



**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3  
VALLADOLID**

**SENTENCIA: 00248/2017**

N10250  
C.ANGUSTIAS 21

Tfno.: 983.413495 Fax: 983.459564

MOB

N.I.G. 47186 42 1 2016 0007037

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000158 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 14 de VALLADOLID

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000420 /2016

Recurrente: BANKINTER SA

Procurador: JOSE MIGUEL RAMOS POLO

Abogado: JOSE LUIS TERRON GUIJARRO

Recurrido:

Procurador: EVA MARIA FORONDA RODRIGUEZ

Abogado: MARIA PATRICIA GABEIRAS VAZQUEZ

**EVA FORONDA RODRÍGUEZ**

PROCURADORA

APDO CORREOS Nº13

47130 SIMANCAS

NOTIFICADO

LUNES 3-07-17

**SENTENCIA Nº 248**

**ILMO. SR. PRESIDENTE**

**D. JOSE JAIME SANZ CID**

**ILMOS. SRS. MAGISTRADOS**

**D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS (Ponente)**

**D. ANGEL MUÑIZ DELGADO**

**En VALLADOLID, a veintisiete de junio de dos mil diecisiete**

**VISTO** en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000420 /2016, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 14 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000158 /2017, en los



que aparece como parte apelante, BANKINTER SA, representado por el Procurador de los tribunales, D. JOSE MIGUEL RAMOS POLO, asistido por el Abogado D. JOSE LUIS TERRON GUIJARRO, y como parte apelada, [REDACTED] y [REDACTED], representados por el Procurador de los tribunales, D<sup>a</sup>. EVA MARIA FORONDA RODRIGUEZ, asistidos por el Abogado D. MARIA PATRICIA GABEIRAS VAZQUEZ, sobre nulidad parcial contrato, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 14 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 30 de Enero de 2017, en el procedimiento JUICIO MONITORIO N<sup>o</sup> 420/2016 del que dimana este recurso. Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Estimando la demanda presentada por la Procuradora Sra. Foronda Rodríguez en nombre y representación de [REDACTED] y [REDACTED] contra Bankinter SA y se declara la nulidad de las clausulas referidas a la opción de divisas y relacionadas con la misma recogidas en el préstamo objeto de esta Litis dejando subsistentes las otras cláusulas del contrato condenado a la Entidad demandada a dejar referenciado el mencionado contrato de préstamo a moneda Euros dejándose para ejecución de sentencia el recalcule del préstamo con esta nueva referencia.

Las costas se imponen a la parte demandada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC." Que ha sido recurrido por la representación procesal de BANKINTER SA, oponiéndose la parte contraria.



TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 21 de Junio de 2017, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - La entidad mercantil "BANKINTER S.A." interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia que estima la demanda interpuesta en su contra por D. [REDACTED] y declara la nulidad de las cláusulas referidas a la opción de divisas y relacionadas con la misma recogidas en el préstamo hipotecario objeto de esta litis dejando subsistentes las otras cláusulas del contrato y condenando a la Entidad demandada a dejar referenciado el mentado contrato de préstamo a moneda Euros quedando para ejecución de sentencia el recálculo del préstamo con esta nueva referencia e imposición de costas a la parte demandada. Alega como motivos, en síntesis; con carácter previo, vulneración del derecho de defensa mediante la práctica y valoración del interrogatorio de parte; imposibilidad de declarar la nulidad parcial por vicio en el consentimiento con infracción de recientes sentencias del T. Supremo sobre este particular; error judicial en la valoración y calificación del contrato y producto de Litis, sus características y riesgos ya que en contra de lo que razona, no estamos ante un instrumento financiero complejo y no se le debe aplicar la Ley de Mercado de Valores ni la inversión de la carga de la prueba relativa a productos de inversión; incorrecta apreciación judicial de la existencia de cláusulas abusivas y de los riesgos que entraña la hipoteca multidisvisas, así como de la información suministrada con carácter precontractual; Incorrecta desestimación de la excepción de caducidad a la luz de la prueba practicada e indebida desestimación de la confirmación del negocio jurídico; e incorrecta apreciación judicial de los efectos de la nulidad.

Pide por todo ello se dicte nueva sentencia que revoque la de instancia y desestima íntegramente la demanda con costas a la parte contraria.

