



Roj: **SAP M 17242/2016 - ECLI:ES:APM:2016:17242**

Id Cendoj: **28079370122016100367**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **12**

Fecha: **15/12/2016**

Nº de Recurso: **680/2016**

Nº de Resolución: **472/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANA MARIA OLALLA CAMARERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL CIVIL DE MADRID

SECCIÓN DUODÉCIMA

251658240

RECURSO DE APELACIÓN 680/2016

ÓRGANO JUDICIAL ORIGEN: JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 62 DE MADRID

AUTOS DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO 892/2014

APELANTE/DEMANDANTE: Dª. Celestina

PROCURADORA Dª. MIRIAN ABENGOZAR MATUTE

APELADA/DEMANDADA/INCOMPARECIDA: BANKINTER SA

PROCURADORA Dª. MARÍA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

PONENTE: ILMA. SRA. MAGISTRADA Dª. ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

SENTENCIA Nº 472

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ LUIS DÍAZ ROLDÁN

D. FERNANDO HERRERO DE EGAÑA Y OCTAVIO DE TOLEDO

Dª. ANA MARÍA OLALLA CAMARERO

En Madrid, a quince de diciembre de dos mil dieciséis.

La Sección Duodécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 892/2014 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 62 de Madrid, a instancia de **Dª. Celestina** como parte apelante-demandante, representada por la Procuradora Dª. MIRIAN ABENGOZAR MATUTE, contra **BANKINTER SA** como parte apelada-demandada incomparecida ante esta alzada; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 24 de febrero de 2016, sobre acción de nulidad parcial e indemnizatoria subsidiaria con base al artículo 79 de la Ley de Mercado de Valores.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **Dª. ANA MARÍA OLALLA CAMARERO**.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 62 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 24/02/2016, cuyo fallo es el tenor siguiente: "*Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Abengózar Matute, en nombre y representación de Dª. Celestina, absuelvo de sus pretensiones a BANKINTER, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Sampere Meneses, imponiendo a la parte actora las costas procesales causadas. Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.*"

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la demandante Dª. Celestina, que fue admitido, confiriéndose traslado a la parte contraria que se opuso al mismo y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección donde ha comparecido la litigante personada, sustanciándose el recurso por sus trámites legales, señalándose para llevar a efecto la resolución del mismo por la Magistrada Ponente el pasado DIA 30 DE NOVIEMBRE, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los fundamentos de la resolución recurrida, salvo en aquello en que queden contradichos por los fundamentos de la presente resolución.

SEGUNDO.- Se interpone el presente recurso de apelación por Dª. Celestina contra la Sentencia desestimatoria de la acción ejercitada por ella contra BANKINTER SA, instando la nulidad parcial del contrato de préstamo respecto al clausulado multidivisas dejando subsistente el préstamo hipotecario en los restantes extremos, condenando a la demandada a recalcular el préstamo desde la fecha de suscripción tomando como capital los 239.000€ fijados en la escritura de préstamo, aplicando las condiciones financieras del contrato en lo restante, como si de un préstamo en euros se tratara, esto es, referenciado al Euribor más un diferencial de 0,45 puntos porcentuales al tipo de interés de referencia. Subsidiariamente se solicita la condena al Banco por los daños y perjuicios causados a la actora mediante la liquidación del préstamo, tomando como base el capital prestado, aplicando las condiciones financieras contempladas en el contrato, excluyendo toda referencia a la opción multidivisa, manteniendo el préstamo en lo restante.

TERCERO.- El préstamo con garantía hipotecaria que es objeto del litigio de este proceso presenta las siguientes características:

1º) El préstamo escriturado a fecha 13/4/07, se concibe en yenes japoneses (JPY) siendo su cuantía la de 38.648.953 JPY, que según la escritura se abonan en la cuenta especial abierta al efecto a la prestataria, con un contravalor en euros que es el de 239.000 euros. Todos los pagos se han efectuado en euros, al contravalor girado por la ejecutante.

2º) El destino del préstamo era el de adquisición, construcción o rehabilitación de vivienda, hipotecándose la vivienda habitual donde reside la demandante.

3º) El plazo para amortización era el de 25 años, venciendo, pues, el 13 de abril de 2032. La amortización se había de efectuar por cuotas mensuales, de 155.047 YENES, pero "si se modificase el tipo de interés y/o la divisa, se ajustarán las cuotas mensuales constantes, a lo que resulte de la variación".

