

## AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3 VALLADOLID

SENTENCIA: 00261/2017

N10250  
C.ANGUSTIAS 21

-

Tfno.: 983.413495 Fax: 983.459564

MMA

N.I.G. 47186 42 1 2016 0008055

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000134 /2017**

**Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de VALLADOLID**

**Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000485 /2016**

Recurrente: BANKINTER SA

Procurador: JOSE MIGUEL RAMOS POLO

Abogado: JOSE MARIA REGO ALVAREZ DE MON

Recurrido: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

Procurador: EVA MARIA FORONDA RODRIGUEZ

Abogado: JESUS CAVA MARTINEZ

**EVA FORONDA RODRÍGUEZ**  
**PROCURADORA**  
**APDO CORREOS Nº13**  
**47130 SIMANCAS**  
**NOTIFICADO**  
**LUNES 24-07-17**

### SENTENCIA num. 261/2017

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. JOSE JAIME SANZ CID (Ponente)

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

D. FRANCISCO JOSE PAÑEDA USUNARIZ

En VALLADOLID, a trece de julio de dos mil diecisiete

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000485 /2016, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de VALLADOLID, a los que ha

correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000134 /2017, en los que aparece como parte apelante, BANKINTER SA, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JOSE MIGUEL RAMOS POLO, asistido por el Abogado D. JOSE MARIA REGO ALVAREZ DE MON, y como parte apelada, ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS, representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. EVA MARIA FORONDA RODRIGUEZ, asistido por el Abogado D. JESUS CAVA MARTINEZ, sobre nulidad cláusula suelo contractual y otras, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. JOSE JAIME SANZ CID.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 7 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 16 de enero de 2017, en el procedimiento JUICIO ORDINARIO Nº 485/2016 del que dimana este recurso. Se aceptan antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento:

FALLO: “Apreciando la caducidad de la acción de nulidad por vicios de consentimiento, pero estimando en el resto la demanda formulada por ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) actuando en defensa de los derechos e intereses de sus asociados D<sup>a</sup>

Y D.

contra BANKINTER S.A.:

-declaro la nulidad parcial del préstamo con garantía hipotecaria formalizado el 07/07/2006, excluyendo del mismo las cláusulas y condiciones en virtud de las cuales el prestatario se endeuda en una divisa extranjera y se obliga a pagar en dicha divisa las cuotas de amortización, “clausulado multdivisa” que aparecen

concretadas en, al menos, el punto VII.2 de los fundamentos de derecho de la demanda.

-condeno a la demandada a reconfigurar el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de tal forma que:

1. - la cantidad adeudada se referencie en euros, resultante de disminuir al importe prestado (168.000€) las cantidades pagadas hasta la fecha por los demandantes. (Se recalcula el préstamo en euros, y lo que los actores hayan pagado de más se reducirá del principal).

2. - el contrato subsista sin los contenidos declarados nulos, hasta el abono de la cantidad adeudada, entendiéndose que el préstamo lo fue de 168.000 euros, y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la referencia fijada en la propia escritura de préstamo, esto es, Euribor + 0,65 puntos.

3. - se devuelvan los gastos y las comisiones de cambio aplicadas una vez eliminado el contenido nulo.

4. - condeno a la demandada a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

Las costas se imponen a BANKINTER S.A.”

Que ha sido recurrido por la parte demandada BANKINTER SA, habiéndose alegado por la contraria se opuso al recurso.

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 6 de julio de 2017, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

**ÚLTIMO.-** Se han observado las prescripciones legales.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada excepto lo relativo a la caducidad.

**SEGUNDO.-** Vamos a entrar en el examen de la sentencia apelada, pero comenzaremos, invirtiendo el orden, primero conociendo de la impugnación al haber sido estimada la misma en sentencia, no estando conforme con dicha decisión la demandante, al entender que no ha transcurrido el plazo de cuatro años desde que tuvo conocimiento y comprensión de las características y riesgos del contrato celebrado.