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

SEGUNDO.- Un nuevo y detenido examen del contrato suscrito entre las partes a la luz del resultado obtenido de las pruebas practicadas en el presente procedimiento, pronto permita adelantar la total desestimación del presente recurso en todos y cada uno de los motivos que plantea. No incurre la Juzgadora de Instancia en ninguno de los errores de valoración de la prueba ni de aplicación o interpretación jurídica que denuncia la recurrente. Muy al contrario a lo largo de los extensos fundamentos (particularmente, segundo a cuarto que son lo que realmente motivan su fallo ) ofrece sobre cada una de las cuestiones controvertidas (caducidad de la acción, características y riesgos del préstamo multidivisa, normativa aplicable en materia de información a cargo de la entidad bancaria, existencia de cláusulas de carácter abusivo referidas a la multidivisa, nulidad y alcance de sus efectos) una cumplida y razonada respuesta en derecho que esta Sala no puede sino refrendar pues no solo se ajusta fielmente al resultado probatorio obtenido en el procedimiento sino que también aplica e interpreta con buen sentido jurídico, la normativa y la doctrina jurisprudencial aplicable a este mismo tipo de productos, según los criterios contenidos en la famosa STS de 30 de junio de 2015 y que han sido aplicados por esta Audiencia Provincial y Sección Tercera (p.e Sentencias de. 30 de junio de 2016; 4-10-2016; 12-1-2017 y 4-5-2017) en el enjuiciamiento de operaciones de préstamos multidivisas de contenido y negociación muy similar al caso presente.

El Banco recurrente, a pesar de la gran extensión de su recurso, se limita sustancialmente a reproducir, ahora como motivos de apelación, las mismas alegaciones que ya adelantara al contestar la demanda, todas ellas debidamente examinadas y refutadas por la sentencia apelada. No ofrece, al margen de una subjetiva e interesada interpretación de la prueba ningún dato probatorio objetivo o

argumento jurídico de peso que desvirtúe lo razonado y fallado por la resolución apelada que de instancia que en principio debe ser mantenido en la Alzada salvo errores u omisiones claros y manifiestos, pues, como repetidamente tiene dicho esta Audiencia en sintonía con una no menos repetida doctrina jurisprudencial, el error en la valoración de la prueba y lo mismo en la interpretación de un contrato, como motivo de apelación, únicamente puede prosperar cuando el tribunal de apelación advierta, tras ponderar el conjunto probatorio, que el Juzgador de origen se ha comportado de forma ilógica, arbitraria, contradictoria y sin respeto a las reglas que en nuestro ordenamiento procesal distribuyen la carga probatoria, y ninguna de estas desviaciones advertimos en la sentencia apelada.

Refrendamos por consiguiente y damos aquí por reproducidos todos y cada uno de tales fundamentos en aras de la brevedad e integramos los mismos en esta resolución, como técnica jurídica de motivación expresamente admitida por el Tribunal Constitucional (SSTC 171/2.002, de 30 de septiembre, y 223/2.003, de 15 de diciembre) y nos limitamos a añadir saliendo al paso de los reparos y objeciones sobre los que insisten el Banco recurrente las siguientes breves consideraciones.

**TERCERO.-** La sentencia apelada estima la demanda por entender que las cláusulas divisas contenidas en el contrato de préstamo, que son fácilmente identificables, incurren en falta de transparencia y abusividad al no haber superado, en cuanto condiciones generales de la contratación, el doble control de incorporación y de transparencia o comprensividad real exigidos por la ley y la jurisprudencia. Se satisface con ello plenamente la pretensión anulatoria ejercitada por los actores en su demanda por lo que no era necesario entrar a examinar (lo sería a meros efectos teóricos) el resto de las alegaciones formuladas por las partes litigantes, ajenas a esa motivación o razón de decidir.

