



Roj: **SAP P 234/2017 - ECLI: ES:APP:2017:234**

Id Cendoj: **34120370012017100234**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palencia**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/2017**

Nº de Recurso: **188/2017**

Nº de Resolución: **164/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MAURICIO BUGIDOS SAN JOSE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**PALENCIA**

**SENTENCIA: 00164/2017**

N10250

AVENIDA ANTIGUA FLORIDA 2

Tfno.: 979.167.701 Fax: 979.746.456

**N.I.G.** 34120 41 1 2016 0000331

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000188 /2017**

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

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000028 /2016

Recurrente: BANKINTER S.A.

Procurador: JOSE MIGUEL RAMOS POLO

Abogado:

Recurrido: Visitacion

Procurador: JOSE MANUEL TRECEÑO CAMPILLO

Abogado: ANTONIO VILLARRUBIA GONZALEZ

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

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA Nº 164/2017**

TRIBUNAL UNIPERSONAL

Ilmo. Sr. Presidente

Don Mauricio Bugidos San José

Ilmos. Señores Magistrados

Don José Alberto Maderuelo García

Don Miguel Carreras Maraña

En la ciudad de Palencia, a 19 de junio de 2017



Vistos, en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ORDINARIO, sobre NULIDAD PARCIAL DE CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO, provenientes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Palencia, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recaída en el mismo de fecha 04/04/2017, entre partes, de una, como apelante BANKINTER SOCIEDAD ANÓNIMA, representado por el Procurador Don José Miguel Ramos Polo y defendido por el Letrado Don José María Rego Álvarez de Mon, y de otra, como apelada DOÑA Visitacion, representada por el Procurador Don José Manuel Treceño Campillo y defendida por la Letrado Don Antonio Villarrubia González, siendo Magistrado Ponente, el Ilmo. Sr. Magistrado Don Mauricio Bugidos San José.

Se aceptan los antecedentes fácticos de la sentencia impugnada.

### ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Que el Fallo de dicha sentencia, literalmente dice: " **Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Treceño Campillo en nombre y representación de Doña Visitacion frente a BANKINTER SOCIEDAD ANÓNIMA, debo declarar y declaro la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes con fecha 24/03/2007 en las cláusulas relativas a **multidivisa**, considerándose que la cantidad adeudada por la actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir del saldo prestado (159.000 €) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir siendo los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de 159.000 € y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma cláusula 3B de la escritura (Euribor + 0,75%). Se condena a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento, con expresa imposición a la demandada de las costas causadas** ".

2º.- Contra dicha sentencia interpuso **BANKINTER SOCIEDAD ANÓNIMA** 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 esta Audiencia, y al no haber sido propuesta prueba, es procedente 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.-** El Juzgado de Primera Instancia número uno de Palencia dictó sentencia cuyo fallo hemos transcrito literalmente; y contra la misma se alza la representación de Bankinter, Sociedad Anónima; que interpone recurso de apelación del que conferido el pertinente traslado a la contraparte fue objeto de oposición con el resultado que obra en autos.

Es origen del procedimiento que nos ocupa la demanda presentada por la representación de doña Visitacion, en la que pedía la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 24/01/2007, nulidad parcial que se solicitaba exclusivamente en relación a las cláusulas que el mismo contenía, relativas a **multidivisa**; y seguidos los trámites pertinentes se dictó la sentencia que ahora nos ocupa, fundamentándose la misma esencialmente en considerar la existencia de error en la demandante y apelada que como tal vicio de consentimiento determinó la contratación del préstamo en cuestión. Previo a ello la sentencia desestimó la excepción de caducidad opuesta por la entidad bancaria apelante.

El recurso que ahora vamos a resolver alega como motivos la existencia de caducidad; la discrepancia con la consideración como instrumento financiero del contrato en cuestión; la inexistencia de error, si nos atenemos a la cualidad de la demandante, administradora de una sociedad limitada, como así también el hecho de que el consentimiento lo prestó con pleno conocimiento, como lo demostrarían también los actos posteriores a la formalización del préstamo hipotecario; la discrepancia con el hecho de que en la sentencia se determine como importante para entender la existencia de error que no se realizasen previsiones sobre el tipo de cambio, y ello porque tales previsiones eran de imposible realización; y así también la indebida aplicación de la Ley General de Consumidores y Usuarios y de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en este último caso alegando la inexistencia de las mismas. Por último sostiene la improcedencia de declarar la nulidad parcial del contrato, y también alega que debería de aplicarse la doctrina de los actos propios.

En los siguientes fundamentos jurídicos haremos estudio del recurso interpuesto, si bien advertimos que la motivación estudiará las alegaciones constituidas en motivos de recurso, aunque lo haremos siguiendo diferente sistemática a la utilizada por el recurrente.



