteados en la primera instancia, entendiéndose como pretensión nueva tanto la que resulta totalmente independiente de la planteada ante el Tribunal "a quo", como la que supone cualquier modo de alteración o complementación de la misma, de acuerdo con el principio general del derecho "pendente appellatione, nihil innovetur", y el principio procesal de prohibición de la "mutatio libelli", de modo que la segunda instancia se puede extender únicamente a lo que ha sido objeto de la primera, (artículo 456.1 LEC). No se trata además de un simple argumento de derecho o estrictamente jurídico, pues viene apoyado en una serie de afirmaciones fácticas, que en su caso, debieron ser objeto de alegación y prueba en la primera instancia, a fin de evitar la indefensión que para la parte contraria, comporta su extemporánea introducción en esta Alzada.

Y en segundo lugar, porque ninguno de los actos y momentos que el recurrente toma como día inicial para el cómputo del plazo de caducidad, son demostrativos o reveladores de que los demandantes hubieran

alcanzado la comprensión real del producto contratado y de sus riesgos, y menos aún, de que quisieron confirmar o convalidar dicho contrato. No ha aportado el Banco recurrente, (carga procesal que la incumbía, ex artículo 217 LEC), aquellos documentos que afirma enviaba a los demandantes y mediante los cuales colige que les daba información adecuada y suficiente para que estos entendieran el error padecido al contratar, resultando a estos efectos claramente insuficiente y poco significativa, los tres extractos correspondientes a 2015 acompañados a su contestación a la demanda (doc. 4) e igualmente, el listado que a modo de tabla de cálculo, ha sido elaborada por los actores específicamente para la demanda y que el propio banco había impugnado. El solo hecho de que hubieran pagado una serie de mensualidad del préstamo hasta el 30 de marzo de 2011 (última amortización anterior en cuatro años a la demanda) no cabe otorgarle otro significado que el lógico y confesado de tratar de evitar males mayores o el perjuicio que sin duda comportaría el que la entidad bancaria procediera a la ejecución de la **hipoteca**. El hecho de que hubieran llevado a cabo dos amortizaciones parciales anticipadas del préstamo, no va más allá de querer abaratar el coste que suponía la carga financiera de tener una **hipoteca**. Explican además los actores de forma verosímil que cuando preguntan a la entidad demandada siempre se les decían que no se preocuparan ya que cualquier fluctuación de la divisa era coyuntural en tanto que el préstamo era de larga duración siendo a largo plazo cuando se vería sus ventajas y bien funcionamiento.

Pretende en suma el banco recurrente, trasladar al caso presente la doctrina sobre el inicio del cómputo del plazo de caducidad contenida en la sentencia de TS de 12 de enero de 2015, pero lo hace extemporáneamente y sin acreditar la base fáctica que pudiera permitirlo. Tampoco tiene en cuenta el contrato aquí examinado, no coincide exactamente con el que fue examinado en dicha sentencia y por consiguiente, merece una interpretación acorde con su naturaleza. Presenta a diferencia de los productos, allí examinados, un plazo prefijado y un vencimiento que permite definir perfectamente y con fecha cierta, el momento de consumación por lo que el plazo máximo para el ejercicio de la acción serían los cuatro años que marca el Código Civil, tras la completa realización de las obligaciones.

CUARTO. No incurre tampoco la sentencia apelada en incorrecta valoración y calificación del contrato litigioso, su definición, naturaleza y riesgos.

Sobre la naturaleza jurídica y la normativa aplicable a estos préstamos hipotecarios en divisas, el Juzgador de Instancia sigue con buen criterio la doctrina sentada sobre este particular por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno de fecha 30 de junio de 2015, que literalmente dice "Lo que se ha venido en llamar coloquialmente **"hipoteca multidivisa"** es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)".

"El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo".

"Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recalcular constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo".

No estamos por tanto, en contra de lo que afirma el Banco recurrente, ante un contrato de préstamo equiparable a un préstamo hipotecario a interés variable normal y corriente, ni ante un producto de mecánica sencilla y de fácil comprensión, por más que en su reclamo publicitario y en su formulación general pudiera parecer así, sino ante un instrumento financiero que entraña complejidad y un elevado riesgo para el cliente que lo contrata y a este respecto no hay más que leer todo lo relativo a las cláusulas atinentes a la **hipoteca multidivisa** para advertir, la dificultad para la debida comprensión y entendimiento de las mismas para un cliente que, como los actores, no son expertos en materia financiera y tampoco consta tuviera experiencia en la contratación de productos complejos y de riesgos similares al de litis.

