



Roj: **SAP GI 309/2020 - ECLI: ES:APGI:2020:309**

Id Cendoj: **17079370012020100245**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **26/02/2020**

Nº de Recurso: **658/2019**

Nº de Resolución: **264/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALEXANDRE CONTRERAS COY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.01)

Plaza Josep Maria Lidón Corbí, 1 - Girona - C.P.: 17001

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:upsd.aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120188136533

Recurso de apelación 658/2019 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 1393/2018

Parte recurrente/Solicitante: BANKINTER S.A.

Procurador/a: Ricard Simo Pascual

Abogado/a: MARÍA PAZ BARRERA VARGAS

Parte recurrida: Alvaro , Casilda

Procurador/a: Javier Fraile Mena

Abogado/a: Nahikari Larrea Izaguirre

SENTENCIA N° 264/2020

En Girona, a 26 de febrero de 2.020.

Presidente.

Ilmo. D. Fernando Lacaba Sánchez.

Magistrados.

Ilmo. D. Fernando Ferrero Hidalgo.

Ilmo. D. Alexandre Contreras Coy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- El día 7 de mayo de 2.019 se recibieron en la Ilma. Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona los autos de Procedimiento Ordinario (Contratación artículo 249.1.5) número 1.393/2018 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por



el/la Procurador/a de los Tribunales D. RICARD SIMO PASCUAL, en nombre y representación acreditada de BANKINTER, S.A contra la sentencia número 311/2019 de 26 de febrero de 2.019 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a de los Tribunales D. JAVIER FRAILE MENA, en nombre y representación acreditada de D^a. Casilda y D. Alvaro .

SEGUNDO-. El contenido del Fallo de la sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"ESTIMO íntegramente la demanda presentada por Casilda y Alvaro contra la entidad financiera BANKINTER, S.A.,

ACUERDO la nulidad parcial del **contrato de préstamo** hipotecario de fecha 16/10/2008 suscrito entre las partes en lo referente a la indexación a divisas, subsistiendo el **préstamo** con garantía hipotecaria en Euros,

CONDENO a la entidad financiera demandada a liquidar el **préstamo** por importe de 71.320 € desde su suscripción referenciado al Euribor más diferencial del 0,90%.

CONDENO a la entidad financiera demandada a reintegrar a los demandantes en el importe de las cantidades pagadas en exceso, todas las comisiones y gastos cobrados por el cambio de divisa, así como intereses correspondientes.

CONDENO a la entidad demandada a las costas del proceso".

TERCERO-. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para este tipo de recursos, habiéndose señalado fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar, en la sede de este órgano judicial, el día 3 de febrero de 2.020.

CUARTO-. En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

Se designó como Ponente a **Alexandre Contreras Coy**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- . Apelación ante esta Sala-. La entidad bancaria demandada impugna los pronunciamientos judiciales de primera instancia relativos a la declaración de nulidad de la hipoteca multidivisa, de conformidad con las alegaciones que ha estimado oportunas y obrantes en las actuaciones, habiendo formulado la parte actora la correspondiente oposición al citado recurso de apelación.

SEGUNDO- Hipoteca multidivisa-. En **sentencia número 192/2018 de 15 de mayo de 2.018** expresamos " *Tercer. Consideracions prèvies.*

l) En primer lloc, cal que ens referim a l'abordatge del marc que envolta la contractació d'aquest classe de productes bancaris. Alguns sectors doctrinals s'inclinen per l'aplicació de la normativa clàssica sobre la contractació civil fruit que, en especial, en tractar la delicada qüestió de l'error en el consentiment que, lògicament, sempre s'ha abordat amb cautela ja que la seguretat jurídica del trànsit civil o mercantil es pot veure afectada. Aquesta òptica jurídica es fonamenta en un punt de partida que sempre ha estat l'històricament més comú, que és la igualtat precontractual de les parts contractants (igualtat formal) i que, sens dubte amb èxit, s'ha incorporat a la nostra cultura jurídica.

Una altra òptica -coincident amb la doctrina de la Sala- entén que aquests conflictes amb productes financers s'han d'abordar des de l'òptica més actual, que parteix de la no igualtat real de les parts contractants en el sector bancari i de les grans corporacions no només davant del consumidor individual sinó també davant altres empreses. En els convulsos i canviants temps actuals, en què la globalització dels moviments econòmics i financers els situa a escala mundial (o europea), l'accés a les fonts d'informació i de decisió i als recursos financers comunitaris està a l'abast tan sols d'unes quantes societats o sectors financers i està molt allunyada dels consumidors i de les petites i mitjanes empreses, que no tenen, per la seva dimensió, implantació en diversos mercats mundials com sí que la poden tenir les grans corporacions multinacionals. Aquest és l'entorn en el qual, per a aquest sector doctrinal i jurisprudencial, ha d'enquadrar-se la resolució d'aquests conflictes jurídics de caràcter massiu que sorgeixen en la nostra societat. En definitiva, es tracta d'emmarcar l'entorn en el qual ens movem amb la realitat social del temps en què han de ser aplicades.

En aquesta línia s'ha pronunciat també el nostre entorn nacional i internacional com és en el cas d'Espanya resulta especialment clarificadora la Sentència del Ple de la Sala Civil del Tribunal Suprem de 9.5.13 i 20.1.14 , i en l'àmbit de la Unió Europea el TJUE, en sentències de 27 de juny de 2000, Océano Grupo Editorial i Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98 apartat 25; de 26 d'octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartat 25; de 4 juny 2009, Pannon GSM C-243/08 apartat 22; de 6 d'octubre 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08 apartat 29; 3 de juny de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08 apartat 27; de 9 novembre de 2010,



VB Pénzügyi Lízing, C-137/08 apartat 46; de 15 de març de 2012, Perenièová i Pereniè, C-453/10 apartat 27; de 26 abril de 2012, Invitel, C-472/10 apartat 33; de 14 juny 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10 apartat 39; de 21 de febrer de 2013, Banif Plus Bank Zrt, C- 472/11 apartat 19; de 14 de març de 2013, Aziz VS Caixa d'Estalvis de Catalunya, C-415/11 apartat 44, i de 21 de març de 2013, RWE Vertrieb AG, C 92/11 , apartat 41).

D'aquest posicionament jurisprudencial en poder extraure les següents notes: a) "l'asimetria informativa" existent entre l'Entitat que comercialitza productes financers i el client detallista o minorista; b) que l'abast de la normativa MIFID (Directiva 2004/39, relativa als mercats d'instruments financers) té les arrels en el dret andorrà en la necessitat d'actuar conforme a les exigències de la bona fe o l'equitat; c) que cal realitzar al client minorista un test de conveniència (quan es d'aplicació la Directiva MIFID) quan la contractació no ha estat precedida d'un servei d'assessorament per part de l'Entitat financera sinó que ha estat el mateix client el que, coneixent per endavant el producte, ha optat per contractar un producte financer; d) que el test ha de ser d'idoneïtat (en aplicació de l'esmentada Directiva) quan sí que hi ha hagut un assessorament previ personalitzat (no mitjançant canals de distribució o destinada al públic en general) en matèria d'inversió que ha convençut el client que li convé aquell producte; e) que la informació personalitzada al client ha de ser comprensible i adequada sobre el producte en qüestió i ha d'incloure una advertència clara dels riscos que assumia i que, a la vista de la seva situació financera i dels objectius d'inversió, aquest producte era el que més li convenia; f) quan s'al·legui el vici en el consentiment ha de ser sobre un extrem rellevant (com el caràcter aleatori del contracte i sobretot els riscos assumits); g) ha de donar-se aquest vici en el moment de la gènesi o perfecció del contracte (no després) perquè se'n deriva una representació errònia per part del client que l'impulsa a contractar allò que no coneix en la seva plenitud; i finalment h) el vici en el consentiment ha de ser sempre excusable i no ho és si amb la diligència exigible al client detallista aquest podia conèixer l'abast real del que pretenia contractar.