**SEGUNDO.**- En el primer motivo de recurso se vuelve a la insistir, tal y como se hizo al contestar a la demanda en la **caducidad de la acción ejercitada** .

**" 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]."** Así comenzaba la sentencia de esta Sala de fecha 26/01/2017 al hacer el estudio de acción de nulidad parcial referida también a contrato de préstamo hipotecario **multidivisa**, que resolvía también acerca de la excepción de caducidad, y lo hacía para argumentar que de existir, la excepción a resolver es la de caducidad y no de prescripción. Es en criterio de dicha sentencia en el que nos vamos a amparar para resolver sobre la cuestión planteada, anunciando desde aquí la desestimación del motivo del recurso.

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" que está vigente y viene cumpliéndose por las partes.
- b.- En segundo lugar, no puede considerarse como plazo de caducidad la fecha en que se pagaban las cuotas o las veces que entraba la actora en la página web del Banco; pues en esos momentos no puede decirse que el demandante conociese la causa de la nulidad.
- c.- El momento de poder ejercitar la acción ("dies a quo") es, como dice la sentencia de instancia, en el mes de octubre de 2014, y no cuando la actora pretendía 16/12/2015 , en razón a que en la misma dirigió un escrito a



Bankinter en la que pedía explicación de la situación planteada, entre otras razones porque en el aludido mes de octubre de 2014 es cuando se produce el incremento sustancial en el pago de intereses a consecuencia de la depreciación del euro respecto del franco suizo. Es decir es en este momento cuando podemos considerar que doña Visitación tiene cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción, y de que la paridad euro-franco suizo le era desfavorable y en gran medida, con las consecuencias que ello conllevaba, pero nunca antes si aplicamos la doctrina jurisprudencial a la que nos hemos referido. Consecuencia de ello es entender que no ha transcurrido el plazo de caducidad en el momento en que se ejerció la acción origen de actuaciones

**TERCERO** .- Estudiaremos en este fundamento el resto de motivos de recurso excepto el referido a la alegación de imposibilidad de declaración de nulidad parcial, por incidir todos ellos en la cuestión esencial a resolver, cuál es la existencia de vicio de consentimiento.

1-. **Respondiendo al segundo de los motivos de recurso, la primera cuestión que debe de resolverse deriva de la consideración de cual es naturaleza del contrato** . Al respecto, debe de discreparse de la parte apelante cuando dice que no se trata de un producto complejo, y de que su funcionamiento es: "igual al de otro préstamo hipotecario" con los riesgos de alea 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 24-01-2007 y en relación a la normativa aplicable la STS de 30-06-2015 establece: **"para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información el 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 que 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. Ello es así porque 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; no resulta incompatible con que el TS, que es el 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 traspone son instrumentos diferentes. La Ley Estatal tiene que respetar el contenido mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación más amplio permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye.

En cualquier caso, y con independencia del debate suscitado sobre la normativa aplicable, la viabilidad de la acción de nulidad, basada tanto en la falta de transparencia y abusividad de las cláusulas, como en la existencia de un error vicio de consentimiento, gira en torno a la demostración de 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, ya se pronunciaba nuestra sentencia de fecha 26/01/2017 , cuyos criterios casi literalmente estamos transponiendo en esta sentencia.

**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:**

2-1.- 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 en el **EXPONEN IV** que **la prestataria reconoce que el préstamo está formalizado en divisas... y que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a Bankinter de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en EUROS pueda ser superior al límite pactado** . 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, 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 a la solicitud de préstamo que adolece de la 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, sin que al respecto demos valor a la prueba testifical practicada a instancia de la parte apelante, por ser obviamente interesada.

Por si ello no fuera bastante, resulta que la información derivada de la publicidad, que es notoriamente conocida no es clarificadora y lo que se destaca es que el cliente 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.

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- Expuesta la 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. Las consideraciones al respecto pasan por afirmar que:

a.- la actora los únicos estudios demostrados que tienen son los de bachiller, y aunque sea titular de un 50% de una empresa dedicada a la distribución de periódicos y revistas, ésta no deja de ser una empresa familiar, que nada tiene que ver con la utilización y manejo de fondos financieros; es decir su perfil no es, en lo que se ha demostrado, el propio de persona que tenga conocimientos financieros suficientes para entender lo que contrataba, si es que no se le había explicado suficientemente y en las condiciones en que hemos venido manteniendo que debía de hacerse; y desde luego tampoco se ha demostrado que tuviese conocimientos derivados de la realización de operaciones similares a la que nos ocupa o que indiquen los referidos conocimientos.

