



Roj: **SAP GU 332/2016 - ECLI: ES:APGU:2016:332**

Id Cendoj: **19130370012016100330**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Guadalajara**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2016**

Nº de Recurso: **332/2016**

Nº de Resolución: **230/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ISABEL SERRANO FRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUADALAJARA**

**N10250**

PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

Tfno.: 949-20.99.00 Fax: 949-23.52.24

SA

**N.I.G.** 19130 37 1 2016 0100345

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000332 /2016 -S**

**Juzgado de procedencia:** JDO.PRIMERA INSTANCIA N.4 de GUADALAJARA

**Procedimiento de origen:** ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000059 /2015

Recurrente: BANCO SABADELL, S.A.

Procurador: MARTA MARTINEZ GUTIERREZ

Abogado: MARIA ISABEL VAZQUEZ TAVARES

Recurrido: Fabio , Gabriela

Procurador: LAURA SANZ GARCIA, LAURA SANZ GARCIA

Abogado: CAROLINA BORREGUERO CASAS, CAROLINA BORREGUERO CASAS

**ILMA. SRA. PRESIDENTA:**

**Dª ISABEL SERRANO FRÍAS**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**D. JOSE AURELIO NAVARRO GUILLÉN**

**Dª MARIA VICTORIA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

**Dª MARIA ELENA MAYOR RODRIGO**

**S E N T E N C I A N°224/16**

En Guadalajara, a veintiuno de diciembre del dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de GUADALAJARA, los Autos Ordinario contratación nº 59/15, procedentes del JUZGADO DE 1ª INSTANCIA nº4 de Guadalajara, a los que ha correspondido el Rollo nº 332/16, en los que aparece como parte apelante Banco Sabadell S.A., representado por el Procurador de los tribunales Sra. Martínez Gutiérrez, y asistido por el Letrado Sra. Vázquez Tavares, y como parte apelada Fabio y Gabriela, representado por la Procuradora de los tribunales Dª Laura Sanz García, y asistido por el Letrado



Sra. Borreguero Casas, sobre acción de préstamo hipotecario **multidivisa**, y siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. DOÑA ISABEL SERRA **NO** FRÍAS.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.**- En fecha 6 de abril del 2016, se dictó sentencia, cuya **parte dispositiva** es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** la demanda presentada por la representación procesal de don Fabio y doña Gabriela, contra Banco Sabadell Atlántico S.A. 1.- Debo declarar y declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario **multidivisa** de 24 de julio de 2007 al declarar nulas por abusivas las cláusulas contenidas en el mismo en las que se contengan referencias a las divisas extranjeras así como de la cláusula tercera en lo referente a la denominada "cláusula techo- suelo" y de la cláusula sexta bis en lo referente a la capitalización de los intereses moratorios, declaración que debe conllevar a determinar que el saldo adecuado a la entidad demandada es el saldo vivo de la **hipoteca**, es decir, el resultado de disminuir el capital inicialmente prestado en euros, esto es 156.000 euros, la cantidad amortizada más los intereses también amortizados en euros, más la comisión que se les cobró por el cambio de moneda, declarada nula al estar incluida dentro de aquellas que contienen referencias a las divisas extranjeras, también en euros, esto es, 90.193,11 euros, siendo dicho saldo pendiente de amortización de 65.806,89 euros. 2.- Debo condenar y condeno a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración de nulidad parcial y a la concesión de un préstamo hipotecario con garantía hipotecaria para la amortización de dicho capital de 65.806,89 euros del tipo tradicional en euros, respetando el plazo de amortización del anterior, al tipo de interés de referencia Euribor más 0,80 puntos, teniendo revisiones semestrales y con eliminación de las cláusulas abusivas indicadas en el apartado anterior, así como a sufragar los gastos que pudieran derivar de la constitución o novación del nuevo crédito. 3.- Todo ello sin condena en costas para ninguna de las partes."

**TERCERO.**- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación del Banco Sabadell S.A. se interpuso recurso de apelación contra la misma; admitido que fue, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites, llevándose a efecto la deliberación y fallo del mismo el pasado día 29 de noviembre del 2016.