El Tribunal Supremo señala (12/01/2015) que "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".

Debemos acudir, por tanto, al caso concreto para valorar en qué momento el contratante accedió o tuvo a su disposición información que le hubiera permitido comprender las características y riesgos asociados al contrato. En su recurso la parte apelante mantiene que desde el primer momento de la suscripción de la hipoteca, la demandante vio como sus cuotas, debido al riesgo de tipo de cambio, aumentaban, siendo conocedora de los problemas existentes con el franco suizo desde el inicio de la vigencia del contrato.

Esta afirmación genérica no puede ser acogida. Correspondía a la parte recurrente identificar los hechos que indefectiblemente revelaron en la actora la comprensión real del contrato. No ha aportado el Banco recurrente, (carga procesal que la

incumbía, ex artículo 217 LEC ), aquellos documentos que permitan determinar el momento en que los Sres. conoció los riesgos del producto contratado. En este sentido, no puede acogerse al tesis de que desde el 2007 (o en el peor de los casos, en el año 2009, fecha de la caída brusca del Franco Suizo), la actora conocía a través de los extractos (doc. 14 de contestación) el riesgo de tipo de cambio porque, como puede observarse en los citados documentos, únicamente se suministra información sobre el valor de la amortización en Francos Suizos (CHF) y su contravalor en Euros, así como los tipos de interés aplicables y el tipo de cambio pero, por lo que se refiere al capital prestado, el mismo únicamente figura en CHF, lo que supone un suministro de información insuficiente en la medida en que existía un riesgo cierto de que el contravalor en Euros del capital prestado en CHF oscilara al alza, cuestión absolutamente esencial y sobre la que la parte demandante fundamenta su reclamación.

En consecuencia, no se acredita por el apelante la concurrencia de hechos reveladores del conocimiento por la actora de los riesgos asumidos por la firma del contrato, sin que el simple hecho de abonar las cuotas desde el inicio permita alcanzar tal conclusión, como tampoco se puede deducir de la información suministrada a la cliente durante el año 2009, a propósito de la acusada bajada de la cotización de la divisa extranjera, pues los extractos bancarios facilitados no aportaban información sobre la variación al alza del capital prestado en Euros, lo que suponía la omisión de información relevante sobre un riesgo asumido en el contrato.

**TERCERO.- Análisis de los distintos motivos de apelación: carácter de condición general de contratación, transparencia y abusividad.**

Básicamente, se ataca por la entidad apelante la sentencia dictada en primera instancia en base a tres argumentos: que la contratación no infringió ninguna normativa sectorial, que las cláusulas litigiosas no tienen la consideración de condiciones generales y que las mismas son transparentes en la medida en que no producen abusividad al no provocar un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

*- Sobre la vulneración de la normativa sectorial: infracción del art. 79 LMV*

En relación con la primera cuestión discutida, aun reconociendo la intrascendencia al caso que nos ocupa del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 36/2003, que efectivamente regula en su art. 19ª la necesidad de que las entidades financieras oferten un instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés variable (lo que las entidades de crédito han identificado con los *swaps*), ninguna *oferta vinculante* o *folleto informativo* consta aportada a las actuaciones por la parte demandada firmado por los actores, por lo que difícilmente su comportamiento precontractual se ajustó a los requisitos contemplados por la normativa sectorial del 94, actualmente reformada. No consta acreditado la entrega a los demandantes de ningún documento precontractual que incidiera en los riesgos asumidos, el funcionamiento del producto o los diferentes escenarios en los que podrían encontrarse los actores en caso de fluctuación de la divisa extranjera. Esta carencia resulta especialmente llamativa en un caso el que nos ocupa, donde el producto comercializado es particularmente complejo y los riesgos potenciales tan acusados.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos dejar de mencionar la efectiva vulneración de lo dispuesto en el art. 79 LMV en relación con la perfección del contrato y la válida prestación del consentimiento. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Alto Tribunal en su sentencia de 30 de junio de 2015 en la que señaló 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 el caso que nos ocupa, y atendiendo a la fecha del préstamo (posterior a la trasposición de la Directiva MiFID), correspondía a la entidad realizar *el test de conveniencia* necesario para valorar los conocimientos y experiencia del cliente, así como el *test de idoneidad* con el fin de garantizar la adecuación del producto a los intereses y objetivos inversores de su cliente. Pues bien, la entidad no sometió a sus clientes a ninguno de estos test, lo que perfectamente puede explicar el que se ofreciera un producto ciertamente complejo en su funcionamiento e inteligencia a consumidores medios (odontólogo y fisioterapeuta), sin experiencia inversora previa acreditada, residente en el territorio español y con ingresos en divisa nacional (euros).