Alega la recurrente, con carácter preliminar, la vulneración de su derecho de defensa mediante la práctica y valoración del interrogatorio de parte. Motivo que debe rechazarse por inconsistente. Denunciando como es el caso una eventual infracción de normas y garantías legales, no concurren los requisitos exigidos por

el artículo 459 LEC, para que dicha denuncia pueda alegarse con éxito en un recurso de apelación, es decir, citar la norma que se considera infringida, alegar en su caso la indefensión sufrida, y acreditar que se denunció oportunamente tal infracción habiendo tenido oportunidad procesal para ello. Y en este caso, el hecho de que el Juzgador hubiera permitido que el letrado de la demandante hubiera interrogado a su cliente, cuando a dicho interrogatorio renunció la parte demandada, no constituye ninguna infracción de normas o garantías procesales, y tampoco el recurrente explica ni concreta en qué pudo consistir la indefensión que dice sufrida ni acredita haber denunciado esa eventual infracción en el momento de la instancia, en que pudo haberlo hecho (vista del juicio).

CUARTO.- Insiste la recurrente, en el primero de sus motivos, en la tesis de que no es posible declarar la nulidad parcial por vicio de consentimiento negocial. Defiende el apelante que lo que realmente corresponde es la declaración de nulidad del contrato, y no la indebida transformación a euros del mismo, pues no es posible realizar una ficción de equiparar el préstamo en moneda extranjera por otro en euros, existiendo una prohibición de integración del contrato en supuestos como el que nos ocupa según la jurisprudencia del TJUE.

Pues sobre esta misma cuestión y al margen de que en este caso la nulidad no se declara por vicio de consentimiento sino por falta de transparencia real y abusividad, sobre esta misma cuestión ya se ha pronunciado esta Audiencia Provincial y Sección, en las sentencias inicialmente citadas (30-6-2016; 4 -octubre de 2016, 12-1-2017 y 4 de mayo de 2017) con criterio que resulta aplicable al presente caso " mutatis mutandi". En ellas argumentábamos; *"...la nulidad de las cláusulas multidivisas no debe comportar necesariamente la nulidad total del préstamo hipotecario con restitución recíproca de las prestaciones, sino tan sólo la nulidad de las referidas cláusulas, pues, sin necesidad de "reintegrar" el contrato (proscrito por la jurisprudencia Europea 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 0,70 %..Se trata en suma 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. Reiteramos, la nulidad de las cláusulas y pacto de divisa, da lugar a que estos se deje sin efecto y se tengan por no puestas, manteniéndose el resto del contrato de préstamo con su garantías, considerando el mismo como una operación en euros con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia Euribor más el diferencial pactado, (0,70 % ,en este caso) con arreglo al cual se determinara el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas ya abonadas por los prestatarios (...)*

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

*perseguido por las partes al contratar, lo que es factible en el contrato presente ( p. e SST 10-5-2000; 22-12-2008; 20-4-2011; 18-5-2012;23-10-2013; 9-5-2013)" .*

Nos hallamos, por tanto, ante una subsanación de la nulidad de la cláusula discutida sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional, en este caso sustituyendo la cláusula que estipula la divisa extranjera por su equivalente en euros, solución perfectamente ajustada a derecho.

QUINTO.- Alega la recurrente en el segundo de sus motivos, que la Juzgadora de origen se equivoca al considerar que el producto enjuiciado es un instrumento financiero complejo y no haber tomado en consideración que la STS de 30 de junio de 2015 que ha sido superada por la STJUE de 3 de diciembre de 2015.

Pero tampoco tiene razón en este motivo, pues sobre la naturaleza jurídica y la normativa aplicable a estos préstamos hipotecarios en divisas, la Juzgadora no hace sino seguir la doctrina sentada sobre este particular por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno de fecha 30 de junio de 2015, que literalmente dice "Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank OfferEd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)".

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



"Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un 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".

-Como ya decíamos en nuestra sentencia de 4-5-2017 y repetimos nuevamente, no estamos, ante un contrato de préstamo equiparable a un préstamo hipotecario a interés variable normal y corriente ni ante un producto de mecánica sencilla y de fácil comprensión, por más que en su reclamo publicitario y en su formulación general pudiera parecer así, sino ante un instrumento financiero que entraña cierta complejidad y un elevado riesgo para el cliente que lo contrata y a este respecto no hay más que leer todo lo relativo a las cláusulas atinentes a la hipoteca multidisivas para advertir- la dificultad para la debida comprensión y entendimiento de las mismas para un cliente que, como los actores, no son expertos en materia financiera y tampoco consta tuvieron una experiencia previa en la contratación de productos complejos y de riesgos similares al de litis.