II) En coherència amb aquest últim raonament, hem d'incloure també una altra consideració preliminar. Consisteix a examinar el marc en el qual sorgeixen aquestes contractacions entre ciutadans o societats mercantils. Així, quan es parla de la diligència exigible a un comerciant hem d'introduir alguns matisos que són transcendents. No són suficients per se ni les condicions o titulacions dels ciutadans individuals ni el volum de les societats mercantils per exigir-los una diligència que superi les dificultats de comprensió d'aquesta classe de contractacions, que per si mateixes són complexes i sobretot tècniques.

Són complexes perquè preveuen molts esdeveniments que la part contractant no coneix per endavant atès que no formen part de la seva activitat quotidiana i així mateix en desconeix el verdader abast.

Són tècniques perquè inclouen una sèrie de vocables i fórmules que són propis dels professionals de l'economia. Això també incideix -exigència d'equanimitat- en la forma i la profunditat de la informació que han d'oferir les Entitats bancàries i financeres. Els temps actuals exigeixen celeritat en la formalització de les operacions i resulta freqüent que no es pugui disposar del temps necessari per explicar als no iniciats (clients minoristes) el significat de totes i cadascuna de les clàusules contractuals i sobretot de les seves conseqüències pràctiques.

III) Finalment, cal deixar reflectit un altre aspecte consubstancial en la relació dels clients amb les Entitats bancàries. El principi de confiança és l'eix pel qual discorre tota relació entre client i Entitat. És el nucli dur de la relació que s'estableix entre tots dos. Juntament amb el sector sanitari, l'econòmic financer és segurament el que més se solidifica sobre una relació de confiança. Es dipositen els recursos econòmics propis, no a qualsevol, sinó a la part que ens ha merescut la confiança en la seva acurada gestió dels recursos aliens que se li confien. Ha estat sempre així en el sector bancari i, per això, cal entendre i comprendre que, a vegades, es prenen decisions de disposició basades exclusivament en la confiança de l'oferent, que generalment s'ha guanyat la confiança per serveis prestats amb una lleialtat i honestat irreprouxable. No era infreqüent en la pràctica diària que la paraula donada en aquest sector (entre client i empleat d'Entitat) fos suficient per iniciar una disposició de fons a favor de l'altra part, sens perjudici de la formalització escrita posterior.

Aquesta realitat (temps molt convulsos des del punt de vista econòmic, complexitat molt elevada en les relacions comercials i relacions comercials basades en el principi de confiança) no es pot desconeixer quan s'aborden tant la valoració de la prova com la interpretació de les normes aplicables en els conflictes com el que aquí resoldrem.

Quart. Establert, doncs, l'entorn de realitat social en la que hem de jutjar aquest cas, afegirem que ja hem tingut ocasió de fer l'abordatge de casos similars o bé idèntics. Es tracta de les hipoteques multidivises que algunes entitats varen oferir al mercat atesa la baixa cotització de determinades monedes estrangeres (especialment iens japonesos i francs suïssos), respecte a l'euro. L'operació consistia en que la contractació del present no es feia en euros sinó en la divisa estrangera, en el cas present, el ien japonès i amb l'índex d'interès el Libor.

Hem de fer unes matisacions al contingut de la sentència que no resultaran transcendents per canviar la decisió presa que serà confirmatòria, com ja avancem. La primera, fa referència a que en el moment de dictar-se la sentència d'instància (11.10.17) encara no s'havia dictat la sentència del Tribunal Suprem de 15.11.17 que canviava la seva doctrina respecte la naturalesa jurídica de les denominades hipoteques multidivises. Abans



afirmà el Tribunal Suprem (STS 30.6.15) que aquestes hipoteques eren un instruments financer derivat, negoci complex, a les qual els hi era aplicable la normativa de la Llei de Mercat de Valors (la Directiva MIFID). Però posteriorment en l'esmentada sentència de 15.11.17 i arran de la STJUE de 3.12.15, el Tribunal Suprem ja diu "1.- La sentència del pleno de esta sala 323/2015, de 30 de junio , declaró que el **préstamo** hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente "hipoteca multidivisa"), es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Esta ley, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, traspone la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID).

2.- La posterior sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, declaró, por el contrario, que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que "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".

3.- Los argumentos que sirvieron de fundamento a esta decisión del TJUE fueron, sucintamente, que en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un **préstamo** al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A de la Directiva MiFID (apartado 55).

Por tanto, las cláusulas de tal **contrato de préstamo** relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este **contrato**, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L., asunto C-604/2011 (apartado 73).

Por último, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad (apartado 74)".

Per tant, aquesta primera matisació resta feta en el sentit que no es tracta la hipoteca multidivisa d'un producte complex.

Cinquè. No són producte complex però exigeixen més control de transparència.

Seguint a la mateixa sentència de 15.11.17 , aquesta continua dient:

"10.- Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del **contrato**, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del **contrato**. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del **contrato**, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de **contratos** celebrados con consumidores".

"11.- De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

Esta línea jurisprudencial se inicia a partir de la sentencia 834/2009, de 22 de diciembre y se perfila con mayor claridad a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo , hasta las más recientes sentencias 171/2017, de 9 de marzo , y 367/2017, de 8 de junio .

14.- En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en **contratos** concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del **contrato**.

Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el **contrato** celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de



su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el **contrato** celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

15.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del **contrato** se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el **contrato**, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del **contrato**.

Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el **contrato** supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula".

I conclou que:

"16.- Que la normativa MiFID no sea aplicable a estos **préstamos** hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el **préstamo** hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos".

Tot el qual ens porta a concloure que malgrat no se producte sotmès a la Directiva MIFID perquè així ho ha dictaminat el TJUE en la sentència esmentada, la seva complexitat tècnica recomana ser molt rigorosos en la informació (transparència) que el client he de tenir abans de contractar una hipoteca multidivisa. Els riscos de la qual també els analitza la sentència referida en aquests termes:

"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 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 recalcu 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**".

I encara assenyala més sobre els riscos:

"(El Banco) hubiera informado a los demandantes sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del **préstamo**, el yen japonés, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución (esto es, la entrega efectiva del capital a los prestatarios, el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización y la reclamación por el banco del capital pendiente de amortizar cuando se dio por vencido anticipadamente el **préstamo**, mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria).

Tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de **préstamos**. La fluctuación de la divisa supone un recalcu constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar.



En relación con este riesgo, es significativo que mientras que la equivalencia en euros del capital prestado, fijado en la escritura de **préstamo** otorgada el 31 de julio de 2008, fue de 260.755 euros, esa cifra ascendía a 404.323,04 euros en agosto de 2012, pese a que los prestatarios habían abonado las cuotas de amortización del **préstamo**, comprensivas de capital e intereses, durante casi cuatro años.

Este riesgo afecta a la obligación del prestatario de devolver en un solo pago la totalidad del capital pendiente de amortizar, bien porque el banco haga uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el **préstamo** cuando concorra alguna de las causas previstas en el **contrato** (entre las que se encuentran algunas no imputables al prestatario y asociadas al riesgo de fluctuación de la divisa, como veremos más adelante), bien porque el prestatario quiera pagar anticipadamente el **préstamo** para cancelar la hipoteca y enajenar su vivienda libre de cargas.

29.- En el caso objeto del recurso, la materialización de este riesgo ha determinado que pese a que los prestatarios han pagado durante varios años las cuotas de amortización mensuales, al haberse devaluado considerablemente el euro frente al yen en el momento en que el banco ejercitó su facultad de dar por vencido anticipadamente el **préstamo**, los prestatarios adeudan al prestamista un capital en euros significativamente mayor que el que les fue entregado al concertar el **préstamo**.

30.- Este riesgo de recálculo al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar traía asociados otros, sobre los que tampoco se informó a los demandantes. Tales riesgos estaban relacionados con la facultad que se otorgaba al banco prestamista de resolver anticipadamente el **préstamo** y exigir el pago del capital pendiente de amortizar si, como consecuencia de la fluctuación de la divisa, el valor de tasación de la finca llegaba a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del **préstamo** garantizado pendiente de amortizar en cada momento y la parte deudora no aumentaba la garantía en el plazo de dos meses o si el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización se elevaba por encima de ciertos límites, salvo que el prestatario reembolsase la diferencia o, para cubrir la misma, ampliar la hipoteca.

La percepción propia de un consumidor medio que concierta un **préstamo** consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el **préstamo** supone para el consumidor, irá disminuyendo.