Insiste el banco recurrente en afirmar que estos, y en particular Doña Blanca tenían formación y conocimientos financieros suficientes para entender el producto, pero no aporta, al margen de una suposición personal, datos serios y objetivos que pudiera demostrarlo, pues la formación académica de uno y otro y su posterior vida profesional no guarda relación con dicha materia: D. Pascual es maestro que toda su vida ha trabajado como comercial en unos grandes almacenes y Doña Blanca licenciada en investigación y técnicas de mercado y diplomada en ciencias empresariales que tan solo ha desempeñado trabajos de oficial administrativa contable. El hecho de que Doña Blanca hubiera trabajado, más de un año antes de concertar el préstamo de Litis, como becaria durante tres meses en la entidad demandada no la convierte sin más en experta financiera ni tampoco permite afirmar, que obtuvo los conocimientos necesarios para conocer y entender una **hipoteca multidivisa** y máxime, cuando no ha quedado acreditado, carga procesal que incumbía al Banco demandado, que durante ese corto período de becaria, hubiera recibido formación, e intervenido en la comercialización de dicho producto o similares.

QUINTO. Con respecto a la normativa aplicable a estos contratos estima el banco recurrente que no es de aplicación la normativa conocida como Directiva MIFID (MARKETS IN Financial Instrumentas Directive) pero de nuevo hemos de remitirnos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 que entendió aplicable a estos productos la normativa MIFID argumentando lo siguiente: "La Sala considera que la **hipoteca multidivisa**" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79 bis 8 de la ley del mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley". Por consiguiente, y así se recoge en la indicada resolución, "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", si bien respecto de la escritura de 17 de diciembre de 2007, tal aplicación quedará referida a la legislación anterior a la reforma operada por ley 47/2007 de 19 de diciembre, en tanto que en la póliza de 12 de mayo de 2009 ya será plenamente aplicable la normativa reformada..".

Cierto es que La STJUE de 3 de diciembre de 2015 sostiene que los préstamos multidivisa no son un instrumento financiero en tanto que las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un servicio o una actividad de inversión y concluye que las entidades financieras no están sometidas a las obligaciones en materia de la evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 del Directiva MIFID . Tampoco serán de aplicación las obligaciones de información que prevé la LMV para productos de inversión comercializados por las entidades bancarias en España. Ahora bien, esta aparente contradicción entre la sentencia de TJUE y el TS, ha de resolverse a favor del segundo pues el hecho de que el TJUE, como máximo intérprete de la Directiva, haya dicho que en ella no se incluyen las **hipotecas multidivisa**, esto es, en ese ámbito mínimo de la Directiva, no resulta incompatible con el hecho de que el TS, competente para interpretar la legislación española, si incluye la **hipoteca multidivisa** como un producto derivado, complejo en el ámbito de la LMV. Una Directiva comunitaria y la ley estatal que la transpone son instrumentos diferentes. La Ley estatal tiene que respetar el contenido mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación más amplio permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye.

En cualquier caso, y con independencia del debate suscitado sobre la normativa aplicable, la viabilidad de la acción de nulidad basada tanto, en la falta de transparencia y abusividad de las cláusulas como en la existencia de un error vicio de consentimiento, gira en torno a la demostración de que el cliente bancario recibió toda la información que le era necesaria para conformar un juicio cabal y completo de la operación a realizar, y esta obligación de informar recae sobre la entidad financiera por ser la que la conoce y debe transmitir tales

conocimientos a la otra parte contratante de acuerdo con principio general de buena fe y lealtad negocial y el deber específico que le venía impuesto por la legislación sectorial a fin de tutelar los intereses de sus clientes y garantizar que estos tengan perfecto conocimiento de las características y riesgos que tenga el producto que se les ofrece por la entidad.

Debe a estos efectos tenerse en cuenta las siguientes disposiciones legales, que en su mayor parte cita y transcribe con acierto la sentencia apelada: Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por RDL 1/2007 artículos 12 , 1860 y 80 , 82 ; La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de febrero; Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de dicha Orden -artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo -artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento - artículo 7-. No cabe oponer e la inaplicabilidad de la Orden de 1994 al préstamo litigioso, por ser igual o inferior a 25 millones o su equivalente en divisas puesto que este requisito fue suprimido por la Ley 41/2007 al modificar que al mencionar dicho precepto declaró aplicable "con independencia de la cuantía" y se trata de vivienda habitual; Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, cuyo artículo 79 , antes de la modificación operada por la Ley 47/2007, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, y el préstamo aquí concertado lo es, ya imponía a las entidades de crédito comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes; reducir al mínimo los riesgos de conflictos de intereses y, de producirse, dar prioridad a los intereses de sus clientes, cuidando de ellos como si fuesen propios; garantizar una gestión prudente; y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados; Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica. Extiende el deber de información de las entidades de crédito a los deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a interés variable, a los sistemas o productos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, sin que su contratación suponga la modificación del contrato de préstamo, cuyas características se harán constar en la oferta vinculante y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de dichos préstamos.

