

## AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 PALENCIA

SENTENCIA: 00030/2017

N10250

AVENIDA ANTIGUA FLORIDA 2

Tfno.: 979.167.701 Fax: 979.746.456

N.I.G. 34120 41 1 2015 0003126

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000407 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 5 de PALENCIA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000449 /2015

Recurrente: BANKINTER S.A.

Procurador: JOSE MIGUEL RAMOS POLO

Abogado:

Recurrido:

Procurador: JOSE CARLOS HIDALGO FREYRE

Abogado: MARIA PATRICIA GABEIRAS VAZQUEZ

Este Tribunal, compuesto por los Señores Magistrados que se indican al margen ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

La siguiente

**SENTENCIA NUM. 30/2017**

SEÑORES DEL TRIBUNAL

**Ilmo. Sr. Presidente:**

**D. MAURICIO BUGIDOS SAN JOSÉ**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**D. CARLOS MIGUÉLEZ DEL RÍO**

Validez desconocida

Validez desconocida

Validez desconocida

Firmado por: CARRERAS MARAÑA JUAN  
MIGUEL  
CN=AC FNMT Usuarios, OU=Ceres,  
O=FNMT-RCM, C=ES

Firmado por: MIGUELEZ DEL RIO  
CARLOS  
OU=FNMT Clase 2 CA, O=FNMT, C=ES  
Minerva

Firmado por: CN=BUGIDOS SAN JOSE  
MAURICIO  
CN=AC Administración Pública,  
SERIALNUMBER=Q2826004J,

D. JUAN M. CARRERAS MARAÑA

---

En Palencia a veintiséis de enero de 2017.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PALENCIA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000449 /2015, procedentes del JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 5 de PALENCIA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000407 /2016, en los que aparece como parte apelante, BANKINTER S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE MIGUEL RAMOS POLO, y como parte apelada, \_\_\_\_\_, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE CARLOS HIDALGO FREYRE, asistido por el Abogado D. MARIA PATRICIA GABEIRAS VAZQUEZ, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL CARRERAS MARAÑA.

Se aceptan los antecedentes fácticos de la sentencia impugnada.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Que el Fallo de dicha sentencia, literalmente dice: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Don José Carlos Hidalgo Freyre en nombre y representación de \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ contra la entidad BANKINTER, representada por el Procurador Don José Miguel Ramos Polo debo declarar y declaro la nulidad de acuerdo a lo inserto en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de 5 de junio de 2007, referido a las divisas declarando, asimismo, que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 242.000 euros la cantidad que correspondía amortizar en concepto de principal e intereses también en euros, de tal manera, que en consecuencia, en el caso de que los demandantes hubieran abonado una cantidad superior en concepto de capital e intereses a la que habrían pagado de haber operado desde el principio en euros, se*

*reintegre en metálico dicho exceso a los demandantes, como efecto inherente a la nulidad instada, junto con sus intereses, condenando como condeno a la demandada a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se deriven, todo ello con imposición de las costas del pleito a la parte demandada”.*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso la parte demandada en el procedimiento, el presente recurso de apelación, exponiendo las alegaciones en las que se basaba su impugnación, que fue admitido en ambos efectos, y previo traslado a las demás partes para que presentaran escritos de impugnación u oposición, fueron elevados los autos ante este Audiencia, procediéndose a dictar sentencia.

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJERCITADA. (Motivo primero y segundo)**

*Considera la parte apelante que ha caducado la acción ejercitada y que resulta de aplicación el art 1301 CCV. Varios pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, como las de SSTs de 27 octubre de 2004 y de 5 abril de 2006, mantienen el criterio de que estamos ante un plazo de caducidad y no de prescripción. Igualmente, pero con más detalle, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2006 declara (Fundamento Jurídico Cuarto) que: “La acción de nulidad solo durará cuatro años”, sin perjuicio de reconocer que la doctrina se encuentra dividida y que en la Jurisprudencia del TS encontramos algunas*