Y con respecto a la normativa aplicable y al deber de información que incumbe al banco prestamista, decíamos y volvemos a decir pues son similares las

objecciones que a este respecto formula el banco recurrente negando sea de aplicación la normativa conocida como Directiva MiID ( MARKETS IN FINANCIAL INSTRUMENTAL DIRECTIVE) que ha de estarse a lo razonado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 que entendió aplicable a estos productos la normativa MIFID argumentando lo siguiente: "La Sala considera que la hipoteca multidivisa es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79 bis 8 de la ley del mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley". Por consiguiente, y así se recoge en la indicada resolución, "la consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores", si bien respecto de la escritura de 17 de diciembre de 2007, tal aplicación quedará referida a la legislación anterior a la reforma operada por ley 47/2007 de 19 de diciembre, en tanto que en la póliza de 12 de mayo de 2009 ya será plenamente aplicable la normativa reformada..".

Cierto es que La STJUE de 3 de diciembre de 2015 sostiene que los préstamos multidivisas no son un instrumento financiero en tanto que las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un servicio o una actividad de inversión y concluye que las entidades financieras no están sometidas a las obligaciones en materia de la evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 del Directiva MIFID . Tampoco serán de aplicación las obligaciones de información que prevé la LMV para productos de inversión comercializados por las entidades bancarias en España. Ahora bien, esta aparente contradicción entre la sentencia de TJUE y el TS, ha de resolverse a favor del segundo pues el hecho de que el TJUE, como máximo

intérprete de la Directiva, haya dicho que en ella no se incluyen las hipotecas multidivisas, esto es, en ese ámbito mínimo de la Directiva, no resulta incompatible con el hecho de que el TS, competente para interpretar la legislación española, si incluye la hipoteca multidivisa como un producto derivado, complejo en el ámbito de la LMV. Una Directiva comunitaria y la ley estatal que la transpone son instrumentos diferentes. La Ley estatal tiene que respetar el contenido mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación más amplio permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye.

En cualquier caso, y con independencia del debate suscitado sobre la normativa aplicable, la viabilidad de la acción de nulidad basada tanto, en la falta de transparencia y abusividad de las cláusulas como en la existencia de un error vicio de consentimiento, gira en torno a la demostración de que el cliente bancario recibió toda la información que le era necesaria para conformar un juicio cabal y completo de la operación a realizar, y esta obligación de informar recae sobre la entidad financiera por ser la que la conoce y debe transmitir tales conocimientos a la otra parte contratante de acuerdo con principio general de buena fe y lealtad negocial y el deber específico que le venía impuesto por la legislación sectorial a fin de tutelar los intereses de sus clientes y garantizar que estos tengan perfecto conocimiento de las características y riesgos que tenga el producto que se les ofrece por la entidad”.

Debe a estos efectos tenerse en cuenta las siguientes disposiciones legales: Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por RDL 1/2007 artículos 12, 1860 y 80, 82; La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de febrero; Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo

I de dicha Orden -artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo -artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento - artículo 7-. No cabe oponer e la inaplicabilidad de la Orden de 1994 al préstamo litigioso, por ser igual o inferior a 25 millones o su equivalente en divisas puesto que este requisito fue suprimido por la Ley 41/2007 al modificar que al mencionar dicho precepto declaró aplicable " con independencia de la cuantía " y se trata de vivienda habitual; Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores , cuyo artículo 79 , antes de la modificación operada por la Ley 47/2007, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, y el préstamo aquí concertado lo es, ya imponía a las entidades de crédito comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes; reducir al mínimo los riesgos de conflictos de intereses y, de producirse, dar prioridad a los intereses de sus clientes, cuidando de ellos como si fuesen propios; garantizar una gestión prudente; y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados; Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica. Extiende el deber de información de las entidades de crédito a los deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a interés variable, a los sistemas o productos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, sin que su contratación suponga la modificación del contrato de préstamo, cuyas características se harán constar en la oferta vinculante y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de dichos préstamos."

Ha de añadirse a lo anterior, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y su control de transparencia en contratos celebrados con consumidores y (artículo 7 destacadamente) y doctrina sentada a este respecto

por la Sentencia de Pleno del T. Supremo de 24 de marzo de 2015 en la que se citan otras anteriores, en la que concluye que tales condiciones “pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el Juez sino del equilibrio subjetivo del precio y prestación ,es decir, tal y como se le pudo representar al consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación ”.