Sin embargo, en el caso de **préstamos** denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado considerablemente y con ello la carga económica que el **préstamo** supone al consumidor.

El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que pese a pagar las cuotas del **préstamo** y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el **préstamo** como consecuencia de la fluctuación de la divisa.

Sisè. Sobre les clàusules predisposades i el risc contractat.

La mateixa sentència del Tribunal Suprem ja recorda que: "41.- Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así lo ha declarado esta sala en numerosas sentencias, desde la 244/2013, de 18 abril, hasta la 335/2017, de 25 de mayo, y todas las que han mediado entre una y otra.

2.- También el TJUE, en el ámbito del crédito al consumo y con relación a las obligaciones de información de la entidad de crédito para con sus clientes previstas en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los **contratos** de crédito al consumo, ha declarado en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto 449/13, caso Bakkaus, apartados 31 y 32, que si una cláusula predisuesta por el empresario en la que el consumidor reconoce haber recibido la información sobre el **contrato** significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por la Directiva, por lo que las disposiciones de esta se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva".

A continuació afirma:



"48.- Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del **contrato** o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del **préstamo**, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el **contrato**.

Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del **préstamo**, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incrementa progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el "pico" de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el **préstamo** o en un momento cercano a esos "picos" de cotización".

Setè. La segona matisació que cal fer en referència a la sentència impugnada.

Es que malgrat aquesta en alguna ocasió parla la sentència d'instància de "nul·litat parcial del contracte" el que vol referir-se en tota la seva extensió argumentativa és que del que es tracta és d'examinar si la clàusula impugnada (diverses estipulacions, per ser més precisos) ha de ser declarada nul·la per abusiva en trobar-nos davant d'un contracte subscrit per un consumidor i d'una condició general de contractació. I per aquesta raó quan es parla de nul·litat parcial del contracte, es refereix a nul·litat d'unes estipulacions amb subsistència de la resta del contracte.

No es pot perdre de vista que l'acció principal de la pretensió de la demandant és la de nul·litat per abusivitat de determinades estipulacions i amb subsistència del contracte com es desprèn de la seva pètitia en la qual concreta determinades mesures de condemna de la part demandada que denoten la subsistència del contracte com són el recàlcul de les quotes en euros i la devolució de les sumes pagades en excés.

També afegirem que només la petició subsidiària es pretenia la resolució parcial per vici en el consentiment, la qual ja no cal tractar perquè s'estima la pretensió principal.

La distinció entre les dues pretensions (nul·litat per abusivitat i nul·litat per vici en el consentiment) venen perfectament distingides pel Tribunal Suprem en la seva sentència de 6.10.17 quan diu: "La sentència de 16 d'octubre de 2.017, fent cita de la de 8 de juny del mateix any, ho explica:

"No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un **contrato** por error vicio en el consentimiento.

"Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento.

"Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la cláusula no negociada en un **contrato** celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del **contrato** sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al **contrato** en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del **contrato**, con sus frutos o intereses".

3.- Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (art. 6.1 de la Directiva 93/13). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea.

4.- Además, es reiterada la jurisprudencia del TJUE que declara que esta nulidad es apreciable de oficio por los tribunales, por lo que no es imprescindible que sea invocada por el consumidor".

Aleshores, totes les consideracions que conté el recurs d'apel·lació respecte la inviabilitat de la "nul·litat parcial del contracte" ja no han de ser objecte de tractament en aquesta sentència.

Vuitè. Caducitat.

Aquesta distinció ens permet resoldre el tema de la caducitat que també al·lega la part recurrent. Atès que ens trobem davant d'una clàusula contractual abusiva que es considera nul·la de ple dret ja no podem estar parlant del termini de caducitat de quatre anys de l'article 1301 del Codi civil perquè aquest només s'aplica als supòsits



d'anul·labilitat (nul·litat relativa) però a la nul·litat absoluta o de ple dret, d'acord amb unànime jurisprudència que ja no cal ni esmentar. Aleshores, atès que les clàusules abusives son nul·les de ple dret (article 83 de la LCGC tant abans de la seva reforma per la llei 3/2014, com després) ja no hi ha cap termini de caducitat.

Novè. Examen del cas concret

Per començar hem de recordar la condició de consumidor del Sr. Pedro, funcionari de professió, no es discuteix, com tampoc es discuteix que les estipulacions impugnades són condicions generals de la contractació que no han estat negociades individualment. És més, aquesta Audiència ja ha tingut que resoldre casos ben similars.

A) Qualitat de la informació. A continuació hem de dir que no es tracta de que al Sr. Pedro li hagin estat imposades aquestes clàusules per part de l'entitat sinó que el que realment es objecte de debat és si va ser degudament informat de la transcendència de l'operació creditícia que anava a efectuar. Argumenta la part recurrent que el Sr. Pedro sabia perfectament que 1) contractava un préstec hipotecari en divisa estrangera (concretament el ien); 2) que sabia que les divises fluctuen; 3) que també sabia que el tipus d'interès també fluctua. Compartim plenament aquest raonament perquè és tracta d'un estàndard bàsic o mínim de qualsevol consumidor que acudeix a una entitat bancària a contractar una préstec per comprar-se un habitatge. Així ja ho reconeix el propi Sr. Pedro en el seu interrogatori.

Fins aquí no hi ha controvèrsia.

Del que es tracta de saber és si de la informació que li va oferir l'entitat, el client era conscient que aquella fluctuació de la divisa podia afectar no únicament a l'interès sinó sobretot a l'import del capital prestat. És a dir, si sabia que corria el risc que en lloc de 170.000€ de capital prestat resultés que el capital a amortitzar podia anar augmentant de manera molt notable i fins i tot si l'augment era de tal magnitud que l'entitat podia resoldre anticipadament el contracte. Això ja no es pot suposar que ho entén qualsevol consumidor que vol un préstec per adquirir el seu habitatge. El que volia el Sr. Pedro -com qualsevol consumidor- es informar-se de quina era la hipoteca més assequible que li podia oferir l'entitat, a l'igual que tenien altres companys del seu cos professional. I aquesta és la raó per la que va contractar-la amb iens i no en cap altra divisa. No compartim l'afirmació de la recurrent conforme l'estàndard d'informació al client ha de ser al de l'adherent mitjà i no fer-ho de manera individualitzada ("lo que una persona puede comprender es el límite de la oscuridad"). Aquest no és el criteri reiterat i contundent dels Tribunals. L'entitat ha d'adaptar-se als coneixements i capacitats del client que ha d'atendre i en funció dels seus coneixements caldrà estendre més o en menys la informació necessària per a comprendre el producte que se li està oferint. I aquest criteri no afecta a la seguretat del tràfic mercantil o comercial, sinó que el que fa es plasmar el que ha de ser un comportament de bona fe i respectuós amb els drets d'un consumidor. Aquest comportament sí que reforça la seguretat jurídica.

I curiosament la recurrent explica en el seu recurs la complexitat en l'elecció de la divisa ("el tipo de interés ligado a la moneda y la estabilidad de la moneda comparada con el Euro") i això sembla que ja ho atribueix a qualsevol consumidor. Fins i tot, afirma la recurrent que "las previsiones ven el mercado de divisas, lejos de ser una ciencia cierta y exacta, es una materia que la que, como hizo BANKINTER, se pueden hacer estimaciones, previsiones o simulaciones sobre la evolución de la divisa, pero en ningún caso se puede conocer con absoluta precisión la evolución de la divisa al influir en esta multitud de factores ajenos a mi mandante".

És a dir, que el client ha de conèixer quina és l'estabilitat del ien respecte l'euro i l'interès de la pròpia moneda i no se li facilita cap estimació, simulació o previsió que hagi pogut fer el Banc, però, tot i això, ja es pot representar perfectament el risc que va a assumir gràcies al paràgraf que hem transcrit. Francament, aquest criteri només es pot qualificar d'abusiu. I ja reconeix -molt encertadament la recurrent- que una condició general és abusiva si provoca una alteració de l'equilibri subjectiu de preu i prestació, és a dir, tal i com se'l va poder representar el consumidor en atenció a les circumstàncies concurrents en la contractació. Afirmació que compartim plenament però que s'allunya de l'altra afirmació sobre el "l'adherent mitjà", perquè ara ja es precisa que cal veure les circumstàncies concurrents amb la contractació i que l'equilibri és el subjectiu del client, cosa que cal examinar cas per cas. Pedro tingui cap coneixement econòmic i/o financer per poder deduir d'aquella minsa informació facilitada, tot l'abast del risc que assumia. Ja hem vist que la pròpia Entitat també reconeix la dificultat del diagnòstic i que com a molt només podia fer estimaciones, previsiones o simulaciones sobre la evolución de la divisa...però que no les va traslladar al seu client.