**CUARTO.** - En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Por la demandada, Banco Sabadell SA se interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia que anula de forma parcial por error que vicia el consentimiento prestado por los demandantes, así como por concurrir dolo omisivo de la entidad bancaria en los contenidos relacionados con la **multidivisa**, todo ello en una escritura denominada "Escritura de préstamo hipotecario" concertada en fecha 24 de julio de 2007 y consistente en un préstamo con garantía real hipotecaria a interés variable en divisas con opción de cambiar mensualmente de divisa, por la que se obligan a pagar en yenes las cuotas mensuales de amortización que resulten de aplicar el LIBOR+0,80 punto porcentual en las condiciones pactadas, estableciéndose por ello un endeudamiento desde el inicio del contrato en el importe de 156000 euros, a amortizar mediante el pago de 264 cuotas mensuales comprensivas de capital e intereses, que se consideran abusivas. También se declara en la sentencia cuestionada además de la nulidad de las cláusulas que contengan referencia a las divisas extranjeras, la denominada cláusula suelo y la relativa a la capitalización de los intereses moratorios, limitándose en esta alzada la entidad bancaria a recurrir el primer pronunciamiento consintiendo pues el segundo y tercero, apuntándose únicamente a un error material en cuanto a que la cláusula regula los intereses de demora es la sexta y no la sexta bis.

**SEGUNDO.**- La entidad bancaria hoy apelante sostiene la inexistencia de error de consentimiento en los demandantes, tanto por la información proporcionada, así como por la inaplicación de la normativa MIFID al préstamo **multidivisa** concertado, por no ser un producto derivado financiero, ya que considera que no es un producto de inversión, sino de crédito. Afirma así que la Sentencia ahora recurrida anuda el error al incumplimiento de la LMV y la normativa MIFID.

Debemos anticipar que del examen del suplico de la demanda se desprende que tanto la pretensión principal (nulidad parcial del contrato), como las subsidiarias, interesan la petición de nulidad del mecanismo **multidivisa** previsto en la escritura de préstamo hipotecario suscrita.



Para resolver la presente cuestión debemos comenzar analizando el concepto de "**hipoteca multidivisa**", para lo que tenemos que seguir la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del TS nº323/15 de 30 de junio de 2015 que la define como 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); se caracteriza por 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.

El Tribunal Supremo, en esta sentencia, afirma que la **hipoteca multidivisa** "es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley". La 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.

En la Sentencia del Tribunal Supremo los prestatarios no fueron considerados consumidores y, por lo tanto, no pudo darse respuesta a sus pretensiones desde la perspectiva de la Ley de Condiciones Generales (Ley 7/1998, de 13 de abril) y la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre), lo cierto es que los Fundamentos 3 y 4 de la citada resolución definen perfectamente el tipo de producto financiero complejo, 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». Al calificarse el producto como un instrumento derivado complejo la entidad financiera prestamista ha de cumplir con unos especiales deberes de información para con sus clientes, tanto en el supuesto de que sean consumidores, como en el supuesto de que no lo sean.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) también ha tenido la oportunidad de abordar los problemas vinculados a este tipo de productos financieros. En el caso del TJUE sí se ha analizado el conflicto desde la perspectiva de las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas (Sentencia de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, Caso Kásler).

En el informe que emite el Abogado General a este asunto (conclusiones de 12 de febrero de 2014, Abogado General Sr. Nils Wahl), se hace también referencia a la utilización por parte de las entidades financieras de este tipo de productos financieros:

«El presente asunto se inserta en el contexto de la oferta de contratos de crédito al consumo denominados en moneda extranjera. La utilización de este tipo de contratos, que constituye una práctica relativamente corriente en determinados Estados miembros de la Unión Europea y que, prima facie, puede ser atractiva para los prestatarios por el tipo de interés, inferior al que generalmente se aplica, ha resultado ser problemática para muchos particulares como consecuencia de la crisis financiera internacional de finales de los años 2000, debido a la fuerte depreciación de determinadas monedas respecto de la moneda extranjera de referencia (en particular, el franco suizo). Estos particulares se han visto en la obligación de devolver cuotas, expresadas en moneda nacional, significativamente superiores a aquellas que habrían debido abonar si se hubieran calculado sobre la base del tipo de cambio histórico, aplicable en el momento de desembolso del préstamo. Las



dificultades observadas han sido de tal magnitud que, de manera indirecta, el sector bancario de determinados Estados miembros se ha visto considerablemente afectado».