*sentencias que se inclinan por considerarlo como de prescripción, ha de concluirse que la mayoría de la doctrina opina que el expresado plazo ha de calificarse como de caducidad apoyándose para ello en la propia literalidad del precepto comentado, al ser tal construcción la más acorde desde el punto de vista dogmático con la concepción de la acción de anulación como un derecho potestativo o de configuración jurídica, así como por razones de seguridad jurídica y de tráfico que demanda una clara y pronta definición de la situación jurídica. El TS en la actualidad parece definitivamente inclinarse por esta última posición en sentencias tales como las de 17 de febrero de 1966, 4 de abril de 1984 [RJ 1984, 1926], 17 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6928] y 25 de julio de 1991 [RJ 1991, 5421].”*

Las Audiencias Provinciales al resolver acciones de nulidad por vicio en el consentimiento respecto a contratos bancarios complejos (Unit Link, swaps, entre otros) estaban divididas en dos posturas. La que determina que la fecha en la que empieza a computar el plazo de caducidad de la acción: es el de la suscripción del contrato (perfección), y la que entiende que la consumación a que se refiere el 1301 CCv debe equipararse con el agotamiento o producción de los efectos propios del contrato a que está destinado; es decir, con el momento de la realización de las prestaciones de las partes. La diferencia entre ambas posiciones es esencial, puesto que de comenzar el cómputo al inicio (perfección), o al término (ejecución de las prestaciones) del contrato, dependerá el momento de conclusión del plazo de caducidad, y la diferencia temporal será grande, especialmente en los contratos de tracto sucesivo.

La STS, PLENO, de 12 de enero de 2015 establece que no puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil con la perfección del mismo. Recuerda sentencias lejanas del propio TS según las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» ó cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó». Por ello, el art. 1301 del Código Civil debe interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Y éste es

el del tradicional requisito de la “actio nata”, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

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

Aplicando esta doctrina a nuestro caso, procede realizar las siguientes consideraciones ( art. 218 LECv):

a.- En nuestro caso, concurre una obligación de “tracto sucesivo” y que está vigente y viene cumpliéndose por las partes; por lo que no puede decirse que se ha iniciado el plazo de caducidad.

b.- En segundo lugar, no puede considerarse como plazo de caducidad la fecha que se pagaban las cuotas o las veces que entraban en la página Web del banco; pues en esos momentos no puede decirse que el demandante conoce la causa de la nulidad

Por ello, el momento de poder ejercitar la acción ( "dies a quo") fue en Enero de 2012 y Julio de 2012; cuando el demandante, dada la dicción literal de los documentos 6 y 7 de la demanda, tiene cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción, y de que en realidad la paridad euro yen le era desfavorable y así lo califica la parte demandante de "desalentadora" y se cambia a libras como moneda subyacente al ser consciente que la paridad de Interés no era perjudicial y en consecuencia no concurre caducidad alguna.

**SEGUNDO.- CASO CONCRETO Y CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES.**  
(Motivos Tercero a Octavo y Décimo).

2-1.-Como se alega en el tercero de los motivos de impugnación la primera cuestión que debe de resolverse deriva de la naturaleza del contrato. Al respecto, debe de discreparse de la parte apelante de que no se trata de un producto complejo y de que su funcionamiento es: "igual al de otro préstamo hipotecario" con los riesgos de aleas derivados de dos variables: cambio de divisa y tipo de interés.

*Pocas consideraciones procede hacer en orden a desestimar este motivo de apelación pues la STS de 30-06-2015 ha dejado claro el tema de la naturaleza del contrato y su nivel de complejidad y dice: "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 recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido*

*abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos"*

En nuestro caso, el contrato litigioso es de 5-06-2007 y relación con la normativa aplicable la referida STS de 30-06-2015 establece: " En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso. Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes « en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado », así como que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo

de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban» En el considerando trigésimo, la Directiva añade que «debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio». En los arts. 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen. El TJUE ha dictado una sentencia, la de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, que tiene por objeto una de estas hipotecas multidivisa. No obstante, al tratarse de una hipoteca multidivisa concedida a un consumidor, la citada STJUE aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, que en nuestro caso no es de aplicación por cuanto que, como ya se ha expresado, los demandantes no ostentaban la condición de consumidores en esta relación jurídica, por lo que no procede traer a colación dicha sentencia. 6.- 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 "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un



instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley. La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto. 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 « en 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, 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". Es decir, se trataría de un producto en divisas y complejo por incluir un derivado.