B) Intervenció notarial. Tampoc podem compartir la sobrevaloració de l'actuació del Notari. Es diu textualment "no es un **contrato** firmado de forma más o menos precipitada en una oficina bancaria ante el comercial de confianza, figura que se nos presenta en otros procedimientos en la actualidad, sino una escritura pública firmada ante Notario con todas las garantías" No sabem a quins altres procediments diferents es presenta aquest problema que no sigui en els vinculats a consumidors i amb escriptura notarial com a instrument documental (exactament com en el cas present), però el que podem és contradir l'afirmació transcrita en el sentit que les funcions informatives del Notari són limitades i el que no se li pot traslladar és la responsabilitat informativa



que imposa la llei al venedor del producte financer i només a ell. Tota la informació precontractual haguda no te perquè saber-la el Notari. Aquest haurà d'assegurar-se d'aquells extrems que l'obliga el reglament notarial respecte la persona que contracta en presència seva, però fins a l'extrem de suplir la passivitat o manca de diligència informativa que correspon a les entitats i que disposen de tot el temps necessari per traslladar els riscos de l'operació al seu client, i no un únic acte de signatura que té lloc a la Notaria.

C) Prova documental . La part demandada i apel·lant afirma que el client sabia dels riscos de l'operació feta en divises (ien) i que el client consumidor mitjà ha de saber que les monedes tenen fluctuacions. Fins aquí es podria compartir, però la següent pregunta és si el consumidor pot saber -sense que se li informi de manera detallada i precisa- a què es deuen les fluctuacions. Podia tenir el coneixement previ a acudir a l'oficina bancària del perquè el ien japonès resultava tan beneficiós en relació l'Euro. Podia conèixer la situació econòmica del país esmentat que justificava aquella depreciació de la seva moneda envers l'Euro. Havia de conèixer la llarga dècada de deflació viscuda en aquell país i poder deduir que la situació en algun moment hauria de redreçar-se. Pel que sembla per la part demandada la resposta hauria de ser afirmativa a totes les qüestions, però no és aquest el parer del Tribunal. Sembla desconèixer la part recurrent el que s'ha denominat "asimetria informativa". Aquelles respostes les podia conèixer l'entitat -per la seva condició de professional en el sector- però no un funcionari de policia que acudeix a demanar un préstec per comprar el seu habitatge, a menys que l'entitat demostrï el contrari i que resultava que el client coneixia a fons la situació econòmica del país esmentat i que tenia coneixement financers per preveure que no en resultaria perjudicat.

Vegem la redacció de la següent clàusula de l'escriptura de la qual la part demandada estima que era informació suficient:

"III. El Prestatario conoce y acepta que la sustitución de la divisa no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto el prestatario reconoce que este **préstamos** está formalizado en divises, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del **contrato**, exonerando a BANKINTER SA de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en EUROS pueda ser superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejecutar la facultad de resolución recogida en la cláusula 7 de las Financieras".

D'aquest redactat no es pot concloure que totes les qüestions recollides anteriorment trobaven en ell resposta i que eren les que podien fer-li representar els riscos que adquiria. A més, s'observa que el seu darrer incís tampoc podria passar el filtre de verdadera reciprocitat en el contracte (art. 82.4 lletra c) del TRLGCU) per evitar ser abusiva l'estipulació de que el banc podia resoldre anticipadament el contracte si la fluctuació de la moneda era molt considerable (evitar un risc desmesurat d'impagament), però, en canvi, el consumidor ho havia de suportar estoicament.

Farem esment especial al document 14 bis ("Solicitud de **Préstamo** en divisas con garantía hipotecaria" Documento de Primera Disposición") signat pel client, encara que no consta que el full en el que es conté l'exemple hagi estat signat per ell. Aquest document que en el seu darrer paràgraf anterior a la signatura és pràcticament idèntic al acabat de transcriure de l'escriptura, ja hem dit que conté a continuació un exemple de l'eventual evolució desfavorable pel client de la divisa que sorprenentment no se li fa signar al client, cosa que per aquest motiu no ens permet tenir la certesa de que efectivament li va ser lliurat i que, en cas d'haver-ho fet- entenia aquest risc de veure's afectat el capital, però es que a més no li permet saber si aquest risc és purament teòric o si a curt termini pot ser un risc real per la situació de l'economia japonesa i de la seva moneda. Per això, no se li pot donar la transcendència decisiva que li vol donar la part recurrent. Ni estava signat ni contenia suficient informació per la verdadera finalitat de la transparència pel consumidor.

D) Prova testifical. Si repassem la declaració testifical de la gestora del banc també comprovem que 1) "entiendo" que él solicitó la multividiva en particular" és a dir, que no n'està segura; 2) que la divisa japonesa era la que sortia més barata encara que tenia una volatilitat més alta, cosa que no consta enlloc que se li advertís; 3) que el va advertir que podria necessitar en el futur més euros per adquirir els iens per pagar les quotes del préstec degut a la fluctuació de la divisa, però tampoc consta acreditat documentalment aquesta clarificadora informació que la testimoni recorda amb tanta precisió després de 8 anys; 4) sobre si va entendre el document 14 bis, "Si... y aparte está firmado por lo que entiendo que sí", cosa que sembla deduir-se que no ho recorda amb molta precisió, cosa contrària a la resposta acabada d'indicar; 5) que van fer diversos exemples d'escenaris (cosa que es podrien haver aportat) però sembla que només van comentar les oscil·lacions de la quota però no del capital; 6) sobre si va entendre el funcionament del préstec respon la testimoni que "creo que lo entendió o como mínimo no puso impedimento ni ninguna cuestión el día de la firma... y si hubiese tenido alguna duda supongo que no habría firmado. No lo sé".



Com ja reconeix la pròpia apel·lant el Tribunal Suprem (STS 12.1.15) ja ha valorat la declaració d'un testimoni empleat de l'entitat a requeriment d'aquest quan l'empleat era qui havia de transmetre tota la informació (si la sabia) al client consumidor i pot recaure en ell la responsabilitat de la informació incompleta. Cal reiterar els encertats arguments emprats pel Tribunal Suprem i en aquest cas veiem que la testimoni expressa dubtes sobre alguns aspectes (cosa absolutament lògica degut al temps transcorregut) però que, en canvi, es contundent en altres aspectes que afavoreixen la tesi informativa de la part demandada. Per tant, d'aquesta declaració testifical tampoc podem recolzar-nos per tenir per demostrat que la informació facilitada al Sr. Pedro fos clara, completa i detallada per representar-se el que anava a contractar, sobretot a mig termini.

Vuitè. Conclusions.

Finalment, hem de dir que a la vista de tot el que hem dit entenem que havia de prosperar la declaració de les estipulacions impugnades per resulta clarament abusiva i, en conseqüència, nul·les de ple dret, amb les conseqüències jurídiques correctores que s'han decidit per la sentència d'instància.

Això significa que ja no cal analitzar ni la petició subsidiària de la recurrent sobre la nul·litat parcial del contracte per error vici en el consentiment, ni en l'argumentació de la confirmació posterior del contracte perquè aquesta prevista en l' article 1310 del CC només es possible -d'acord amb reiterada jurisprudència com la ja esmentada de 12.1.15- en el cas d'anul·labilitat d'un contracte però no en el cas d'una nul·litat de ple dret, que, en aquest cas, ja hem dit que només ho són unes estipulacions concretes per resultar abusives, en tractar-se d'un consumidor".