Y en el orden Europeo la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de fecha 30 de abril de 2014, al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por la Kuria (Hungría) en el asunto C-26/13, con relación a cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, en aplicación e interpretación de la Directiva 93/13/CEE, efectuó, entre otras, las siguientes consideraciones: "Tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo .." Doctrina que ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , y la más reciente STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, que condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que "la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él".

Se pronuncia también sobre este deber de información la tan citada Sentencia del Pleno del T.S. de 30 de junio, señalando “Como declaramos en

sentencias de la Sala 1ª del T.S. de 20 de Enero de 2014 y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate” “ Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia material financiera del cliente que precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad y hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentra los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende concertar ”.

SEXTO.- Denuncia seguidamente la recurrente que la Juzgadora yerra en su apreciación de la existencia de cláusulas multidivisas, y al considerarlas condiciones generales de la contratación no transparentes y abusivas.

El motivo tampoco es consistente, pues basta un nuevo y desapasionado examen del conjunto probatorio obrante en autos incluido el visionado del acto del juicio, para advertir que las cláusulas atinentes a la opción denominada multidivisa incorporadas al contrato de préstamo, constituye una propuesta e iniciativa de la entidad demandada y fue un clausulado redactado y predispuesto por ésta sin que se halla probado que con respecto a las mismas hubiera existido una negociación personal e individualizada con los prestatarios, (carga procesal que en todo caso correspondía a la entidad prestamista), por lo que claramente estamos ante condiciones generales de la contratación en las que cabe apreciar una falta de transparencia real y un carácter abusivo, que, de conformidad con la doctrina y disposiciones legales citadas, comportan la inaplicación y nulidad de dicha opción y condicionado.

Como decíamos en otras ocasiones al enjuiciar supuestos similares al presente, lo verdaderamente relevante a los efectos de la nulidad interesada por la parte demandante consiste en determinar si dicha opción o clausulado multidivisas fue predispuesta por el banco demandado, es decir, no fue objeto de una particular e

individualizada negociación con el demandante, prestatario y si este, en cuanto consumidor medio sin especiales conocimientos financieros, recibió una información previa, veraz, adecuada y suficiente sobre dicho producto a fin de que este pudiera comprender el alcance y la trascendencia jurídica y económica del mismo, sus riesgos implícitos y las pérdidas que podría conllevar su contratación por las oscilaciones del tipo de interés y cotizaciones de la divisa.

Pues bien, en este caso el banco demandado no ha conseguido demostrar ni una cosa ni la otra. Como bien concluye la sentencia apelada, los aquí demandantes no poseen cualificados conocimientos financieros (nada se ha probado al respecto) y la propia documentación aportada por la entidad demandada revela que se trató de una contratación donde no existió una fase previa de información sobre el producto y sus riesgos adecuada a la falta de conocimientos financieros de los actores. No consta la oferta vinculante que el Banco debió entregar a estos con la antelación a que obligaba la antes citada Orden Ministerial, y tampoco consta la existencia de simulaciones sobre los riesgos de la operación para el caso de fluctuaciones de la moneda y subidas del índice de referencia. La declaración prestada por los empleados del banco demandado resulta a estos efectos claramente insuficiente por cuanto, no viene corroborada por ningún soporte documental y se expresa de forma un tanto vaga e imprecisa a la hora de relatar la información que se ofreció a los prestatarios, no consultando escenarios y riesgos asociados a los tipos de cambio de divisas (expectativas de evolución, escenarios de mercado, tendencia, consecuencias económicas en interés y cuotas a abonar). Y algo parecido hemos de decir con respecto a la propia escritura de préstamo, pues además de no figura que se hubiera entregado copia a la prestataria con carácter previo a la firma, contiene un clausulado, especialmente el atinente a los intereses y multidisivas, con conceptos técnicos y remisiones difíciles, de entender por quién no es experto financiero. No consta tampoco que el Notario o quien compareció en nombre de la entidad recurrente la hubiera explicado y advertido de forma clara transparente y comprensible, del funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa extranjera así como la relación entre este mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas al préstamo, déficit informativo que tampoco puede considerarse subsanado por la mera lectura rutinaria del escritura por parte del Notario autorizante

o la inserción de advertencias meramente genéricas o de estilo, pues como antes se dijo no se trata simplemente de que los prestatarios conocieran que contrataba una hipoteca en francos suizos, sino de que a estos se le hubiera informado sobre la mecánica de la operación que estaba contratado y los concretos riesgos que entrañaba la opción multidivisa.

