



Roj: **SAP GI 412/2018 - ECLI: ES:APGI:2018:412**

Id Cendoj: **17079370012018100167**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Girona**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2018**

Nº de Recurso: **143/2018**

Nº de Resolución: **195/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FERNANDO FERRERO HIDALGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección 1a Civil de la Audiencia Provincial de Girona (UPSD AP Civil Sec.1)**

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

TEL.: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:aps1.girona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 1707942120170045056

### **Recurso de apelación 143/2018 -1**

Materia: Apelación civil

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Girona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 247/2017**

Parte recurrente/Solicitante: **BANKINTER** S.A.

Procurador/a: Ricard Simo Pascual

Abogado/a: MARÍA PAZ BARRERA VARGAS

Parte recurrida: Nuria , Fabio

Procurador/a: Esther Sirvent Carbonell

Abogado/a: Anna Maria Torroella Claver

### **SENTENCIA N° 195/2018**

Magistrados:

Fernando Ferrero Hidalgo

Carles Cruz Moratones

Nuria Lefort Ruiz de Aguiar

Girona, 17 de mayo de 2018

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero** . En fecha 16 de febrero de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 247/2017 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Ricard Simo Pascual, en nombre y representación de **BANKINTER** S.A. contra la sentencia de fecha 04/12/2017 y en el que consta como parte apelada la Procuradora Esther Sirvent Carbonell, en nombre y representación de Nuria y Fabio .



**Segundo** . El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"FALLO

*Que estimando la demanda interpuesta por D. Fabio y Dña. Nuria debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula Tercera apartado "A) EN DIVISAS" del préstamo hipotecario suscrito con **Bankinter** S.A en fecha de 1 de julio de 2004 ante el Notario de Girona D. Ramón Coll Figa con número de protocolo 3.886 así como cualquier referencia " en divisas" contenida en el mismo, condenando a **Bankinter** S.A a rehacer el cuadro de amortización del préstamo tomando como capital inicial la cantidad de 200.000 € y aplicando lo dispuesto en el apartado " B) EN EUROS" de la cláusula tercera de la escritura, así como a abonar a los actores la diferencia entre las cantidades que hayan abonado en virtud del préstamo y las que resulten de aquel cuadro de amortización, más los intereses de la misma desde la fecha del emplazamiento , sin imposición de las costas."*

**Tercero**. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 25/04/2018.

**Cuarto**. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al **Magistrado Fernando Ferrero Hidalgo**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida.

**SEGUNDO**.- Se interpone recurso de apelación por la parte demandada, **BANKINTER**, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Girona de fecha 4 de diciembre del 2.017 , en la que se estimó la demanda interpuesta por D. Fabio y DÑA. Nuria contra dicho recurrente.

En la demanda iniciadora del procedimiento se solicitaba la nulidad de la cláusula 3ª A) de devengo y cálculo de intereses, en concreto del tipo de interés aplicable en divisas suscrito el día 5 de noviembre del 2.007, decretando también la nulidad de cualquier referencia en divisas relacionado en el contrato de préstamo hipotecario, así como de los dos contratos de carencia firmados con posterioridad, manteniendo la vigencia del contrato y resto de pactos no afectados por la nulidad.

Se condene a la demandada a rehacer el cuadro de amortización desde la firma del préstamo, aplicando lo establecido en el apartado b) en euros de la cláusula 3ª, teniendo en cuenta los pagos efectuados, declarando que el capital pendiente debido es el saldo restante de disminuir del importe prestado de 200.000 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses, convertidos en euros, y que el exceso de los intereses y comisiones percibidos se disminuya del capital pendiente de amortización.

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 perjudicarle 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 2015 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 2017, 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 recálculo 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 incrementa 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 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, 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. Cierto 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 compañero 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 riesgo 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. Ofelia sostiene que ofrecieron a los clientes la información adecuada sobre el producto solicitado. Al respecto debe decirse que, aparte de que se trata de una 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 un 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 riesgo 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 incremente 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. Fabio , 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 **multidivisa** conocieran los riesgo 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 **multidivisa** 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 perjudicarle 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.

**NOVENO.-** Por todo lo dicho, procede desestimar el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , procede imponer las costas del recurso al recurrente.

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

#### **FALLO**

**Desestimar** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de **BANKINTER** S.A. contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 5 DE GIRONA, en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 247/2017, con fecha 04/12/2017, y **CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE** la misma, con imposición al apelante de las costas de esta alzada y pérdida del depósito constituido.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000 , contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el 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.

Lo acordamos y firmamos.

Los **Magistrados:** D. Fernando Ferrero Hidalgo, D. Carles Cruz Moratones y Dña. Nuria Lefort Ruiz de Aguiar.