Y en **sentencia número 195/2018 de 17 de mayo de 2.018** dijimos " En la demanda se sustentaba la nulidad en la naturaleza del producto, como un derivado financiero complejo, lo que obligaba a la entidad bancaria a aplicar la normativa MIFID sobre información, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio del 2.015 . También se fundamentaba la nulidad en la existencia de error y/o dolo como vicio del consentimiento por no haber aplicado la normativa sobre la información impuesta en la Ley del Mercado de Valores, y en la falta de causa del **contrato**. Y se sostenía la posibilidad de la nulidad parcial de acuerdo con la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 13 de julio del 2.015 . Y en la fundamentación jurídica, aparte de la normativa sobre el Mercado de Valores, se citaba la directiva 93/13/CEE del Consejo sobre cláusulas abusivas, la Ley sobre condiciones generales de la contratación sobre la nulidad de las condiciones generales, en concreto de cláusulas abusivas y la Ley de protección de consumidores y usuarios también sobre cláusulas abusivas.

La sentencia, en su fundamento jurídico cuarto, se centró en fijar la legislación aplicable, tras cita de la reciente sentencia del Tribunal supremo de 15 de noviembre del 2.017 , sostiene que la hipoteca multidivisa no es un producto financiero derivado, por lo que no es de aplicación la Ley de Mercado de Valores, pero sostiene que ello no significa que la entidad demandada no tuviera el deber de informar a los prestatarios sobre las características del **contrato** y los riesgos asociados al mismo, basándose en la Ley 26/1998, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en la Orden de 5 de mayo de 1.994, la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, con relación a la cual y con cita de la STS de 15 de noviembre del 2.017 , sostiene que el prestatario es un consumidor y, como tal, la operación está sujeta a la normativa sobre protección del mismo, lo que exige la debida transparencia, en el sentido de que debe ser informado debidamente para que se le permita valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida. Y aprecia que no ha existido la debida información ni precontractual ni contractual oral y escrita, decretando la nulidad parcial, la cual también la sustenta en la STS de 15 de noviembre del 2.017 .

TERCERO.- Sobre la nulidad parcial del contrato.

El recurrente, tras realizar un resumen de las pretensiones de la demanda, de la oposición y de la sentencia, sostiene como primer motivo del recurso la imposibilidad de declarar la nulidad parcial del **contrato** por error en el consentimiento, argumentando que la razón de la decisión de la sentencia se encuentra en la apreciación del error como vicio en el consentimiento.

Toda la argumentación de la recurrente no puede ser aceptada pues la sentencia no declara la nulidad por error como vicio del consentimiento, sino por la aplicación de la legislación de protección de consumidores y usuarios. Claramente considera que la cláusula 3ª A) sobre el devengo y cálculo de intereses y tipo de interés aplicable en divisas se trata de una condición general, exigía la debida información sobre el alcance económico que para el consumidor suponía dicha cláusula y que genera un desequilibrio en las prestaciones, no pasando el control de transparencia. Por lo tanto, no es correcta tampoco la afirmación de que la sentencia realice un análisis de la transparencia de todo el **contrato**.

Así, por lo tanto, toda la motivación de la recurrente de que no es posible la declaración de nulidad no puede efectuarse de forma parcial, no puede aceptarse, ni es de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo que niega la nulidad parcial de un **contrato** por vicios en el consentimiento, pues no se declara la nulidad por esta causa, sino por contravenir una norma imperativa.



Y la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre del 2.017, en la que se basa la sentencia recurrida, es clara al establecer que:

52.- Por tales razones, el recurso debe ser estimado puesto que ha concurrido la infracción legal denunciada. La sentencia de la Audiencia Provincial debe ser casada, debe desestimarse el recurso de apelación y confirmarse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

53.- En esta se declara la nulidad parcial del **contrato**, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del **préstamo**, que queda como un **préstamo** concedido en euros y amortizado en euros.

La nulidad total del **contrato préstamo** supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarlo más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del **préstamo**, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el **contrato** no podría subsistir, porque para la ejecución del **contrato** es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

54.- Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el **contrato** (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del **contrato de préstamo**.

55.- Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del **contrato** en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas.

Así lo ha declarado el TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13), apartados 76 a 85.

CUARTO.- Sobre la caducidad de la acción.

Insiste el recurrente en la caducidad de la acción, volviendo a incurrir en el mismo error anterior, que la sentencia declara la nulidad por error en el consentimiento, cuando ello no es correcto.

El motivo no puede ser acogido porque el art. 1301 CC se refiere a la acción de anulabilidad de los **contratos** y no a la acción de nulidad radical y absoluta, que no prescribe ni caduca.

Como ya hemos sostenido, aunque en la demandada se solicitaba la nulidad por diversas causas, entre otras por error o dolo, la sentencia declara la nulidad por infracción de la normativa de protección de consumidores y usuarios, al amparo de los arts. 7 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, artículos 82 y siguientes del texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios y el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los **contratos** celebrados con los consumidores, normas que imponen la sanción de nulidad de pleno derecho a las cláusulas abusivas que infrinjan algunos de los supuestos prohibidos por las normas o que no superen el control de inclusión o que, superándolo, no permitan al consumidor conocer la carga económica y real que asume con la aceptación de la estipulación. Y dicha nulidad no se decide por error como vicio en el consentimiento, sino por infringir normas imperativas o prohibitivas, cuya nulidad es radical, insubsanable, no puede la acción ni prescribir ni caducar (En el mismo sentido SAP de Pontevedra de 7/4/2017 y SAP de Asturias de 7/4/2017).

Y aunque la sentencia recurrida entra a examinar el momento del inicio del plazo para ejercitar la acción, concluyendo que el **contrato** no se ha consumado, por lo que el plazo de caducidad aún no se iniciado, pues la cláusula nula sigue desplegando sus efectos, argumento que desde luego se comparte, pero no hubiera sido necesario acudir al mismo por lo razonado, esto es, porque no estamos ante un supuesto de anulabilidad por vicios en el consentimiento, sino por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva.

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero del 2.015 no es de aplicación a la nulidad de cláusulas abusivas, sino sólo a la anulabilidad de productos y **contratos** bancarios (swap, participaciones preferentes, bonos convertibles en acciones, etc.) cuya anulabilidad se decreta por error o dolo en la prestación del consentimiento.

QUINTO.- Sobre el error en el consentimiento.

Sigue incurriendo el recurrente en los mismos errores ya analizados, esto es, en la inexistencia de error en el consentimiento prestado, cuando la sentencia no declara la nulidad por dicha causa.

Pero, al desarrollar el motivo, el recurrente ya no se refiere al error como invalidante del consentimiento, sino a la operativa del **préstamo** denominado multidivisa y a los riesgos que conlleva endeudarse en la moneda elegida. Con lo cual viene a reconocer que, efectivamente, se trata de un **préstamo** hipotecario de riesgo, aunque niega que sea de alto riesgo.

Sin embargo, toda la argumentación que sostiene en este motivo es desvirtuada por la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre del 2.017, cuando señala lo siguiente:

28.- Barclays tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de **préstamos**. La fluctuación de la divisa supone un recalcule constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar.

En relación con este riesgo, es significativo que mientras que la equivalencia en euros del capital prestado, fijado en la escritura de **préstamo** otorgada el 31 de julio de 2008, fue de 260.755 euros, esa cifra ascendía a 404.323,04 euros en agosto de 2012, pese a que los prestatarios habían abonado las cuotas de amortización del **préstamo**, comprensivas de capital e intereses, durante casi cuatro años.

Este riesgo afecta a la obligación del prestatario de devolver en un solo pago la totalidad del capital pendiente de amortizar, bien porque el banco haga uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el **préstamo** cuando concurra alguna de las causas previstas en el **contrato** (entre las que se encuentran algunas no imputables al prestatario y asociadas al riesgo de fluctuación de la divisa, como veremos más adelante), bien porque el prestatario quiera pagar anticipadamente el **préstamo** para cancelar la hipoteca y enajenar su vivienda libre de cargas.

29.- En el caso objeto del recurso, la materialización de este riesgo ha determinado que pese a que los prestatarios han pagado durante varios años las cuotas de amortización mensuales, al haberse devaluado considerablemente el euro frente al yen en el momento en que el banco ejerció su facultad de dar por vencido anticipadamente el **préstamo**, los prestatarios adeudan al prestamista un capital en euros significativamente mayor que el que les fue entregado al concertar el **préstamo**.