Sostiene la recurrente que la acción ejercitada es exclusivamente la nulidad/anulabilidad por cláusulas abusivas, algo que resulta difícil de negar a la vista de la redacción que presenta el suplico de la demanda. Sin embargo, no es menos cierto que la demandante refiere la infracción de las exigencias de la LMV y la normativa MiFID (pag. 41 a 43 de la demanda), como tampoco lo es que tales incumplimientos hayan determinado la imposibilidad de los actores de conocer y comprender los riesgos asumidos, lo que ha tenido una incidencia decisiva en la transparencia con la que se pudieron incluir en el contrato las cláusulas del préstamo en divisa extranjera que determinaban la carga económica del mismo. No obstante, conviene insistir en que la presente resolución no declara la nulidad del contrato por error vicio en el consentimiento por incumplimiento de la normativa sectorial relativa a los mercados financieros, sino por la falta de transparencia de las cláusulas incluidas en el contrato en la medida en que los actores no fueron suficientemente advertidos de los riesgos que comportaba el producto comercializado, a lo que contribuyó decisivamente la vulneración de las exigencias contempladas en el art 79 bis LMV previstas para los instrumentos financieros complejos.

- *Sobre el carácter de condiciones generales de contratación de las cláusulas litigiosas*

Las denominadas condiciones generales de la contratación son cláusulas contractuales no negociadas individualmente e incorporadas a una pluralidad de contratos, esto es, cláusulas predispuestas por el empresario. Así, habitualmente se refiere la doctrina a este tipo de cláusulas como “impuestas” pues, como dice el art. 1.1 LCGC, el consumidor “*no haya podido influir materialmente*” sobre su contenido.

El concepto de condición general de la contratación debe buscarse, como decíamos, en su propia normativa, en concreto, en el artículo 1 de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, cuando afirma que son condiciones generales de la contratación las *cláusulas predispuestas* cuya incorporación al contrato sea impuesto por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. El precepto continúa diciendo que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una o varias cláusulas aisladas, se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

De la propia redacción del artículo 1 de la Ley de 1998 cabe extraer sus dos principales características, a saber, que la condición general de la contratación es una cláusula o estipulación contractual *predispuesta e impuesta* por una de las partes (predisponente) a la otra (aceptante o adherente), cuya libertad contractual queda limitada a la mera aceptación, o eventual rechazo, de la misma; y que es el instrumento propio utilizado en la contratación en masa o por adhesión, es decir, que surge con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos.

Pues bien, por la apelante se argumenta que las cláusulas litigiosas (relativas al capital prestado-cuantía del contrato, vencimiento y amortizaciones y tipo de interés) no pueden tener el carácter de condición general por haber sido negociadas individualmente. En apoyo de esta argumentación se alude a la declaración efectuada por la Notario en la pag. 53, que expresamente refiere haber sido negociadas individualmente.