Conviene, por lo tanto, reiterar que la escritura objeto de los presentes autos es un instrumento financiero complejo, contratado por un consumidor que utilizó el préstamo para la adquisición de su vivienda habitual (no se discute en este procedimiento ni la condición de consumidor de los demandantes, ni el hecho de que el préstamo lo utilizara para adquirir una vivienda).

La Sentencia nº 106/2016 . de 28 de marzo, de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid (LA LEY 49774/2016) (ponente Sr. De Bustos Gómez-Rico) efectúa también una definición del mismo expresando que "El préstamo hipotecario en una moneda extranjera, que puede revestir la forma "**multidivisa**", en que el prestatario dispone de la opción de cambiar a otra u otras divisas distintas de la inicialmente elegida, o "préstamo divisa", el cual no contiene tal opción y que precisa del consentimiento del prestamista para alterar la inicialmente elegida, se caracteriza por contener un tipo de interés variable con referencia al índice Libor, que está sujeto a la variabilidad de las fluctuaciones de los tipos de cambio y cotización de divisas. De modo que con la misma cantidad de euros se puede amortizar menos capital si el tipo de cambio es desfavorable al euro, por lo que para mantener el mismo nivel de reducción de capital es preciso aportar más cantidad de euros con la consiguiente subida de la cuota, pero que además, como efecto asociado a las fluctuaciones de los tipos de cambio, genera el riesgo de que el capital del préstamo no solo no se reduzca sino que se incremente, puesto que el tipo de cambio se aplica no solo a las cuotas periódicas de amortización sino al recalcule constante del nominal prestado, que no es una cantidad fija, sino una representación en la divisa elegida (yenes) de los euros recibidos, por lo que su cuantía puede experimentar un incremento notablemente gravoso pese al continuo pago de las cuotas.

El mismo T.S. en la precitada Sentencia expone, que aunque se puedan producir los mismos resultados desfavorables para los prestatarios, y aunque dada la fecha de contratación del préstamo no le eran aplicables ni la reciente Ley 1/2013 de 14 de mayo del Mercado de Valores, ni la normativa Mifid, la entidad bancaria no estaba exenta del deber de informar detallada y adecuadamente de las condiciones del contrato de préstamo hipotecario **multidivisa**, porque claramente nos encontramos ante consumidores que solicitaron el préstamo para adquirir una vivienda, a los que amparaba la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente en el momento en que se celebró el contrato de préstamo, que establecía en su art. 1.2 lo siguiente: "A los efectos de esta Ley son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden", y lo dispuesto en su art. 7 según el cual "Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley , en el art. 10.2 según el cual "en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor", y el art.13.1.d) según el cual "los productos y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios permitan de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre "Precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el importe de los incrementos o descuentos, en su caso, y de los costes adicionales por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento o similares").

Ahora bien, sentada la naturaleza del producto contratado con arreglo a la jurisprudencia emanada por el TJUE, hemos de destacar que aún cuando incumbe al actor la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, como fundamento de la acción ejercitada, corresponde en todo caso al Banco demandado acreditar que dio al prestatario información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación del préstamo hipotecario con la opción "**multidivisa**" en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado. Siendo tal principio general 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 . 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 proporcionarse 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 ( STS 20 de enero de 2014 ).

Es evidente que en la fecha de contratación 24 de julio de 2007 estaba vigente la normativa sobre transparencia de operaciones financieras, OM de 5 de mayo de 1994 aplicable aunque el importe del préstamo solicitado sea superior a 25 millones de pesetas, o su equivalente en divisas pues el requisito de que fuera inferior fue suprimido por la Ley 41/2007 (LA LEY 12190/2007) al modificar el mencionado precepto que declaró



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

También es aplicable La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en las reformas efectuadas con anterioridad a la perfección del contrato ( artículos 1 , 10 y 13) así como la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación ( artículos 1 , 2 , 5 , 6 , 7 , 8 y Disposiciones Adicionales Primera y Segunda, que modifican la Ley 26/1984 y la legislación hipotecaria) aplicación que refrenda la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (artículo 48.2 ), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de febrero. En el referido artículo se dispone que los contratos entre las entidades de crédito y la clientela se formalizarán por escrito debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y sus derechos ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras (a); imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito (b); efectuar la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a préstamos a intereses variables (c); determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, tal información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si se ajustan a sus necesidades y cuando puede verse afectada su situación financiera (d). El apartado 3 del artículo 48 establece que las disposiciones que puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias contempladas en el número 2 no podrán ofrecer un nivel de protección de la clientela inferior al que derive de las disposiciones que se aprueben por el Ministro de Economía y Hacienda al amparo de dicho número.