30.- Este riesgo de recalcule al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar traía asociados otros, sobre los que tampoco se informó a los demandantes. Tales riesgos estaban relacionados con la facultad que se otorgaba al banco prestamista de resolver anticipadamente el **préstamo** y exigir el pago del capital pendiente de amortizar si, como consecuencia de la fluctuación de la divisa, el valor de tasación de la finca llegaba a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del **préstamo** garantizado pendiente de amortizar en cada momento y la parte deudora no aumentaba la garantía en el plazo de dos meses o si el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización se elevaba por encima de ciertos límites, salvo que el prestatario reembolsase la diferencia o, para cubrir la misma, ampliara la hipoteca.

31.- Si bien el riesgo de un cierto incremento del importe de las cuotas de amortización, en los casos de **préstamos** denominados en divisas o indexados a divisas, por razón de la fluctuación de la divisa, podía ser previsto por el consumidor medio de este tipo de productos sin necesidad de que el banco le informara, no ocurre lo mismo con los riesgos que se han descrito en los anteriores párrafos.

La percepción propia de un consumidor medio que concierta un **préstamo** consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el **préstamo** supone para el consumidor, irá disminuyendo.

Sin embargo, en el caso de **préstamos** denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado considerablemente y con ello la carga económica que el **préstamo** supone al consumidor.

El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que pese a pagar las cuotas del **préstamo** y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el **préstamo** como consecuencia de la fluctuación de la divisa.



32.- Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario puesto que el capital obtenido en el **préstamo** lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros.

Y más adelante añade que:

43.- La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del **préstamo** y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del **préstamo**, no pudo comparar la oferta del **préstamo** hipotecario multidivisa con las de otros **préstamos**, o con la opción de mantener los **préstamos** que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el **préstamo** multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo **préstamo**.

La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas, lo que les resultó perjudicial cuando el banco ejerció su facultad de dar por vencido el **préstamo** anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortizar en un proceso de ejecución hipotecaria, que resultó ser superior al que habían recibido del prestamista al concertar el **préstamo**.

También se agravó su situación jurídica, puesto que concurrieron causas de vencimiento anticipado del **préstamo** previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el **préstamo**, por más que la causa de vencimiento anticipado que empleó Barclays para hacer uso de su facultad fuera el impago de las cuotas.

SEXTO.- Sobre el control de abusividad de las cláusulas 1ª y 2ª.

Cierto que las cláusulas 1ª y 2ª del **contrato de préstamo** con garantía hipotecaria no fueron impugnadas ni declarada su nulidad, pero a la vista de su contenido no se alcanza a comprender la trascendencia que ello puede tener en las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula 3ª.

La cláusula primera se refiere al capital del **préstamo** recibido por el prestatario que ascendió a la cantidad de 200.000 euros y por su contravalor en yenes japoneses, la cantidad de 33.744.000,00. Y la cláusula segunda estipula la amortización del **préstamo**, en la que se precisa que las primeras cuotas serán de 132.962,08 yenes. Ninguna referencia más se hace al pago en dicha divisa

La complejidad del **préstamo** hipotecario multidivisa no se encuentra en dichas cláusulas, en las que como hemos visto, se fijó el capital prestado en euros y en yenes y la amortización en 300 cuotas mensuales, precisándose el importe de las primeras cuotas en yenes. Ciertamente es que fueron los prestatarios los que solicitaron el **préstamo** hipotecario multidivisa, por lo que podría aceptarse que tales cláusulas no son condiciones generales de la contratación, pero ello no altera la complejidad de su desarrollo a lo largo del cumplimiento del **contrato**. Si las estipulaciones del **contrato** relativas a la cuestión litigiosa acabasen en dichas cláusulas, se podría aceptar el razonamiento de la recurrente, pero ello no es así, pues la cláusula relevante es la 3ª A) donde se regula con detalle en funcionamiento del **contrato** y la devolución del **préstamo** en la divisa contratada. Y es sobre dicha cláusula sobre la que debieron ser informados los prestatarios. Es decir, porque otros compañeros hubieran suscritos otros **préstamos** multidivisa, no les convertían a los demandantes en expertos de este tipo de hipotecas, simplemente acudieron al Banco a interesarse por dicho producto y decidieron contratarlo, pero con ello no descargaban al Banco de la obligación de advertirles de todos los riesgos sobre todo económicos que ello conllevaba, no simplemente de que estaban contratando un **préstamo** en yenes equivalente a una cantidad concreta en euros o del riesgo de fluctuación de la moneda, que obviamente todo el mundo conoce.

Hemos traído a colación en el fundamento jurídico anterior la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre del 2017 sobre los riesgos de estos **préstamos** y tales riesgos no derivan de lo estipulado en las cláusulas 1ª y 2ª del **contrato**, sino de la cláusula 3ª, A) donde se estipula el funcionamiento de la devolución del **préstamo** en divisa, de tal forma que si dicha cláusula no supera el control de transparencia por no haber sido informado adecuadamente los prestatarios, su nulidad debe afectar a toda referencia de la divisa contratada.

SÉPTIMO.- Sobre el control de abusividad de la cláusula 3ª, A).

El recurrente, basándose sobre todo en la prueba testifical de la Sra. Rosana sostiene que ofrecieron a los clientes la información adecuada sobre el producto solicitado. Al respecto debe decirse que, aparte de que se trata de un testigo vinculada con el Banco recurrente, casi todo su interrogatorio se basó en el tipo de moneda



o divisas que ofrecía el banco y sobre cuál de ellas era más estable, y sobre el riesgo de fluctuación de la misma. Pero, no consta que se le informara de todos los riesgos a los que se refiere el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada.

Cierto es que los prestatarios firmaron el documento denominado "solicitud de **préstamo** en divisas con garantía hipotecaria", no así el documento que se acompaña al mismo en el que consta una simulación de la evolución del capital y cuotas como consecuencia de la fluctuación de la moneda. Y dicho documento, aparte de que la información sobre los riesgos son genéricos, resulta además ambiguo, porque, por un lado, se indica que se concierta un **préstamo** de 200.000 euros, por contravalor en yenes y, por otro lado, en el párrafo cuarto, se indica que conocen y aceptan que la sustitución de la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente (como si no fuera a aumentar el capital del **préstamo**), salvo en caso de efectiva amortización, sin explicar debidamente ello y sin informar que también el riesgo no sólo se produce en caso de amortización anticipada, sino también en caso de vencimiento anticipado, lo cual tampoco se especifica en el documento no firmado.

Tampoco consta que se informara respecto de los riesgos en la facultad del cambio de divisa antes de la amortización de la cuota correspondiente, pues en el caso de hacerlo, se consolida la revalorización de la divisa y, por tanto, del aumento de la equivalencia en euros (o en la nueva divisa) del importe del capital pendiente de amortizar, pues se traslada a la nueva divisa escogida el incremento producido como consecuencia de la apreciación de la divisa (Así lo sostiene el Tribunal Supremo en la sentencia citada). Además, de que debe pagar una comisión. Añadiendo dicho Tribunal que el prestatario no puede realizar el cambio en cualquier momento, sino solo al inicio de cada nuevo periodo y una devaluación significativa de la moneda funcional respecto de la divisa puede producirse en cuestión de semanas.

Y añade que:

" 48.- Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del **contrato** o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del **préstamo**, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el **contrato**.

Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del **préstamo**, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incrementa progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el "pico" de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el **préstamo** o en un momento cercano a esos "picos" de cotización".

Ni consta que los demandantes fueran expertos en el mercado de divisas -son policías-, ni consta que se les informara sobre dicho mercado y sobre la posible fluctuación de la divisa contratada, a pesar del momento en que fue contratado el **préstamo**, en el que ya se preveía por los analistas económicos (documentos aportados con la demanda) la posible crisis económica y la caída del Euribor. No siendo cierto que el documento adjunto al firmado sea una previsión futura y previsible del yen, sino que se trata simplemente de una simulación respecto de la cuota y del capital que falta por amortizar, que al no existir una diferencia significativa, para un consumidor, que no es experto en divisas, pueda representarse de los graves riesgos que ello puede suponerle en el caso de una fluctuación muy importante ante una crisis económica.