Partiendo de este criterio Jurisprudencial del Tribunal Supremo, es cierto que esta Sala no desconoce la STJUE de 3-12-2105, la cual declara (Sala Cuarta):" El artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad." Es decir para el TJUE se trata de un préstamo con la peculiaridad de que está referido en divisas.

Ahora bien, esta aparente contradicción entre la sentencia del TJUE y del TS de España, ha de resolverse a favor del segundo, pues el hecho de que el TJUE, como máximo intérprete de la Directiva, haya dicho que en sus contenido no se incluyen las hipotecas multidivisas, esto es, en ese ámbito mínimo de la Directiva; ello no resulta incompatible con el hecho de que el TS, competente para interpretar la legislación Española, si incluya 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. Asimismo, la SAP de Burgos, Secc. 3ª de 5-04-2016 añade como argumentos para superar las divergencias entre los Tribunales referidos: por un lado, la STJUE de 30-04-2014 referida a una hipoteca multidivisa concedida a un consumidor y que aplica la directiva 93/13/CEE sobre "cláusulas no referidas en contratos celebrados con consumidores y sobre el deber de transcripción y, por otro, la Directiva 2014/17/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 4-02-2014 sobre "contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial; y en cuyos arts. 13.f y 23 se contienen previsiones sobre los préstamos en moneda extranjera y sobre obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos en comercialización.

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 si 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. En este sentido, la SAP de Valladolid Secc. 3ª de 30-06-2016.

*2-2.- Analizada la naturaleza del contrato, debe de verificarse el nivel de información ofrecido a los prestatarios y el perfil de los prestatarios; y al respecto deben de realizarse las siguientes consideraciones:*

**2-2-1.-** Sobre el nivel de información debe de recordarse que en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 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.

*Como recuerda la STS de 30-06-2015: "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 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".*

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 y el nivel de información ha sido insuficiente por las siguientes razones: (artículo 218 LECv)

a.- El ineludible punto de partida es la escritura notarial de constitución del préstamo hipotecario litigioso, donde existe una advertencia expresa y explícita que dice F 61: "Al estar pactado el préstamo en divisas, se advierte expresamente a la parte prestataria sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio". Resulta manifiesto que esta genérica e indeterminada advertencia notarial es insuficiente para que el deudor pueda comprender las consecuencias efectivas de esa fluctuación. Lo relevante no es que exista fluctuación derivado del tipo de cambio, lo cual es evidente en todo contrato en divisas, sino que lo relevante es que el consumidor minorista, como es nuestro caso, pueda llegar a conocer cuando firma la escritura que al vencimiento puede tener que pagar mucha más cantidad que el capital contratado en la moneda de la que dispone que solo son euros (242 000 € en nuestro caso), y que dado el juego de contravalor puede ser que pagando cada vez mas euros de cuota al final del contrato debe de pagar/ amortizar mas de lo prestado en Euros; y ello por el complejo juego del contravalor en divisas sobre el principal pactado.

b.- En cuanto a la información propiamente bancaria, que es la relevante al momento de contratar, se limita a la oferta-vinculante ( f 135) y a la solicitud de préstamo( f. 140) que adolece de la misma deficiencia antes expuesta y, además, no contempla el análisis de posibles escenarios, ni concurren simulaciones, ni se presenta la posibilidad de tener que pagar mucho más del capital contratado en la moneda del deudor.

Por si ello no fuera bastante, resulta que la información derivada de la publicidad no es clarificadora y lo que se destaca ( f 364) con gran alarde tipográfico es: "que puede olvidarse del Euribor y de paso beneficiarse del cambio de divisas"; pero omite que en realidad el deudor no puede olvidarse del Euro que es la moneda de referencia del deudor-prestatario y que puede necesitar más Euros para amortizar el capital prestado si la moneda subyacente se aprecia, como acredita la prueba pericial y documental unida a la causa, y asimismo cuando el prestamista no pone a disposición del prestatario monedas en Yenes, sino que el Yen es un mero contravalor .

c.- No se hicieron simulaciones y menos sobre el impacto futuro que podía afectar al capital prestado, máxime cuando se trata de un producto muy específico que no se ofrece a todo el mundo. Se debió evaluar, y no se hizo, la conveniencia del producto para los demandantes, teniendo en cuenta su nivel de formación y conocimientos sobre su funcionamiento y el gran riesgo que comportaba, como requería un proceder acorde a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y deberes de las partes contratantes; y, en nuestro caso, no se analizó la adecuación del producto bancario al concreto perfil de los contratantes, ni se analizó en el momento de contratar su experiencia financiera mediante un test de conveniencia que se presente como necesario, dado que estamos en presencia de un producto sujeto a un subyacente en divisa extranjera.