Ha de añadirse a lo anterior, la Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre Condiciones Generales de la Contratación y su control de transparencia en contratos celebrados con consumidores y (artículo 7 destacadamente) y doctrina sentada a este respecto por la Sentencia de Pleno del T. Supremo de 24 de marzo de 2015 en la que se citan otras anteriores, en la que concluye que tales condiciones "pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el Juez sino del equilibrio subjetivo del precio y prestación, es decir, tal y como se le pudo representar al consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación".

Y en el orden Europeo la Sentencia dicta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de fecha 30 de abril de 2014 , al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por la Kuria (Hungría) en el asunto C-26/13 , con relación a cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, en aplicación e interpretación de la Directiva 93/13/CEE, efectuó, entre otras, las siguientes consideraciones: "Tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia 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 .." Doctrina que ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , y la más reciente STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 , que condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales

del contrato a que "la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él".

Y sobre este deber de información también se pronuncia la tan citada Sentencia del Pleno del T.S. de 30 de junio, señalando "Como declaramos en sentencias de la Sala 1ª del T.S. de 20 de Enero de 2014 y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate".. "Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia material financiera del cliente que 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 encuentra los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende concertar".

SEXTO. Pesaba en suma sobre el Banco demandado el deber procesal de acreditar que cumplió correcta y debidamente con ese deber de información al cliente que en general le imponía la exigencia general de buena fe contractual y en particular, la normativa y jurisprudencia antes citada y este efecto jurídico probatorio claramente aquí no ha sido conseguido. Basta examinar la documentación aportada y visionar el acto del juicio, para llegar a la misma conclusión que la del Juzgador de origen, es decir, no hay constancia cierta de que por parte de la entidad bancaria se hubiera cumplido debidamente el inexcusable deber de suministrar a los demandantes en cuanto consumidores medios sin especiales conocimientos financieros una, información previa, veraz, adecuada y suficiente sobre dicho producto a fin de que este pudiera comprender el alcance y la trascendencia jurídica y económica del mismo, sus riesgos implícitos y las pérdidas que podría conllevar su contratación por las oscilaciones del tipo de interés y cotizaciones de la divisa.

No consta se le hubiera proporcionado la información precontractual ni contractual a que obligaba la normativa citada y en especial, la antedicha Orden de 5 de mayo de 1994, vigente a la fecha en que se formalizó el préstamo de litis y aplicable, sin atender a un límite cuantitativo del préstamo, por tratarse de **hipoteca** recaída sobre una vivienda (artículo 48.2 a) Ley 26/88 de Disciplina e Intervención de entidades de Crédito).

Cierto es que el Banco recurrente aporta un documento a modo de oferta vinculante pero sin una fecha concreta, ni las firmas de los clientes que permita constatar que efectivamente les fue entregado y que lo fue con la antelación de 10 días a que la citada Orden obligaba. Es más, en cuanto a su contenido no parece sino una mera copia de la minuta que habitualmente se remite al Notario por la entidad bancaria. El clausulado del contrato resulta notoriamente insuficiente para que el cliente pudiera conocer la mecánica de la operación que estaba contratado y los riesgos que entrañaba la misma. No costa que el Notario o quien compareció en nombre de la entidad recurrente, explicara de forma clara transparente y comprensible, el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera así como la relación entre este mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas al préstamo; déficit informativo que tampoco puede considerarse subsanado por la lectura rutinaria de la escritura por parte del Notario autorizante.

El Banco no facilitó a los actores una información real ni completa en todos sus aspectos (positivos y negativos) sino parcial, y sesgada pues como bien advierte la sentencia apelada y denuncia la defensa de los actores, ni en el folleto informativo ni en los simulacros o simuladores que se hicieron (folios 80 y 83) se hace ninguna advertencia respecto de los riesgos propios del producto, se muestra como si de un préstamo de cuotas constantes fuese cuando realidad es que variaba mensualmente, se simula un préstamo de tan solo 12 meses y en euros cuando en realidad el plazo iba a ser muy superior y el **multidivisa** en francos suizos, y se dibuja un escenario que estrictamente es positivo para el cliente y no perjudicial como es la que realmente ocurrió. No resulta tampoco preciso ni convincente, el testimonio prestado por empleado del Banco que comercializó el producto.