Y en cuanto a los hechos ocurridos durante la ejecución del **contrato** no se aprecia, en contra de lo argumentado, que sean relevantes como para demostrar el conocimiento del funcionamiento del **contrato**. Pues a la vista de lo declarado por el Sr. Estanislao, lo único que se demuestra es que no quería pagar la comisión que le cobraba el banco por la conversión de euros a yenes para pagar la cuota y que abrió una cuenta en yenes, siendo el mismo el que compraba los yenes y los ingresaba en la cuenta, ahorrándose una comisión más alta, siendo también informado de la operativa que debía hacer para su compra. Ello no demuestra en absoluto que al momento de concertar el **préstamo** multdivisa conocieran los riesgos reales del mismo, simplemente demuestra que conocían la operativa, que se informaron para no pagar la comisión y que ante la información facilitada abrieron la cuenta en yenes, pero nada más se acredita con ello sobre el conocimiento de los riesgos económicos que asumían con el **contrato** celebrado.

OCTAVO.- Sobre los efectos de la nulidad.

Insiste el recurrente que la nulidad de las cláusulas relativas a la multdivisa no puede ser la de constituir un **préstamo** nuevo en euros.



El recurrente omite lo decidido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre del 2.017 , citada en el fundamento jurídico tercero, cuando establece que:

"La nulidad total del **contrato préstamo** supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarlo más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13 , apartados 83 y 84).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del **préstamo**, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el **contrato** no podría subsistir, porque para la ejecución del **contrato** es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

54.- Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el **contrato** (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio , que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias. No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del **contrato de préstamo**".

Y la sentencia recurrida se ajusta a lo resuelto por el Tribunal Supremo".

La línea jurisprudencial de esta Sala expuesta es constante y reiterada como es de ver, entre otras, de nuestra **sentencias número 8/2019 de 10 de enero de 2.019** , línea que también comparte la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial en sus sentencias **número 444/2017 de 15 de noviembre de 2.017** , **número 39/2018 de 2 de enero de 2.018** y **número 171/2019, de 6 de mayo de 2.019**, entre otras.

El recurso no merece prosperar, rechazándose las alegaciones expuestas por la entidad bancaria demandada, quién reproduce las mismas alegaciones efectuadas, en este sentido, en primera instancia en su escrito de contestación a la demanda, atendida la línea jurisprudencial de esta Sala.

De forma preliminar, ya señalamos que la acción que ejercita la parte actora no se haya caducada, remitiéndonos directamente a nuestra posición al respecto en las dos primeras resoluciones judiciales expuestas en el presente Fundamento de Derecho.

Lo anterior es predicable respecto a la alegación de retraso desleal en el ejercicio de la acción el cual no se aprecia mínimamente siendo también nuestra posición clara respecto a esta alegación (*ad exemplum*, **sentencia 422/2018 de 1 de octubre de 2.018**).

Asentado lo anterior y partiendo que no se discutió la cualidad y la calidad de consumidor que ostenta la parte actora, debemos partir que el control de transparencia tiene por objeto que, la aquí parte actora consumidora y prestataria, pueda conocer y tener suficiencia de información en el sentido de que haya podido conocer de forma clara, sencilla y concluyente, la carga económica de la suscripción de la hipoteca multidivisa así como los elementos esenciales y típicos que la configuran y los riesgos que entraña e implica su suscripción, lo que conlleva que la entidad bancaria demandada le corresponde la constancia fehaciente de la suficiencia de la información que haya sido ofrecida a la parte actora consumidora y prestataria sobre la existencia e incidencia de la hipoteca multidivisa litigiosa, en particular, que la parte actora haya tenido información suficiente que le haya permitido la comprensión de extremos tales, como la posibilidad de apreciación como de depreciación de la divisa del **préstamo**, de los efectos en las cuotas de las variaciones del tipo de cambio y de una apreciación del tipo de interés de la divisa del **préstamo**, lo que conlleva la claridad de la información relativa a la suscripción de un **contrato de préstamo** hipotecario en una divisa extranjera donde se expone, esencialmente, a un riesgo de tipo de cambio que le será difícil de asumir en caso de que haya una devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos.

Asimismo, la entidad bancaria demandada debe exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un **préstamo** en divisa extranjera, en particular, en el caso de que la parte actora consumidora y prestataria no perciba sus ingresos en esta divisa.

Expuesto lo que antecede, y atendiendo al soporte probatorio practicado en el acto de la vista oral y la documental obrante en las actuaciones, en el examen de control de transparencia, entendemos que concurren dos extremos de sumo interés que recaen directamente sobre el objeto litigioso:

Primero, la ausencia total de elemento, dato y/o extremo alguno, que permita aseverar y sostener que la parte actora haya podido influir, de cualquier modo, o en alguna forma, en la hipoteca multidivisa litigiosa.

Segundo, no consta ni se desprende que la entidad bancaria haya explicado debidamente la suscripción, con las consecuencias y efectos jurídicos que conlleva y comporta dicha hipoteca multidivisa.

No hay una constancia fehaciente de la suficiencia de la información que pudiera haber sido ofrecida al consumidor demandante sobre la existencia e incidencia de la hipoteca multidivisa.

Hay una falta de acreditación de una explicación clara y adecuada sobre el funcionamiento de la hipoteca multidivisa en el **contrato** y de sus consecuencias, lo que impide que la parte actora pudiera calibrar, con certeza y pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas, el efecto principal del **préstamo** hipotecario que suscribía con la divisa litigiosa.

No se aprecia ni se infiere que la parte actora consumidora y prestataria haya podido conocer:

Primero, la posibilidad de apreciación como de depreciación de la divisa del **préstamo**.

Segundo, los efectos en las cuotas de las variaciones del tipo de cambio y de una apreciación del tipo de interés de la divisa del **préstamo**.

Ello conlleva que no pueda afirmarse que la parte actora consumidora y prestataria haya podido, de forma clara, indubitada y concluyente, obtener la información necesaria de que, al suscribir la hipoteca multidivisa litigiosa, se exponía a un riesgo de tipo de cambio que le será sumamente difícil de asumir en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos, ni que la entidad bancaria demandada haya dado y facilitado la información necesaria sobre las posibles variaciones de los tipos de cambio así como los riesgos y consecuencias jurídicas en el caso de suscripción de un **préstamo** hipotecario en divisa extranjera, lo que se acentúa, como es en el caso litigioso, cuando la parte actora consumidora y prestataria sus ingresos corrientes los obtiene directamente en moneda distinta y diferente a la divisa a la cual está sujeta el **préstamo** hipotecario litigioso.

No apreciamos que haya habido incorrección en la valoración de la prueba practicada en la vista principal por parte del Magistrado *a quo*; más bien lo contrario, las conclusiones efectuadas, en este particular punto, devienen acertadas y son lógicas y congruentes con todo el acervo probatorio obrante en las actuaciones.

Del interrogatorio de la parte actora no se infiere ni se desprende, de forma evidente y manifiesta, y en un grado mínimo, que se le facilitara la información debida del producto de hipoteca multidivisa, remitiéndonos en su integridad a la valoración efectuada en la sentencia objeto de recurso.

La testifical del ex-empleado de la entidad bancaria no puede valorarse más que negativamente, por cuanto, poco para no decir nada, ha aportado en cuanto a lo que constituye el objeto de la presente litis.

Con independencia de si la iniciativa de la contratación del producto bancario litigioso proviniera o no la parte actora, no ha aportado elementos ni explicaciones convincentes respecto de los riesgos y explicaciones que se dieron a la parte actora del **préstamo** multidivisa contratado.

En otras palabras, queda probado y acreditado que la entidad bancaria demandada, poco o nada hizo, en el sentido de que la parte actora conociera el alcance real de la opción multidivisa que contrataba, lo que le correspondía, máxime cuando es la contraparte que concierne la relación jurídico-contractual litigiosa, siendo su papel y función meramente testimonial.