2-2-2.- Expuesta insuficiencia de la información ofrecida en el momento previo y simultáneo al contrato, que es la relevante para formar la voluntad contractual del deudor a los efectos del art 1262 CCV, debemos de analizar los efectos de esa insuficiente información en el presente supuesto.

Nuevamente las pautas para resolver esta cuestión derivan de la Jurisprudencia del Tribunal supremo que establece respecto del error-vicio, en SSTS como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre, 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 el Tribunal Supremo 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). 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.

Aplicando esta doctrina al caso concreto analizado deben de realizarse distintas consideraciones (art. 218 LECv), en orden a no tener por acreditado (art. 217 LECv) que la entidad apelante haya probado que el cliente entendía la naturaleza y, sobre todo, los efectos de la cláusula-multidivisa. Aquí es donde está la asimetría; pues mientras la entidad prestamista siempre va a recibir su cuota de interés, sin embargo el prestatario a pesar de pagar esa cuota, no amortiza la cantidad adecuada y correlativa de principal y puede pagar más principal del entregado como préstamo por la entidad prestataria.

a.- En cuanto a la    no consta especial cualificación, ni conocimientos económicos y que se dedica al sector de la hostelería. En cuanto al Sr.    es cierto que no puede obviarse que tiene estudios de Derecho y Economía y que es licenciado por la Universidad de Deusto. Ahora bien, está acreditado por un lado, que sus estudios de Economía se reducen a dos asignaturas en la carrera y, por otro, que su actividad profesional no ha tenido relación directa alguna con el mundo

financiero, sino que es Inspector de Trabajo y seguridad Social y ha desempeñado trabajos de perfil administrativo y no vinculados con las finanzas como: Jefe de dependencia de trabajo e inmigración del Mº de Trabajo y asesor de la Dirección General de Trabajo de la Junta de Castilla y León o inspector en la Subdelegación del Gobierno.

b.- A diferencia del caso analizado en la SSTS de 30-06-2015, en que el demandante no actuaba como consumidor y disponía de múltiples activos y operaciones de riesgo, es lo cierto que no consta que los actores, en nuestro caso, hubieren tenido ninguna otra hipoteca multidivisa o de que dispongan de otros productos de ahorro o de préstamo complejos o que sean titulares de relevantes activos financieros o que hayan asumido productos bancarios con alto perfil de riesgo: bolsa, estructurados, swaps etc. o que tengan sociedades o un importante patrimonio o relevantes inversiones en España o en el extranjero; mas bien, al contario, sus declaraciones fiscales demuestran ausencia de actividad inversora y ausencia de productos financieros con rentabilidades de significación

c.- Se ha debatido con intensidad el alcance de los correos electrónicos remitidos por el demandante a la entidad demandada ( f 142 y 143), de donde pudiera derivarse un conocimiento de los riesgos de la hipoteca multidivisa y la concurrencia de actos propios convalidativos de las posibles deficiencias iniciales de información bancaria y notarial. Sobre esta prueba documental, deben de realizarse las siguientes consideraciones:

- No puede olvidares esos correos no son documentos precontractuales, ni derivados de negociaciones previas entre las partes, sino que se producen más de cuatro años después de la firma del contrato litigioso. Ello supone que no acreditan un efectivo conocimiento de los riesgos que asumía el deudor en el momento de la firma del contrato, que es lo relevante para verificar si pudo o no haber error en la expresión de su voluntad contractual y si era vencible o invencible a los efectos del art 1262 CCV y SSTS números 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre; sino, mas bien, ponen de manifiesto una preocupación derivada de la



falta de efectivo conocimiento de las consecuencias finales del producto contratado y con un deseo de buscar una solución adecuada como alargar el plazo o reducir comisiones y de que las elevadas cuotas, y sobre todo, la limitada amortización del principal, ponía en riesgo su estabilidad económica en función de sus ingresos.