Es cierto que existe cierta confusión en cuanto a la normativa aplicable derivada de la jurisprudencia europea, así la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 5 de julio de 2016, en el asunto C 614/14 , cuando se pronuncia en el sentido de considerar que no es aplicable a la **Hipoteca Multidivisa** lo dispuesto en la Directiva MIFID, ni las obligaciones de información, asesoramiento y elaboración de test de idoneidad o conveniencia de la Ley del Mercado de Valores. Las alegaciones del apelante relativas al incumplimiento de esos deberes no pueden ser acogidas, porque "un contrato de préstamo al consumo como el controvertido en el litigio principal no tiene por objeto la venta de un activo financiero a un precio determinado en el momento de la celebración del contrato [...] no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de ésta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero". Se reitera así la postura de este Tribunal recogida en Sentencia de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14 ) ya parecía excluir del ámbito de la Directiva 2004/39 a las operaciones que se referencian en divisas, siempre que no haya un efectivo servicio de cambio, tal consideración no afectaría más que a la aplicabilidad de la normativa MIFID pero dejaría siempre en pie los deberes de información y de transparencia exigibles conforme a la Directiva 93/13 cuya aplicabilidad al caso recuerda la propia Sentencia del Tribunal Europeo (parágrafo 48). Es evidente la divergencia entre la Sentencias del TS y la del TJUE. Según el Tribunal europeo, las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39 (LA LEY 4852/2004) (MIFID). Sin embargo el Tribunal Supremo remite a la normativa MIFID para cubrir la ausencia de una normativa reguladora de las 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.

No obstante estas diferencias jurisprudenciales, para la resolución de este concreto asunto no es determinante que sea de aplicación la normativa MIFID o no, por cuanto el TS en la citada Sentencia de 30 de junio de 2015 afirma que "la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11 (LA LEY 43524/2013), caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró que «si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 (LA LEY 4852/2004) 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 (LA LEY 4852/2004), 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 ), apartado 27)».

El Tribunal Supremo ha consolidado ya su doctrina, estableciendo, en la Sentencia del Pleno de 24 de marzo de 2015, por un lado, que a las condiciones generales que regulan el precio y su contraprestación, le es aplicable "un doble control de transparencia", puesto que "además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical", el control de transparencia que "tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo **multidivisa**, instauró ya la misma interpretación de la Directiva, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que 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» ( párrafo 73), por lo que concluye en el fallo que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, 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", doctrina que ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 .

Pues bien, si combinamos la exigencia de información y la del doble control de incorporación y transparencia, resulta que ningún tipo de información, más allá del contenido de la propia escritura, se ha ofrecido a los prestatarios sobre una operación en sí misma de alto riesgo para sus intereses, siendo insuficiente a estos efectos la firma de un documento donde de forma genérica y sin ningún apoyo complementario.

No se ha aportado por el BANCO, que es quien tiene la disponibilidad probatoria, el expediente formado para estudiar la solicitud y concesión del préstamo. El préstamo **multidivisa**, según declara en el Juicio el gestor personal del Banco Sr. Fernández era ofertado por la entidad bancaria junto al préstamo hipotecario con referencia al Euribor, siendo a estos efectos irrelevante que en la financiera que les remitió al Banco ya le hubieran hablado de esta opción, en cualquier caso era un préstamo ofertado por el Banco y con obligación de informar en su caso sobre el mismo. Es cierto que declara este testigo que dieron una simulación del producto cotejándolo con la **hipoteca** en euros, explico los riesgos de este tipo de contrato, sin embargo, incumbiéndole la carga de la prueba al efecto y no habiendo cumplido esta, nos impide considerar que se cumplió esta obligación de informar, siendo significativo a la hora de valorar el testimonio que el mismo sigue prestando sus servicios para la entidad bancaria. Es este un tema de valoración de la prueba, habiendo presenciado la



misma la juzgadora, conforme al principio de inmediación, siendo una interpretación coherente razonada y acorde a la lógica.