Ello conlleva que no pueda afirmarse que la parte actora consumidora y prestataria haya podido, de forma clara, indubitada y concluyente, obtener la información necesaria de que al suscribir la hipoteca multidivisa litigiosa, se exponía a un riesgo de tipo de cambio que le será sumamente difícil de asumir en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos, ni que la entidad bancaria demandada haya dado y facilitado la información necesaria sobre las posibles variaciones de los tipos de cambio así como los riesgos y consecuencias jurídicas en el caso de suscripción de un **préstamo** hipotecario en divisa extranjera, lo que se acentúa, como es en el caso litigioso, cuando la parte actora consumidora y prestataria sus ingresos corrientes los obtiene directamente en moneda distinta y diferente a la divisa a la cual está sujeta el **préstamo** hipotecario litigioso.

En definitiva, la hipoteca multidivisa litigiosa no supera el control de transparencia.

Asentado lo anterior, y prosiguiendo con la argumentación jurídica sostenida en los párrafos anteriores, las cláusulas contractuales de la escritura pública de **préstamo** hipotecario litigioso que establecen la indexación a divisas no resultan, mínimamente, ni claras ni transparentes, y, mucho menos, comprensibles, siendo cláusulas excesivamente largas y farragosas, pudiéndose sostener que pueden inducir a error cuando se fija en varios puntos el valor prestado en moneda euros y otros en otra moneda extranjera, ni tampoco quedando meridianamente claro si se percibe en una u otra divisa (únicamente en la amortización consta la especificación que las cuotas mensuales se efectuarán en la divisa concertada en el **préstamo** hipotecario).

A todo ello se une, que no aparece con claridad, precisión y certeza, la afectación de la divisa al capital pendiente de pago y amortización, incluso, para el caso, de cambio de moneda.

No hay prueba alguna que permita sostener que se informó de forma clara e indubitada a la parte actora consumidora y prestataria de las condiciones más esenciales y elementales del **préstamo** hipotecario litigioso, y en particular, todas las concernientes a la hipoteca multidivisa.

De la documental obrante en las actuaciones no se desprende conclusión distinta a la ausencia de una efectiva y real explicación e información por parte de la entidad bancaria demandada sobre el producto de hipoteca multidivisa.

No consta más que una simple advertencia a sobre riesgo de tipo de cambio de divisas, nada más ni nada menos, lo que excluye que se haya facilitado por la entidad bancaria demandada una explicación rigurosa del producto bancario contratado, no conteniéndose tampoco, lo que debería de ser, en todo caso, una explicación clara, concreta y entendible, sobre las consecuencias y efectos relativos a la afectación de una evolución desfavorable del tipo de cambio.

Únicamente se viene a explicar que una apreciación de la moneda extranjera contratada frente al euro se traduciría en un aumento de la cuota mensual y del capital pendiente, incluso más que el inicial de la hipoteca, pero no consta, lo que es relevante, si efectivamente fue explicado a la parte actora consumidora y prestataria.

Además el aumento del capital pendiente según la comparativa resulta de relativa escasa relevancia para el supuesto de fortalecimiento de la moneda extranjera contratada.

Las cláusulas financieras y contractuales relativas a la hipoteca multidivisa se refieren al capital prestado, amortización, los intereses aplicables (en divisa y euro) así como la opción de cambio de moneda y comunicaciones.

Nada consta sobre la información concreta, pormenorizada y entendible que efectuara el Notario sobre los términos del **contrato**, naturaleza y efectos y las advertencias realizadas por el Notario se rechazan, máxime cuando tampoco consta el devenir de las explicaciones en el momento de suscripción del **préstamo** hipotecario, siendo además destacable la garantía que se reserva la entidad bancaria demandada relativa a la exigencia de garantías adicionales o de cancelación en determinados casos, no reconociéndose a la parte actora y consumidora prerrogativa igual y/o semejante.

Tampoco consta aportado ni explicado folleto comercial y explicativo, guía de cálculo, comparativa con distintos escenarios a favor y en contra, etc.

Respecto a las alegaciones relativas a la oferta vinculante en concordancia con lo que, en ocasiones, se manifiestan en escrituras públicas similares y en procesos civiles declarativos idénticos y/o similares, donde se dice, esencialmente, que el Notario autorizante de la presente escritura le han librado la oferta vinculante sin que existan discrepancias entre las condiciones financieras de dicha oferta vinculante y las cláusulas financieras de esta escritura o la aportación de la oferta vinculante, para acreditar negociación entre ambas partes litigantes, comprensión por la parte actora y, en último lugar, cumplimiento de la obligación de transparencia por la entidad bancaria demandada, baste decir que la oferta vinculante se limita, única y exclusivamente, a una breve exposición de lo que van a constituir las cláusulas financieras de la escritura de **préstamo** hipotecario y de la definición de las mismas, ni más ni menos, siendo exigua la explicación que contiene respecto de la cláusula de gastos; lo que se valora, generalmente, de forma negativa, por cuanto no acredita, mínimamente, ni negociación, ni comprensión ni entendimiento alguno.

Ninguna prueba concluyente se aporta de entendimiento y comprensión por parte de la parte actora ni de una efectiva negociación de su clausurado, constituyendo la oferta vinculante, simplemente, un formulario previo a la suscripción efectiva del **préstamo** hipotecario litigioso, que no acredita negociación efectiva llevada a cabo con la parte actora, con la participación activa e influencia de la misma en la negociación del clausurado: dicha negociación, de igual a igual, no se considera acreditada en ningún extremo.

Respecto a los extractos que se remitían por cuotas amortizadas resulta que solo se enviaron cierto tiempo y no resultan fácilmente comprensibles.

De lo actuado no solo se constata, y resulta evidente, los amplios y profundos conocimientos de la entidad financiera sobre la situación del mercado y posible o probable evolución del mismo en relación tanto a los tipos de interés como a las divisas; por el contrario, dicha realidad se produce frente al prestatario demandante, cuyo perfil denota la falta de formación, información y experiencia en la materia, así como falta de real, seria y efectiva iniciativa en la contratación del producto.



Es más, debe tenerse en cuenta que el **préstamo** en cuestión no estaba indicado para la parte actora consumidora y prestataria. Y de ser cierto el verdadero conocimiento de la naturaleza, características y riesgos de la operación multidivisa, tal y como defiende la entidad bancaria demandada, resulta evidente que nunca lo hubiera contratado.

No solo habida cuenta que no opera con yenes japoneses ni tienen relación comercial o intereses con puntos donde se opere con yenes, sino porque desconocían las previsiones de fortalecimiento del yen frente al Euro e inminente bajada del Euribor.

La demandada, sobre quien recae la carga de probar que informó al cliente sobre las características del producto, deja de proponer prueba suficiente sobre dicho aspecto, lo que le corresponde de conformidad con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo difícilmente de creer y sostener que la parte actora consumidora y prestataria, sin conocimientos en la materia, conociese el producto y se interesase por su contratación dando la orden directa en la oficina.

La carga de la prueba pesa sobre la entidad financiera demandada y ésta no justificó nada más, por lo que cabe entender que ni desarrolló actuación informativa explicativa del producto de forma clara y comprensible por personal capacitado y competente, y la cláusula resulta desequilibrada en perjuicio del consumidor demandante.

En definitiva, desestimamos en su totalidad el recurso interpuesto por la entidad bancaria demandada.

TERCERO- Costas de la apelación- Atendiendo a la desestimación del recurso de apelación interpuesto, de conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la imposición a la entidad bancaria demandada y recurrente de las costas procesales causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás normas aplicables

FALLO

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a de los Tribunales D. RICARD SIMO PASCUAL, en nombre y representación acreditada de BANKINTER, S.A contra la sentencia número 311/2019 de 26 de febrero de 2.019 dictada Primera Instancia número 3 de Girona, en los Autos de Procedimiento Ordinario número 1.393/2018 **CONFIRMANDO ÍNTEGRAMENTE** la misma con expresa imposición a la entidad bancaria apelante de las costas de esta alzada y pérdida del depósito constituido.

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas, haciéndoles saber de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Final Decimosexta y Transitoria Tercera de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante el Excmo. Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Únase la presente al Libro de Sentencias Civiles de este órgano judicial, dejando en las actuaciones, certificación de la misma.

Así por esta nuestra Sentencia, la pronunciamos acordamos y firmamos.

Ilmo. Magistrado-Presidente D. Fernando Lacaba Sánchez e Ilmos. Magistrados D. Fernando Ferrero Hidalgo y D. Alexandre Contreras Coy.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).