4º) En cuanto al interés remuneratorio se distinguía según que el préstamo estuviera en divisas o en euros.

En el primer caso (cláusula 3ª A) el tipo de referencia era el LIBOR con un diferencial de 0,90 puntos netos.

Si el préstamo estuviera en euros, el tipo de referencia era el EURIBOR con un diferencial de 0,45 puntos netos.

Con ello, resultaba que el interés inicial era de 1,52% en el caso de estar nominado el préstamo en divisas, y del 4,31%, si lo hubiera estado en euros.

Se preveía igualmente la posibilidad de cambio de moneda, en cada período de amortización.

5º) Se establecían (cláusula 4ª) comisiones de apertura (2,00%), por amortización anticipada (0,00% sobre el importe efectivamente amortizado), y por cambio de condiciones autorizadas (0,5% sobre el límite vigente de la operación).

6º) En caso de demora se estableció un interés consistente en el incremento en 9,50 puntos sobre el interés ordinario aplicable en el momento de producirse la mora.

7º) Como causas de resolución anticipada (concebidas como facultad del BANCO -cláusula 7ª), entre otras, se previó la falta de pago de cualquiera de las cantidades debidas, ya sea por principal o por intereses.



Pues bien, partiendo de la base de considerar consumidora a la prestataria, pues nada en contra de tal condición consta en el proceso ni ha sido alegado por la demandada, la primera cuestión a tratar es si la propia conceptualización del préstamo en multidivisa constituye en el caso examinado una cláusula abusiva, con las consecuencias inherentes a tal consideración como son la nulidad de la misma, su inaplicación y, en su caso, la aplicación de la norma legal supletoria.

En primer término, y por lo que respecta al concepto, funcionalidad y regulación de la denominada hipoteca multidivisa, hemos de partir de las consideraciones contenidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015.

Dicha Sentencia define este contrato, diciendo que "lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada período suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)". "El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo".

Señala esta resolución que "- Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo", situación ésta que, como se describió en anterior apartado de esta resolución, es la contenida en el caso examinado.

No estamos por tanto, ante un contrato de préstamo equiparable a un préstamo hipotecario a interés variable normal y corriente, ni ante un producto de mecánica sencilla y de fácil comprensión, por más que en su reclamo publicitario y en su formulación general pudiera parecer así, sino ante un instrumento financiero que entraña complejidad y un elevado riesgo para el cliente que lo contrata y a este respecto no hay más que leer todo lo relativo a las cláusulas atinentes a la hipoteca multidivisa para advertir, la dificultad para la debida comprensión y entendimiento de las mismas para un cliente que, como la demandante, no nos consta fuera experta en materia financiera y tampoco consta tuviera experiencia en la contratación de productos complejos y de riesgos similares al de litis, ni tan siquiera su formación como licenciada en humanidades, y dedicada a la enseñanza, nos puede llevar a presumir tales conocimientos.

Insiste el banco recurrente en afirmar que D^a. Celestina tenían formación y conocimientos financieros suficientes para entender el producto, pero no aporta, al margen de una suposición personal, datos serios y objetivos que pudiera demostrarlo, pues la formación académica y su posterior vida profesional no guarda relación con dicha materia, ni repetimos tampoco permite afirmar, que obtuvo los conocimientos necesarios para conocer y entender una hipoteca multidivisa y máxime, carga procesal que incumbía al Banco demandado.

Por otro lado, la normativa aplicable a este tipo de préstamo es tema tratado en la citada Sentencia del Tribunal Supremo, diciendo, al respecto, que "la Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79 bis 8 de la ley del mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley". Por consiguiente, y así se recoge en la



indicada resolución, "la consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores", si bien respecto de la escritura de 17 de diciembre de 2007, tal aplicación quedará referida a la legislación anterior a la reforma operada por ley 47/2007 de 19 de diciembre, en tanto que en la póliza de 12 de mayo de 2009 ya será plenamente aplicable la normativa reformada...".