Y ni que decir tiene que para los prestatarios consumidores, esa inserción no transparente del clausulado multidivisas supuso un grave y claro perjuicio cuando como consecuencia de una evolución adversa de la paridad euros/franco suizo, el coste efectivo que debían pagar por el préstamo hipotecario era superior al que resultaría si hubiera contratado un préstamo en euros sin cláusulas multidivisas.

SEPTIMO. Insiste igualmente la recurrente en la incorrecta desestimación judicial de la excepción de caducidad de cuatro años ex artículo 1301 C Civil y de la de existencia de una confirmación o convalidación del contrato de préstamo. Invoca a tal efecto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de Enero de 2015 en la que literalmente se establece *“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. Mantiene la parte apelante en su recurso como un momento temporal claro en el que puede fijarse



ese día inicial o “ a quo” la fecha en que los prestatarios, 5 de diciembre de 2008, efectuaron una llamada a banca telefónica donde demuestran conocer que se había producido una apreciación del Franco Suizo y que el contravalor en euros de la deuda era superior al inicial. Alude igualmente, a la disposición de tarjeta de coordenadas y conexiones a página Web del Banco y los extractos mensuales de pago con información informativo sobre cambio de divisas y tipos de intereses, como actos propios de la prestataria que evidencia su conocimiento de la mecánica del préstamo y la convalidación y confirmación del contrato.

No comparte sin embargo esta Sala esta apreciación e interpretación del banco recurrente, a todas luces forzada e interesada en pro de su tesis, pues pretende aplicar el instituto de la caducidad, acudiendo a datos y afirmaciones de carácter genérico e impreciso que poco o nada demuestran sobre la existencia de un cabal y completo conocimiento de la causa que justifica la acción aquí ejercitada. Como decíamos en nuestra Sentencia de fecha 12 Enero de 2017 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 la prestataria conoció los riesgos del producto contratado. Y a este respecto no puede acogerse la tesis de que mediante una llamada telefónica efectuada en el año 2005 o mediante el examen de los extractos o su consulta telemática, los prestatarios ya eran conocedores del riesgo de tipo de cambio. De tal llamada lo único que razonablemente cabe colegir es su preocupación por la evolución del franco suizo y el incremento de deuda inicial, siendo creíble su explicación de que el Banco les tranquilizó con que se trataba de una situación pasajera y potencia y no real. Y por lo que se refiere a los documentos y extractos bancarios vemos que únicamente se suministra información sobre 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 suma el Banco demandado, que es sobre el que pesaba la carga probatoria, no ha conseguido acreditar la existencia de ningún hecho preciso e inequívoco, demostrativo de que los demandantes prestatarios, cuatro años de interponer la presente demanda, habían alcanzado la comprensión real del producto contratado y de sus riesgos, y menos aún de que estos, hubieran querido confirmar o convalidar el contrato inicialmente suscrito, pues, la recepción o el pago de mayores cuotas o la simple demora en reclamar, en modo alguno pueden ser calificados como tales, ni tampoco actos propios vinculantes del que derive un actuar posterior incompatible, pues, para ello como dice la STS de 12 de enero de 2015, se exige un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, y deben tener un significado claro e inequívoco, cosa que aquí no acontece, ya que razonablemente puede obedecer al lógico y comprensible deseo de evitar males mayores el perjuicio que sin duda comportaría el que la entidad bancaria procediera a la ejecución del préstamo hipotecario.

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

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada BANKINTER S.A. contra la sentencia de 30 de Enero de 2017 dictada en el



procedimiento de Juicio Ordinario número 420 /2016, ante el Juzgado de Primera Instancia Número 14 de Valladolid CONFIRMAMOS dicha resolución, imponiendo a la parte apelante las costas originadas por esta Alzada

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

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 n ° 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 248 n ° 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra ella cabe interponer, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, interposición que deberá hacerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla para su resolución por el Tribunal Supremo.

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