-La lectura de los referidos correos no determina de forma indubitada que el prestatario a la firma del contrato litigioso conociera los riesgos efectivos que se derivaban de su contratación, sino que ponen de manifiesto que esos riesgos son conocidos con posterioridad y por la propia dinámica del contrato y su devenir posterior; pero no por un conocimiento previo al momento del contrato y derivado de la información suministrada que, como hemos apuntado, fue insuficiente, tanto en términos absolutos, como en términos relativos en función del perfil de la parte contratante.

d.- En cuanto al dato de las múltiples conexiones del actor con los medios telemáticos del banco, nada acreditan, pues no se conoce cuál fue el objeto de las conexiones, ni la finalidad del uso de la banca informática, en orden valorar el nivel de información obtenido a la firma del contrato, ni se desvirtúa la falta de planteamiento de posibles escenarios de agravación del préstamo o de previsiones de desviaciones en perjuicio del consumidor sobre el capital prestado.

### **TERCERO.- MOTIVO NOVENO DE IMPUNACIÓN. NULIDAD PARCIAL**

Teniendo en cuenta que en casos como el que nos ocupa el contrato puede subsistir perfectamente sin la cláusula-multidivisa y teniendo en cuenta, también, que eliminada la deuda multidivisa sigue existiendo causa (onerosidad, art. 1274 LEcv y art. 1240 LEcv) y sigue existiendo objeto del contrato: préstamo (art. 1271 LEcv), la apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE y al fin de protección de los consumidores; y ello por las siguientes razones(art. 218 LEcv):

a.- La STJUE de 14 de junio de 2012, entre otras muchas, hay 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”.

b.- Resulta de aplicación, 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 (SSTSD 488/2010 de 16 de julio. RC 911/2006; 261/2011, de 20 de abril RC 2175/2007; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2006; 616/2012, de 23 de octubre, RC 752/2009).

La sentencia referida analiza el principio “*utile per inutile non vitiatur*” 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 “serán 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 (los 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 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.

c.- La inaplicación de los contenidos multidivisa es perfectamente posible en la práctica, porque el contrato permite entender que el préstamo lo fue de 242.000 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 con diferencial del 0.75 + 0.75.

d.- La solución de la nulidad total del contrato sería contraria a la finalidad de protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13 CEE y el TRGDCU, ya que produciría un efecto mucho más perjudicial para los demandantes-consumidores que para la entidad bancaria demandada-profesional, al verse obligados a devolver en una sola vez la totalidad de un préstamo cuya devolución estaba programada en veinticinco años. El caso analizado por la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13) es, en este extremo diferente al que aquí se enjuicia, porque el préstamo hipotecario no podría subsistir sin la cláusula de conversión de la divisa que se considera abusiva. Pero, incluso en ese supuesto, el TJUE modula la interpretación del apartado 6.1 cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, para posibilitar la nulidad parcial que podía arbitrarse como solución mediante la aplicación de una disposición supletoria del derecho nacional.

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 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 (apartado 84).

d.- Considerando todo ello, procede concluir 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. (TJUE de 30 de abril de 2014, en relación, precisamente, aun préstamo hipotecario multividiva y en el mismo sentido las SS.T.S. de 12 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015 ). La debatida cláusula multividiva no forma parte inescindible del objeto y causa del contrato; por lo que no hay motivo, por tanto, para eludir la aplicación del “principio de conservación del negocio jurídico”, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial; y, en consecuencia, se tendrá por no puesta la cláusula multividiva y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea la que interesaron los actores en su petición principal.

Debe, por tanto, confirmarse la sentencia recurrida, con desestimación del recurso de apelación interpuesto.

**CUARTO.-** Todo ello con expresa imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte apelante, dada la desestimación de su recurso, en aplicación del artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

## **FALLAMOS**

Que desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la representación procesal de BANKINTER, S.A., contra la sentencia dictada el día 22 de septiembre de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Palencia, en los autos de que este Rollo de Sala dimana, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente la mencionada resolución. Todo ello, con expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte apelante.

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