Cierto es que La *STJUE de 3 de diciembre de 2015* sostiene que los préstamos multidivisas no son un instrumento financiero, en tanto que las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas, no constituyen un servicio o una actividad de inversión y, concluye que las entidades financieras no están sometidas a las obligaciones en materia de la evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el *artículo 19 del Directiva MIFID*. Pero como señala la sentencia de la AP de Valladolid de fecha 4 de octubre de 2016 "esta aparente contradicción entre la sentencia de TJUE y el TS, ha de resolverse a favor del segundo pues el hecho de que el TJUE, como máximo intérprete de la Directiva, haya dicho que en ella no se incluyen las hipotecas multidivisas, esto es, en ese ámbito mínimo de la Directiva, no resulta incompatible con el hecho de que el TS, competente para interpretar la legislación española, si incluye la hipoteca multidivisa como un producto derivado, complejo en el ámbito de la LMV. Una Directiva comunitaria y la ley estatal que la transpone son instrumentos diferentes. La Ley estatal tiene que respetar el contenido mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación más amplio permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye.

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

Debe a estos efectos tenerse en cuenta las siguientes disposiciones legales,: Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por RDL 1/2007 *artículos 12, 1860 y 80, 82*; La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre *Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito* (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de febrero; Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de dicha Orden -artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo -artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento - *artículo 7*-; Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, cuyo *artículo 79*, antes de la modificación operada por la Ley 47/2007, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, y el préstamo aquí concertado lo es, ya imponía a las entidades de crédito comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes; reducir al mínimo los riesgos de conflictos de intereses y, de producirse, dar prioridad a los intereses de sus clientes, cuidando de ellos como si fuesen propios; garantizar una gestión prudente; y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados; Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica. Extiende el deber de información de las entidades de crédito a los deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a interés variable, a los sistemas o productos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, sin que su contratación suponga la modificación del contrato de préstamo, cuyas características se harán constar en la oferta vinculante y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de dichos préstamos.

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



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

CUARTO.- Esta Sección de la Audiencia, en Auto de 9 de noviembre de 2015, examinando un caso sustancialmente idéntico, consideró abusivo un préstamo de este tipo.

Las líneas maestras de tal decisión se pueden sintetizar en las siguientes:

1º) La denominación o representación del préstamo en una divisa extranjera forma parte de las prestaciones esenciales del contrato, de modo que, conforme al artículo 4.2 de la Directiva 9/13, queda excluido el posible examen de abusividad "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

2º) Ahora bien, la claridad exigible tiene una doble dimensión, afectante no sólo a la meramente gramatical sino muy especialmente también a la jurídica y económica, de manera que el contrato, predispuesto por el profesional, debe permitir al consumidor hacerse una idea exacta de la carga jurídica y económica que asume.

Ello es particularmente exigible en los contratos que se refieren o versan sobre un producto financiero complejo como es el préstamo en divisa extranjera, garantizado además con hipoteca sobre la vivienda familiar, cuando el prestatario no recibe sus ingresos en esa divisa sino que tiene que adquirirla pagando su contravalor en euros, de manera que la operación de préstamo, por naturaleza conmutativa, se convierte en aleatoria.

3º) A tal respecto, el Tribunal Supremo ha consolidado ya su doctrina, estableciendo, en la Sentencia del Pleno de 24 de marzo de 2015, por un lado, que a las condiciones generales que regulan el precio y su contraprestación, le es aplicable "un doble control de transparencia", puesto que "además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical", el control de transparencia que "tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

4º) En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, instauró ya la misma interpretación de la Directiva, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo» (párrafo 73), por lo que concluye en el fallo que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo», doctrina que ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13.

5º) Sobre este deber de información también se pronuncia la tan citada Sentencia del Pleno del T.S. de 30 de junio, señalando "Como declaramos en *sentencias de la Sala 1ª del T.S. de 20 de Enero de 2014* y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate".. "Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia material financiera del cliente que precisa qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad y hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos



fundamentales del negocio, entre los que se encuentra los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende concertar".

QUINTO.- En aplicación de tal doctrina jurisprudencial y la normativa citada correspondía a la entidad bancaria demandada, la carga adversaria de acreditar que cumplió correcta y debidamente con ese deber de información al cliente, que en general le imponía la exigencia general de buena fe contractual y este efecto jurídico probatorio claramente aquí no ha sido conseguido. Basta examinar la documentación aportada y visionar el acto del juicio, para llegar a la conclusión contraria al Juzgado de Instancia, es decir, no hay constancia cierta de que por parte de la entidad bancaria se hubiera cumplido debidamente el inexcusable deber de suministrar a los demandantes, en cuanto consumidora y cliente minorista sin especiales conocimientos financieros una información previa, veraz, adecuada y suficiente sobre dicho producto, a fin de que este pudiera comprender el alcance y la trascendencia jurídica y económica del mismo, sus riesgos implícitos y las pérdidas que podría conllevar su contratación, por las oscilaciones del tipo de intereses y cotizaciones de la divisa.