La falta de claridad en la condición general de un contrato de adhesión suscrito por un consumidor pueden derivarse diversas consecuencias, pues puede fundar el error en el consentimiento, tal y como es la más frecuente alegación, o la nulidad por quebranto o vulneración de normas imperativas, o, en fin, la ausencia de vinculación a la cláusula abusiva, al no estar correctamente incorporada ( artículo 5 de La Ley de Condiciones Generales de la Contratación y artículo 80 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios ).

La norma en la que se define lo que debe entenderse por cláusulas abusivas es el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. El art. 82.1 establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El art. 62.2 determina que se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación hace referencia a las cláusulas abusivas en su art. 8.2: "En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 , citando otras tales como la STS 861/2010 o 406/2012 , señaló que el hecho de que las cláusulas se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, como es el caso que nos ocupa, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo y las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC-"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, 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 [...]".

Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

Pues bien este conocimiento real exigía que, con claridad, se hubiera puesto de manifiesto, no solo cual es la referencia del interés con los efectos que ello implica en el cálculo y fluctuación de la cuota mensual a satisfacer, si no que el préstamo se efectúa en otra divisa, en yenes, con la repercusión que la variación que esa moneda supone en cuanto al capital adeudado, información que nada apunta a que se facilitara. Resulta es obvio esta información de especial interés pues el cambio de divisa puede suponer en función del cambio entre las monedas en ese momento que el capital adeudado se incremente y esta repercusión, insistimos de este tipo de **hipoteca**, exige, cuando se trata de clientes "no profesionales", una información sobre dichos riesgos, atinentes tanto al capital como a los intereses.

Nos encontramos por tanto con unos clientes minoristas que acuden a la entidad bancaria indicada por el intermediario financiero con la finalidad de llevar a cabo una refundición de préstamos que facilitara hacer frente a las cuotas mensuales, que contratan un préstamo que comercializa el Banco, habiéndolo suscrito el propio gestor de la entidad que atiende a los demandantes y que les recomienda, derivándose de los correos entre las partes que ignoraban los clientes las circunstancias del préstamo en lo que se refiere a la fluctuación derivada del cambio de divisas, siendo "guiados" en esto por el asesoramiento de la entidad bancaria ante las reclamaciones por los cambios en la cuota mensual y la falta en definitiva de comprensión del funcionamiento de la **hipoteca** suscrita derivado de la ausencia de información previa.

Insistir en la trascendencia de la S.T.S de 24 de marzo de 2015 recogiendo la doctrina sentada por las SSTS de 8 de septiembre de 2014 , 9 de mayo de 2013 y 18 de junio de 2012 cuando establece lo siguiente:

"1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre , 375/2010, de 17 de junio , 401/2010, de 1 de julio , y 842/2011, de 25 de noviembre , y se perfila con



mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio , 827/2012, de 15 de enero de 2013 , 820/2012, de 17 de enero de 2013 , 822/2012, de 18 de enero de 2013 , 221/2013, de 11 de abril , 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio . Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre .

3.- El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE , de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que "la 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".

Precisamente, en el análisis del control de transparencia de las cláusulas insertas en las escrituras de constitución de préstamos hipotecarios, la STS de 9 de mayo de 2013 señalaba que "la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (vigente cuando se formalizó la escritura objeto de autos y hoy sustituida por la O.M. EHA/2899/2011, 28 octubre), "garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor".

Es elocuente en este punto, la SAP Sección 1 Pontevedra, de 19 de febrero de 2016 , al considerar que la finalidad primordial de la citada Orden es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase previa o preparatoria 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 estandarizado, a fin de posibilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito.

Pero además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, la Orden pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

Para concluir hay que insistir en que, fue el prestatario quien previamente y por una financiera conoció la existencia de este préstamo hipotecario, acudió a la Entidad Bancaria demandada, de la que no era cliente, interesándose en un préstamo hipotecario con opción **multidivisa**, producto que ofertaba el Banco , de ahí que acudieran los demandantes a una sucursal en distinta localidad a la de su residencia, sobre la que podía tener, en mayor o menor grado, cierto conocimiento previo respecto a la singularidad propia de concertar un contrato de préstamo en moneda extranjera. Pero ello no implica que fuera conocedor de los riesgos derivados del cambio de fluctuación de la moneda en cuanto a la carga económica y jurídica que asumía el prestatario y, en especial, en cuanto a la repercusión del principal pendiente de amortizar; en suma, de las consecuencias económicas derivadas de la elección de la moneda extranjera. Resulta además significativo que el propio gestor de la entidad bancaria tuviera suscrito un préstamo de la misma naturaleza y hablara en términos positivos del mismo a los clientes, lo que es obvio supone para estos generar una confianza en el producto.