Sin embargo, en relación con esta cuestión parece oportuno hacer dos importantes reflexiones: en primer lugar, hemos de señalar que el hecho de las cláusulas se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que lo verdaderamente importante es el proceso seguido para su inclusión en el contrato, por lo que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no ha podido influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar; y, en segundo lugar, no se puede ignorar que la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

Pues bien, en el caso de autos el hecho de que se hubiera seleccionado por los consumidores la divisa del contrato (franco suizo, en vez de yen, por ejemplo), o se consignara la cuantía del préstamo o los plazos de devolución, no es óbice para considerar que nos encontramos ante una condición general, pues lo verdaderamente importante es su carácter predispuesto por el empresario, lo cual ni siquiera es negado por la demandada. Una cosa es que las cláusulas se ajusten a las necesidades de financiación requeridas para la adquisición de la vivienda hipotecada y las posibilidades de pago del préstamo (capital y plazos de devolución), y otra distinta que ello suponga una negociación sobre las cláusulas en las que se incluyen tales elementos, o que los actores hayan intervenido directamente en la redacción de las mismas. Parece lógico pensar que el predisponente requiera a los prestatarios la información relativa a las condiciones esenciales del préstamo (capital, interés y plazos de devolución), así como la elección de la divisa convertible en España (franco suizo), sin que con ello se pueda presumir la existencia de una negociación individualizada.

En todo caso, insistimos, la carga de la prueba de que ha existido tal negociación particular le corresponde al predisponente, lo que no ha asumido en el presente procedimiento, concurriendo una apariencia externa de encontrarnos ante

cláusulas estandarizadas con el objeto de incluirse en múltiples contratos con clientes, algo por otra parte lógico en atención al sector en que opera la demandada. Lo anterior no puede verse enervado por la simple declaración del Notario en el mismo momento de la firma de la escritura, pues poco o nada conoce el fedatario sobre la fase precontractual y la intervención que los actores pudieron tener en el consenso final de las cláusulas controvertidas.

*- Sobre el control de transparencia*

Se argumenta en el recurso que las cláusulas discutidas superan el control o filtro de transparencia puesto que, analizado el contrato en su conjunto, permiten conocer el objeto principal del contrato y cómo funcionaban las mismas en la económica del propio contrato. Además se añade que las cláusulas no generaron en ningún momento desequilibrio alguno entre las partes pues la oscilación de la divisa elegida (franco suizo) no provocó una ganancia en la demandada con perjuicio de los actores, siendo el riesgo del tipo de cambio algo inherente al contrato suscrito.

Pues bien, como es sabido, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por la STS 406/2012, de 18 de junio y la posterior de 9 de mayo de 2013, cuando el control de transparencia se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la *carga económica* que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la *carga jurídica* del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 en el indica que “[...] *los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas [...]*”, y el artículo 5 dispone que “[e]n los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”,

añadiendo su el artículo 4.2 que “[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita significa que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

En relación con la transparencia, la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 24 marzo 2015 incide en *“que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio”*, añadiendo justo a continuación que *“el art. 4.2 Directiva 13/1993/CEE, conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados” (el subrayado es nuestro).*

Por tanto, la citada STS de 24 marzo 2015 determina que estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación,

que con carácter general no es controlable por el juez, sino del *equilibrio subjetivo o sustancial* de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

En el caso que nos ocupa efectivamente pudiera concluirse la variación del tipo de cambio, que genera un perjuicio patrimonial de los actores, tiene un efecto neutro para la entidad, puesto que al prestar en francos suizos ninguna ganancia le reportaría su relación con la divisa nacional. Sin embargo, dejando de lado cuestiones no planteadas sobre los desequilibrios que pudieran generar las cláusulas en lo que al *fixing* se refiere, lo verdaderamente importante no es si las cláusulas incluidas generaron desequilibrio entre las obligaciones asumidas por las partes, sino si con la información suministrada a los actores durante la fase precontractual y la propia redacción del contrato, estos tuvieron la posibilidad real de contrastar el producto con otros que permitieran satisfacer la necesidad financiera de los demandantes (desequilibrio sustancial).