No consta se le hubiera proporcionado la información precontractual ni contractual a que obligaba la normativa citada y en especial, la antedicha Orden de 5 de mayo de 1994, vigente a la fecha en que se formalizó el préstamo de litis y aplicable, sin atender a un límite cuantitativo del préstamo, por tratarse de hipoteca recaída sobre una vivienda (*artículo 48.2 a) Ley 26/88 de Disciplina e Intervención de entidades de Crédito*).

El clausulado del contrato resulta notoriamente insuficiente para que el cliente pudiera conocer la mecánica de la operación que estaba contratado y los riesgos que entrañaba la misma. No costa que el Notario o quien compareció en nombre de la entidad recurrente, explicara de forma clara transparente y comprensible, el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera así como la relación entre este mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas al préstamo; déficit informativo que tampoco puede considerarse subsanado por la lectura rutinaria de la escritura por parte del Notario autorizante. Por el Banco demandado no se nos aporta un documento alguno sobre la existencia de previa oferta vinculante con la información necesaria y con la antelación de 10 días a que la citada Orden obligaba. Tampoco pese a lo declarado por el testigo empleado de la demandada, más allá de su unilateral versión, teñida del lógico interés de parte, se nos demuestra en modo alguno la información que se dice fue suministrada al cliente verbalmente, pero de la que no se nos aporta rastro documental alguna de simulaciones o folletos informativos facilitados al cliente, las conversaciones transcritas tan solo nos muestran la transmisión de unas órdenes que se derivan de la comercialización del producto, y que son consecuencia de la propia mecánica del mismo, sin que nos transmitan que sepa D^a. Celestina ni el alcance ni el contenido del producto contratado.

No se ha aportado por el BANCO, que es quien tiene la disponibilidad probatoria, el expediente formado para estudiar la solicitud y concesión del préstamo, ni documento alguno que demuestre la práctica de simulaciones o ejemplos de las consecuencias de la operación en diferentes ámbitos.

Y con solo el contenido escriturario, la claridad exigible no se da.

En el citado Auto de esta Sección de 9 de noviembre de 2015, decíamos que <<el contenido de la escritura pública no supera el control de transparencia sobre los riesgos del recibir el préstamo en divisas y de su amortización en la misma forma, así como la cláusula de multidivisas, y tal como indica la SAP de Valencia, referida anteriormente, en un caso semejante al que nos ocupa: "Tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo (la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo).

Y esta falta de transparencia afecta directamente a la cláusula Multidivisa y a la de fijación de interés remuneratorio".

Debemos así concluir que el Banco no ha probado que facilitó a la demandante una información real ni completa en todos sus aspectos (positivos y negativos) ni se nos prueba que se hiciera ninguna advertencia respecto de los riesgos propios del producto. Está incompleta y deficiente información sobre las características y riesgos que entrañaba este producto, conlleva, que la demandante no fuera consciente de la trascendencia y significación que la contratación supone en cuanto al riesgo de fluctuación del tipo de cambio y que por lo tanto, la cláusula de divisas se repute abusiva por falta de transparencia y que igualmente prestaran un consentimiento viciado por error, error que ha de calificarse sustancial (afectante a un elemento básico del préstamo relativo a las obligaciones de reintegro) e inexcusable, ya que, sin conocimientos expertos en materia de contratación en divisas los clientes no pueden saber qué información concreta han de demandar al profesional que es sobre el que recae ese deber de información Recuerda el TJUE, en la *sentencia antes citada*



de 30 abril de 2014, que los artículos 3 y 5 del Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l) y 2 letras b) y d) del Anexo de la misma, "otorgan una importancia esencial para el cumplimiento del requisito de transparencia a la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como al relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo" (apartado 783).