Resulta a todas luces insuficiente como apuntábamos anteriormente el impreso suscrito por los demandantes pues no son relevantes tales menciones preestablecidas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas preestablecidas por el profesional. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista. La STS de 12 de enero de 2015 pone de relieve la escasa relevancia de las menciones estereotipadas y predisuestas por quien debe dar la información. En definitiva, no es más que una cláusula modelo estereotipada, no adaptada a las circunstancias concretas de cada cliente y operación que, conforme a las reflexiones apuntadas, no es suficiente ni tiene la virtualidad de evidenciar o demostrar que el actor era plenamente consciente y conocedor del alcance y de los riesgos de la operación ante la sesgada e incompleta información recibida.

Por otro lado, si bien el Notario autorizante hizo constar haber quedado debidamente informados del contenido del presente instrumento público y haber prestado a éste su libre consentimiento; de que este otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes", ello no implica que la entidad financiera ofreciera al cliente -consumidor- información completa, adecuada y comprensible a fin de





poder conocer, antes de la firma de la escritura pública, los concretos riesgos derivados del funcionamiento de dicha elección de la modalidad **multidivisa**, en cuanto al mecanismo propio de funcionamiento derivado de la fluctuación en su repercusión económica-jurídica. La simple intervención notarial, como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 no garantiza la comprensibilidad real ni el control y cumplimiento de ese deber especial y esencial de facilitar la información, clara, completa, adecuada en cuanto al funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa y muy especialmente la relación entre dicho mecanismo y el detallado por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo. Siguiendo los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013, tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, ni la carga jurídica del mismo.

Partiendo de todo ello, procede concluir de conformidad con la Juzgadora de instancia, la procedencia de la nulidad parcial del préstamo hipotecario de autos, nulidad parcial que conlleva que, aún sin la parte afectada, el contrato pueda subsistir siempre que los contenidos afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para afirmar que aún sigan concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. Concurriendo tales condiciones, el negocio puede por tanto subsistir, como se deduce de la doctrina plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que entendió que la nulidad de las cláusulas suelo en el caso analizadas no había de comportar la de los contratos en los que se insertaban, por no imposibilitar "su subsistencia", y el TJUE de 30 de abril de 2014 -en relación, precisamente, a un préstamo hipotecario **multidivisa**- (en el mismo sentido, SSTs de 12 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015).

Sin duda la aquí debatida cláusula **multidivisa** se refiere al objeto principal del contrato. Más no formando parte inescindible de su objeto y causa, no cabe concluir sin embargo que nos encontremos ante una condición esencial toda vez que con los precisos ajustes (como préstamo en euros y referenciado al Euribor), el negocio puede subsistir. No hay motivo, por tanto, para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial.

En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula **multidivisa** y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la **hipoteca** si bien referenciada en Euros, operando por ello como un préstamo en Euros, referenciado al Euribor.

**TERCERO.-** Rechazado el recurso se impone a la parte apelante las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 4 de Guadalajara en los autos de juicio ordinario num.332/2016 debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte recurrente las costas de esta alzada y, con pérdida, en su caso, del depósito constituido en el Juzgado de instancia.

Contra esta sentencia, se puede interponer recurso de casación por infracción procesal, o por interés casacional, en su caso, cumpliéndose, en ambos supuestos, con los requisitos exigidos por los artículos 469 de la LEC, en relación con la disposición final decimosexta, o 477.2.3 del mismo cuerpo legal. Debiéndose interponer, mediante escrito, firmado por letrado y procurador, y a presentar ante esta misma Sala. Formalizándose dicho recurso en el término de veinte días a contar desde la notificación de esta resolución. Y debiendo, igualmente, procederse al ingreso de la cantidad de 50 euros, en concepto de depósito.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.