Esta incompleta y deficiente información sobre las características y riesgos que entrañaba este producto, conlleva, como bien concluye el Juzgador de Instancia, que los demandantes no fueran conscientes de la trascendencia y significación que la contratación supone en cuanto al riesgo de fluctuación del tipo de cambio y que por lo tanto, la cláusula de divisas se reputa abusiva por falta de transparencia y que igualmente prestaran un consentimiento viciado por error, error que ha de calificarse sustancial (afectante a un elemento básico del préstamo relativo a las obligaciones de reintegro) e inexcusable, ya que, sin conocimientos expertos

en materia de contratación en divisas los clientes no pueden saber qué información concreta han de demandar al profesional que es sobre el que recae ese deber de información. Recuerda el TJUE, en la sentencia antes citada de 30 abril de 2014, que los artículos 3 y 5 del 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 al 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 783).

SEPTIMO. No incurre la sentencia apelada en extralimitación o incongruencia a hora de fijar las consecuencias de la nulidad que declara. Como ya dijera esta misma Audiencia Provincial en reciente sentencia (ST 30 de junio de 2016 Sc3ª) en que en caso similar- se suscitaba esta misma cuestión: "la nulidad de las cláusulas multidisivas no debe comportar necesariamente la nulidad total del préstamo hipotecario con restitución recíproca de las prestaciones, sino tan sólo la nulidad de las referidas cláusulas, pues sin necesidad de "reintegrar" el contrato (proscrito por la jurisprudencia Europeo salvo sustitución por disposición supletoria nacional), basta simplemente con acudir a las propias previsiones contractuales que prevén un tipo resultante de aplicar el Euribor más un 0,70 %..Se trata en suma de aplicar las condiciones restantes del préstamo hipotecaria sin inclusión de la opción **multidisiva**. La apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014) y a la protección de los consumidores , ya que produciría un efecto más perjudicial para el actor que para la entidad bancaria demandada, en la medida a que aquel se vería obligado a devolver de un sola vez y anticipadamente la totalidad del préstamo. Reiteramos, la nulidad de las clausulas y pacto de divisa, da lugar a que estos se deje sin efecto y se tengan por no puestas, manteniéndose el resto del contrato de préstamo con su garantías, considerando el mismo como una operación en euros con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia Euribor más el diferencial pactado, (0,70 % ,en este caso) con arreglo al cual se determinara el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas ya abonadas por los prestatarios ..".

Cita acertadamente la sentencia de instancia, la solución de la nulidad parcial establecida legalmente para la abusividad de una cláusula, concretamente por el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que permite la subsistencia del contrato no obstante dejar sin efecto, teniendo por no puestas, las cláusulas abusivas siempre que puedan subsistir sin dichas clausula; y considera, con igual acierto, que dicha solución también puede ser aplicada a los supuestos de nulidad relativa derivada del error vicio del consentimiento, haciendo una interpretación integradora del artículo 1303 Código Civil (el mismo código Civil contempla la ineficacia parcial en otros casos como los artículos 1116 , 1155 1328 y 1476) acorde con el principio de conservación del contrato y con la voluntad de las partes que establecen un tipo sustitutivo para el caso de que no fuera posible aplicar el tipo de interés inicialmente pactado, lo que denota la intención practica de los contratantes de mantener el contrato. Trae por ultimo a colación atinadamente, el cuerpo de doctrina jurisprudencial creado en torno a la posibilidad de nulidad parcial de los contratos, (de alguna de sus cláusulas) y al principio "utile per inutile non vitiatur", lo valido no es viciado por lo inválido", conforme al cual, aun no estando contemplada con carácter general en nuestro ordenamiento, sino solo con carácter sectorial-nada impide su estimación siempre que el contrato pueda subsistir sin la cláusula excluida manteniendo el adecuado y suficiente equilibrio prestacional perseguido por las partes al contratar, lo que es factible en el contrato presente (p. e SST 10-5-2000; 22-12-2008; 20-4-2011; 18-5-2012;23-10-2013; 9-5-2013).

OCTAVO. En mérito a todo lo expuesto desestimamos el recurso de apelación y confirmamos la sentencia de instancia y auto aclaratorio de la misma, imponiendo a la parte recurrente las costas causadas en esta alzada, en aplicación de lo dispuesto en los Arts. 394 y 398 de la L.E.C .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada BANKINTER S.A. contra la sentencia de 19 de Enero de 2016 dictada en el procedimiento de Juicio Ordinario número 485/2015, ante el Juzgado de Primera Instancia 2 de Valladolid, CONFIRMAMOS dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas originadas por esta Alzada.

La desestimación del recurso lleva implícita la pérdida del depósito constituido al amparo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009 , dándosele el destino legal.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 n.º 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , que contra ella cabe



interponer, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, interposición que deberá hacerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla para su resolución por el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