A ello debe añadirse que en esta clase préstamo el vencimiento anticipado, concebido como una facultad de la prestamista, combinado con la denominación en divisas del préstamo, hace especialmente gravosa la condición del prestatario y concede, al menos en abstracto, a la prestamista un poder jurídico exorbitante, pues pudiendo fijar el momento en que da por vencido el préstamo por falta de pago (o por cualquiera otra de las condiciones establecidas) puede elegir aquel en que la divisa esté más apreciada, lo que supone exigir y, si se paga, recibir un mayor cantidad, en términos reales y no meramente nominales, que la efectivamente pactada.

Esta consecuencia se advierte ya en el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, de 7 de julio de 2015, y en definitiva, es una disfunción más de la aplicación de una operación compleja allí donde no hay, por parte del consumidor, ánimo especulativo alguno, sino deseo de la máxima seguridad jurídica y económica, al estar comprometida en el cumplimiento de la obligación, su vivienda habitual.

Por tanto, a juicio de esta Sala la entidad demandada no practicó ninguna prueba acreditativa de que hubiera obrado con la diligencia que legalmente le viene impuesta de informar a su cliente sobre la naturaleza del producto concertado, toda vez que si las entidades financieras tienen el deber de informar a sus clientes de los productos financieros que suscriben, es de su cargo acreditar que efectivamente han cumplido con el expresado deber, y al no haberse demostrado por la demandada que remitiera información de la hipoteca multidivisa antes de su firma ni al tiempo de su suscripción, y mucho menos que lo hiciera con la claridad y exactitud que le es legalmente exigible, hemos de concluir que esta información no fue correcta y que la demandada incumplió el deber que legalmente le corresponde, sin que sea lícito desplazar en la parte actora la exigencia de una diligencia que excede de su cualificación, y que supondría, en la práctica, vaciar de contenido la normativa que regula las obligaciones que tienen en este concreto extremo las entidades financieras.

Por tanto, y como se ha explicado, la condición de minorista de la demandante, la ausencia de formación financiera y la escasa información facilitada permiten fundamentar la existencia de error invalidante y excusable en la formación de la voluntad contractual, en los términos explicados.

Además la hipoteca multidivisa, como producto de elevado riesgo, era un producto inadecuado al perfil de la demandante no porque el devenir posterior de los hechos haya desembocado en la pérdida patrimonial que actualmente sufre. Es inadecuado porque ante perfiles conservadores la entidad bancaria no debe aconsejar ni comercializar inversiones de riesgo, por beneficiosas que parezcan en el momento de su contratación. Como indica la STS de 17 de abril de 2013, como un perfil conservador no es compatible con inversiones de riesgo, la pérdida o depreciación de la inversión por circunstancias no conocidas a la fecha en que se realizó no puede ser calificada como caso fortuito del artículo 1105 del CC si la entidad bancaria hace correr al patrimonio del cliente un riesgo que éste no deseaba. Si las normas expuestas le obligaban a respetar ese perfil conservador y, por tanto, a no invertir su patrimonio en productos de riesgo, no puede luego oponer la materialización de un riesgo que nunca debió existir. El producto no era idóneo en la medida en que se ofrecía a un cliente conservador (ya hemos visto que no se prueba formación financiera ni inversiones arriesgadas), y en una coyuntura que no parecía favorable, puesto que en el periodo 2000-2007 el euro se había apreciado frente al yen, lo que supone que ya desde sus inicios la paridad no era favorable al cliente.

SEXTO.- En cuanto a las consecuencias la Audiencia Provincial de Valladolid en reciente sentencia de 30 de junio de 2016, en que en caso similar- se suscitaba esta misma cuestión: "la nulidad de las cláusulas multidivisas no debe comportar necesariamente la nulidad total del préstamo hipotecario con restitución recíproca de las prestaciones, sino tan sólo la nulidad de las referidas cláusulas, pues sin necesidad de "reintegrar" el contrato (proscrito por la jurisprudencia Europeo salvo sustitución por disposición supletoria nacional), basta simplemente con acudir a las propias previsiones contractuales que prevén un tipo resultante de aplicar el Euribor más un 0,70 %. Se trata en suma de aplicar las condiciones restantes del préstamo hipotecario sin inclusión de la opción multidivisa. La apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014) y a la protección de los consumidores, ya que produciría un efecto más perjudicial para el actor que para la entidad bancaria demandada, en la medida a que aquel se vería obligado a devolver de un sola vez y anticipadamente la totalidad del préstamo. Reiteramos, la nulidad de las cláusulas y pacto de divisa, da lugar a que estos se deje sin efecto y se tengan por no puestas, manteniéndose el resto del contrato de préstamo con su garantías, considerando el mismo como una operación en euros con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia Euribor más



el diferencial pactado, con arreglo al cual se determinara el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas ya abonadas por los prestatarios."

La solución de la nulidad parcial establecida legalmente para la abusividad de una cláusula, concretamente por el *artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007* que permite la subsistencia del contrato no obstante dejar sin efecto, teniendo por no puestas, las cláusulas abusivas siempre que puedan subsistir sin dichas cláusulas; y considera, con igual acierto, que dicha solución también puede ser aplicada a los supuestos de nulidad relativa derivada del error vicio del consentimiento, haciendo una interpretación integradora del *artículo 1.303 Código Civil* (el mismo *código Civil contempla la ineficacia parcial en otros casos como los artículos 1.116, 1.155, 1.328 y 1476*) acorde con el principio de conservación del contrato y con la voluntad de las partes que establecen un tipo sustitutivo para el caso de que no fuera posible aplicar el tipo de interés inicialmente pactado, lo que denota la intención práctica de los contratantes de mantener el contrato. Trae por último a colación atinadamente, el cuerpo de doctrina jurisprudencial creado en torno a la posibilidad de nulidad parcial de los contratos, (de alguna de sus cláusulas) y al principio "utile per inutile non vitiatur", lo válido no es viciado por lo inválido", conforme al cual, aun no estando contemplada con carácter general en nuestro ordenamiento, sino solo con carácter sectorial-nada impide su estimación siempre que el contrato pueda subsistir sin la cláusula excluida manteniendo el adecuado y suficiente equilibrio prestacional perseguido por las partes al contratar, lo que es factible en el contrato presente (p. e SST 10-5-2000; 22-12-2008; 20-4-2011; 18-5-2012; 23-10-2013; 9-5-2013).

Todo lo cual nos lleva con revocación de la resolución dictada a estimar el recurso de apelación, declarando la nulidad parcial del contrato de préstamo respecto al clausulado multivisas dejando subsistente el préstamo hipotecario en los restantes extremos, condenando a la demandada a recalcular el préstamo desde la fecha de suscripción tomando como capital los 239.000€ fijados en la escritura de préstamo, aplicando las condiciones financieras del contrato en lo restante, como si de un préstamo en euros se tratara, esto es, referenciado al Euribor más un diferencial de 0,45 puntos porcentuales al tipo de interés de referencia.

SÉPTIMO.- Las costas de primera instancia han de ser impuestas a la demandada.

Las de la segunda, al ser estimado el recurso de apelación, no serán objeto de imposición expresa (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

OCTAVO.- En materia de recursos, conforme a las disposiciones de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Ley 37/2011, de 10 de octubre se informará que cabe el recurso de casación, siempre que se apoye inexcusablemente en el motivo definido en el artículo 477.2.3º. Sólo si se interpone el recurso de casación podría a su vez interponerse el de infracción procesal (Disposición Final 16ª).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a. MYRIAM ABENGÓZAR MATUTE, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 62 de Madrid, en procedimiento ordinario nº 892/2014, **REVOCAMOS** dicha sentencia y, en su lugar, PROCEDE:

1º.- Estimar la demanda interpuesta por D^a. Celestina contra BANKINTER SA, declarando la nulidad parcial del contrato de préstamo respecto al clausulado multivisas dejando subsistente el préstamo hipotecario en los restantes extremos, condenando a la demandada a recalcular el préstamo desde la fecha de suscripción tomando como capital los 239.000€ fijados en la escritura de préstamo, aplicando las condiciones financieras del contrato en lo restante, como si de un préstamo en euros se tratara, esto es, referenciado al Euribor más un diferencial de 0,45 puntos porcentuales al tipo de interés de referencia.

2º.- Imponemos a la demandada el pago de las costas de primera instancia y no hacemos imposición expresa de las causadas en esta segunda instancia.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno por razón de la cuantía, pudiendo haber en su caso recurso de casación por interés casacional si concurren las circunstancias previstas en el *art. 477.2.3º y 3 LEC* y, también en su caso, extraordinario por infracción procesal en la forma prevista en la *DF. 16ª LEC* en relación con el *art. 469 LEC*.



Una vez sea firme la presente resolución, remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