Así las cosas, de la prueba practicada se deduce que Doña  
y D. hasta el momento de constituir la hipoteca de la que estamos hablando ni siquiera eran clientes de Bankinter. No se acercaron a sus oficinas como desconocidos buscando un producto mejor que el que ofrecían otros bancos. El Sr. es de profesión Policía, y su acercamiento a la entidad bancaria obedeció a la oferta que para ese colectivo hizo la entidad bancaria, al igual que lo había hecho a otros colectivos, ponderando las alabanzas que suponía su contratación. La esposa, Técnico Superior en Educación Infantil, al igual que su esposo no habían realizado inversiones especulativas o arriesgadas, ni tenían conocimientos específicos en materia de valores o bancarias. Son dos consumidores que a lo único que aspiraban era a comprar una vivienda donde establecer su hogar y, naturalmente conseguir una hipoteca lo más barata posible, y a éstas expectativas respondía el producto que le ofrecía Bankinter.

Se produjo una ausencia de información no sólo escrita, sino verbal de funcionamiento del producto. La oferta vinculante se entregó y firmó el mismo día del otorgamiento de la escritura, por lo que sus efectos son nulos al no haber tenido tiempo entre la oferta y el otorgamiento de estudiar el producto. No se les hicieron ni

test de idoneidad ni de conveniencia. Y desde luego no se les describió el escenario que ha sido una realidad, cual es que después de diez años en los que han estado pagando una cantidad importante mensualmente, ahora adeuden todavía más de la cantidad inicial que percibieron.

#### **CUARTO.- Sobre los efectos de la declaración de nulidad**

Como ya hemos indicado en otras resoluciones sobre esta misma materia (por todas, sentencia de esta sala de 30 de junio de 2016), no incurre la sentencia apelada en extralimitación o incongruencia a la hora de fijar las consecuencias de la nulidad que declara. La nulidad de las cláusulas multidivisas no debe comportar necesariamente la nulidad total del préstamo hipotecario con restitución recíproca de las prestaciones, pues como bien razona, sin necesidad de integrar el contrato (proscrito por la jurisprudencia Europeo salvo sustitución por disposición supletoria nacional), basta simplemente con acudir a las propias previsiones contractuales que prevén un tipo resultante de aplicar el Euríbor más un 0,50 %. Se trata de aplicar las condiciones restantes del préstamo hipotecario sin inclusión de la opción multidivisa. La apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014) y a la protección de los consumidores, ya que produciría un efecto más perjudicial para el actor que para la entidad bancaria demandada, en la medida a que aquel se vería obligado a devolver de un sola vez y anticipadamente la totalidad del préstamo.

Por ello ratificamos en este extremo también la sentencia dictada en primera instancia y, en consecuencia, reiteramos la nulidad de las cláusulas y pacto de divisa, dejando estas sin efecto, teniéndolas por no puestas, manteniéndose el resto del contrato de préstamo con su garantías considerando el mismo como una operación en euros con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia Euríbor más el diferencial pactado (0,50 % en este caso). Con arreglo a ello se determinara el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas ya abonadas por los prestatarios, que han de considerarse por principal e intereses.

**ÚLTIMO.-** De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 394 y 398 LEC, y admitiéndose ahora la demanda íntegramente no hay duda que procede condenar en costas a la demandada, tanto de la instancia como de la alzada, sin hacer expresa condena en lo relativo a la impugnación.

### **FALLO**

Que desestimando el recurso de apelación presentado por el procurador José Miguel Ramos Polo en nombre y representación de Bankinter S.A. y estimando la impugnación presentada por la procuradora Eva Foronda Rodríguez en nombre y representación de Asociación de Usuarios Financieros, debemos revocar y revocamos la sentencia en cuanto que estima la excepción de caducidad. Confirmamos en todo lo demás la sentencia. Condenamos en costas de la apelación a Bankinter, sin que hagamos especial pronunciamiento en cuanto a la impugnación.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** contra esta resolución cabe interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

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