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 la actora, en nuestro caso, hubieren tenido ninguna otra hipoteca **multidivisa** o que disponga 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.

**3. En el subsiguiente motivo de recurso se hace estudio de por qué no puede entenderse la existencia de condiciones generales de la contratación, y por lo tanto que resultaría imposible la infracción de la ley reguladora de las mismas** . Entendemos que no es necesario entrar a hacer consideración al respecto, pues la existencia de error-vicio de consentimiento está suficientemente acreditada en razón a lo dicho, y ello supone necesariamente la estimación de la demanda, sin necesidad de apoyar la misma en mayores consideraciones; ya que consideramos que lo hasta aquí argumentado motiva suficientemente el porqué de la desestimación del recurso interpuesto.

**4. Se dice también de la existencia de actos propios por parte de la apelada, pretendiendo que la repetición de los pagos que la correspondían supone necesariamente la asunción del contrato de préstamo hipotecario cuya nulidad parcial pide.**

Al respecto de la doctrina de los actos propios entendemos que son requisitos necesarios para su aplicación los siguientes:

1º) que el acto que se pretenda que produzca efectos jurídicos en una relación jurídica posterior, sea adoptado libremente por el que se pretenda vinculado por el mismo, de tal forma que en ningún caso es aplicable la doctrina en cuestión cuando tal circunstancia no concurra, y menos cuando el potencial constreñimiento de voluntad haya sido realizado por quien pretenda beneficiarse del acto en cuestión;

2º) que entre el acto que se pretenda que vincula en una relación jurídica posterior, y ésta, se produzca un nexo de causalidad; y además concurra la incompatibilidad entre los efectos jurídicos del primero, y los que se pretenda se produzcan en la relación jurídica en cuestión;

3º) que el acto que se pretenda vinculante, genere una situación de ligazón en las relaciones jurídicas futuras que tengan relación con el mismo.

Ahondando más en dicha doctrina, la Sala 1ª de dicho Alto Tribunal en su sentencia de 10 de julio de 1997 , al referirse a la doctrina de los actos propios dice que: "**Ladoctrina de los actos propios significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio;...**" para después continuar diciendo que "**en sentencia de 30 de mayo de 1995, esta misma Sala dijo que la fuerza vinculante del acto propio, estriba en ser ésta expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho, generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto; y en la de 30 octubre 1995, que es reiterada doctrina la de que el principio general de derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los actos propios constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurran los requisitos o presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que**



**los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior" .**

Consideramos que en el caso no es de posible aplicación la doctrina de los actos propios, puesto que lo único ante lo que nos encontramos, qué es lo que se alega en el escrito de recurso, es con el hecho de que la actora ha venido satisfaciendo las cuotas mensuales del préstamo hipotecario, y ello no es suficiente para considerar la existencia de un consentimiento dirigido a asumir, aunque fuese conociendo las circunstancias que se daban, la validez del contrato en su día otorgado entre las partes. Además de que el pago en cuestión puede obedecer a diferentes circunstancias, entre otras y fundamentalmente a evitar posibles acciones judiciales derivadas de un potencial impago, resulta que, como también se dice la sentencia de instancia, después de que la actora advirtiese, o debiese de advertir, a finales del año 2014, la situación que se planteaba, ya en el año 2015 pide explicaciones a la entidad bancaria demandada, y casi sin solución de continuidad, teniendo en cuenta que la presentación de una demanda conlleva la petición de asistencia a profesionales, el estudio por parte de estos del caso y la redacción de la demanda, a principios del año 2016, en concreto el día uno de febrero, presenta el escrito rector origen del procedimiento.

**CUARTO.-** Queda por estudiar un último motivo del recurso, cuál es el que dice que la imposibilidad de declarar la nulidad parcial del negocio jurídico que nos ocupa.

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, ha declarado que la Directiva 93/13/CEE "se opone al artículo 83 (en la redacción vigente a la fecha de la demanda que dio lugar a este procedimiento) que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Ello pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por ello hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor".

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 negotio" 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).

E.- 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 **multidivisa** 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 **multidivisa** 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 **multidivisa** 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, una vez desestimados los motivos de recurso en la forma expuesta, confirmarse la sentencia recurrida, con desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto.

**QUINTO.-** Al ser desestimado el recurso, en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante.

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

#### **FALLAMOS**

Que, **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **BANKINTER SOCIEDAD ANÓNIMA** contra la sentencia dictada el día 04/04/2017, por el Juzgado de 1ª Instancia nº de Palencia, en los autos de que dimana el presente Rollo de Sala, debemos **CONFIRMAR como CONFIRMAMOS** mencionada resolución en todas sus partes, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO