



Roj: **SAP B 47/2019 - ECLI:ES:APB:2019:47**

Id Cendoj: **08019370042019100001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **11/01/2019**

Nº de Recurso: **1203/2017**

Nº de Resolución: **1/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARTA DOLORES DEL VALLE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68, pl. 1 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 935672160

FAX: 935672169

EMAIL:aps4.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120158128981

#### **Recurso de apelación 1203/2017 -P**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 683/2015**

Parte recurrente/Solicitante: BANKINTER, S. A.

Procurador/a: Ricard Simo Pascual

Abogado/a:

Parte recurrida: INMOBLES EOLO S.L.U.

Procurador/a: Alfredo Martinez Sanchez

Abogado/a: MIQUEL A. MARTIN ALCANTARA

#### **SENTENCIA N° 1/2019**

#### **Magistrados:**

Vicente Conca Perez

Marta Dolores del Valle Garcia

Mireia Rios Enrich

Barcelona, 11 de enero de 2019

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** En fecha 19 de septiembre de 2017 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario 683/2015 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Ricard Simo Pascual, en nombre y representación de BANKINTER, S. A. contra Sentencia - 15/05/2017 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Alfredo Martinez Sanchez, en nombre y representación de INMOBLES EOLO S.L.U..



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

**ESTIMO** la demanda interpuesta por el entidad IMMOBLESEOLO, SLU, representada por el procurador Alfredo Martínez Sánchez, contra la entidad BANKINTER SA, representada por el procurador Ricard Simó Pascual; **DECLARO** la nulidad parcial de la escritura pública de préstamo hipotecario con afianzamientos suscrito entre las partes el 5/8/2008, en concreto, respecto de las cláusulas financieras 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 12ª en los contenidos relativos a la opción divisa o **multidivisa** y de la escritura pública de novación modificativa de la anterior de 12/1/2012, en concreto de las cláusulas 1ª y 2ª en los contenidos sobre divisa o **multidivisa**; **DECLARO** que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la **hipoteca** referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado de 780.000 €; la cantidad amortizada hasta la fecha en concepto de principal e intereses también convertidos a euros y; **CONDENO** a la entidad demandada a recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor a euros, fijando el capital pendiente de pago y la obligación de pago en euros y conforme al Euribor y diferencial previsto para éste en la escritura de novación (0,90). La demandada correrá con todos los gastos que se deriven del cumplimiento de los anteriores pronunciamientos.

Las costas procesales se imponen a la parte demandada.

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

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

Se designó ponente a la Magistrada Dª Marta Dolores del Valle Garcia .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La entidad BANKINTER, S.A. interpone recurso de apelación contra la sentencia por la cual fueron estimadas las pretensiones contenidas en la demanda presentada en su contra por la actora, INMOBLES EOLO, S.L.U.

En la demanda, conforme a los argumentos que estimó oportunos, la actora petitionó que: 1) se declarase la nulidad parcial de la escritura pública de préstamo hipotecario con afianzamientos suscrito entre las partes el 5 de agosto de 2008, en concreto, respecto de las cláusulas financieras 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 12ª en los contenidos relativos a la opción divisa o **multidivisa**, así como la nulidad parcial de la escritura pública de novación modificativa de la anterior de 12 de enero de 2012, en concreto de las cláusulas 1ª y 2ª en los contenidos sobre divisa o **multidivisa**; 2) en consecuencia, se declarase que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado de 780.000 euros la cantidad amortizada hasta la fecha en concepto de principal e intereses también convertidos a euros, debiendo la demandada recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor a euros y fijando el capital pendiente de pago y la obligación de pago en euros y conforme al Euribor y diferencial previsto para éste en la escritura de novación (0,90), y 3) se condenase a la parte demandada a correr con todos los gastos que se deriven del cumplimiento de los anteriores pronunciamientos.

La actora ejerció acción de nulidad radical o absoluta, basada en la ausencia de consentimiento acción, así como acción de anulabilidad, basada en la existencia de un vicio del consentimiento generador de nulidad, en concreto, el error. Partió de que, en fecha 5 de agosto de 2008, D. Jose Daniel , en su propio nombre e interés como avalista y también en nombre y representación como socio único y administrador único de la Compañía Mercantil "INMOBLES EOLO, S.L.U.", formalizó con la demanda un préstamo en divisas con garantía hipotecaria y afianzamiento, por importe de 780.000 euros, con la garantía hipotecaria de ese préstamo de la vivienda en la que reside el citado Sr. Jose Daniel , sita en la localidad de Begues, quien se constituyó en avalista o fiador solidario. Alegó que el agente interviniente de la demandada le indicó que era un producto muy ventajoso y que suponía ser la **hipoteca** que menos pagaba de las que comercializaba la demandada, pero había resultado ser una **hipoteca multidivisa**, un híbrido entre **hipoteca** y derivado financiero que ha provocado que las cuotas mensuales de su titular hayan subido hasta límites inasumibles y, en algunos casos, hasta casi el doble del importe de lo que la entidad financiera le prestó. Alegó que la entidad financiera no proporcionó a la actora ningún tipo de información más allá de la contenida en la propia escritura de préstamo en divisas, y solo le informó de las supuestas ventajas del producto; no fue informada de que, transcurridos unos años, el capital pendiente de amortización podría no solo no haber disminuido sino que, incluso, podría haber aumentado, no habiendo amortizado nada hasta esa fecha, como finalmente ha ocurrido. Alegó no haber hecho uso del cambio de divisa en dicha **hipoteca**, por no tener conocimientos ni saber cómo hacerlo, y que tampoco fue asesorado por la demandada a tal efecto. Alegó que todo ello había provocado que, en enero de 2.012, la



actora se viera obligada a solicitar una carencia para el pago de intereses, que finalizó en enero de 2.014; al finalizar la carencia, la actora se vio imposibilitada para seguir pagando, lo que dio lugar a que la demandada iniciara procedimiento de Ejecución Hipotecaria 258/2015-E, seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Gavà. Añadió que la escritura fue formalizada como prestataria por la sociedad actora, pero que la misma tiene un único socio y administrador, el Sr. Jose Daniel , tratándose de una sociedad de tipo patrimonial en la que el sr. Jose Daniel tiene su casa y algún inmueble más, no teniendo una actividad comercial, empresarial ni profesional real más allá de la mera tenencia de inmuebles y para su uso por el citado socio, que es cliente minorista y consumidor.

La demandada se opuso en la contestación. Partió de alegar la caducidad de la acción ejercitada, y de que la actora carece de la condición de consumidor; añadió que el Sr. Jose Daniel , su Administrador, es un empresario con experiencia y conocimiento financieros. Alegó que la suscripción del préstamo hipotecario **multidivisa** tuvo lugar por iniciativa del cliente, a quien se entregó un folleto informativo, siendo informado verbalmente del funcionamiento y riesgos del préstamo hipotecario **multidivisa**, los cuales constaban también en la escritura pública correspondiente. Negó error en el consentimiento pues el cliente comprendió en todo momento que contrataba un préstamo hipotecario con una cláusula de cambio de divisa y un tipo de interés referenciado al Libor, aparte de que el cliente hacía un seguimiento de la evolución del yen.

La sentencia es estimatoria de la demanda. No se acoge la acción de nulidad radical, y se pasa a analizar la de nulidad relativa (anulabilidad), basada en el error como vicio del consentimiento, comenzando por analizar la excepción de caducidad formulada, que no es apreciada. Se hace referencia a los vicios del consentimiento y a los presupuestos para apreciar la existencia de error. Se abordan las características y riesgos de préstamo hipotecario **multidivisa** conforme a lo que señala la STS, de 30 de junio de 2015 , que lo considera un instrumento financiero derivado, de modo que está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores por lo que la entidad demandada debe cumplir los deberes de información que impone dicha Ley. En concreto, se hace alusión a que dicha STS señala 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 ". A partir de la prueba practicada, se tiene por acreditado que la sociedad actora es una sociedad patrimonial de mera tenencia de bienes, en concreto, de la vivienda habitual de su socio único y administrador, el Sr. Jose Daniel , que gravó con la **hipoteca** en garantía del préstamo objeto de litigio; del local donde aquél ejerce su actividad empresarial de soldadura de plástico a través de otra sociedad, y del local para cuya adquisición solicitó el préstamo hipotecario litigioso, que fue destinado a la actividad empresarial de gimnasio ejercida por sus hijos; la actora es titular de dichos bienes inmuebles, si bien no ejerce ninguna actividad económica, como lo corrobora que no esté dada de alta en el I.A.E., según su gestor; se trata de un cliente minorista, pues no reúne los rigurosos requisitos que la Ley del Mercado de Valores exige para ser considerado cliente profesional, pero no puede considerarse que sea consumidor, pues el préstamo hipotecario fue destinado a adquirir un local para ejercer en él una actividad empresarial, aunque no fuera por ella ejercida, como reconoció en juicio su legal representante. Se señala que, según la STS de 3 de junio de 2016 (364/2016), partiendo de la doctrina contenida en la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14 ), citada ("A tal efecto, el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio"(apartados 21 a 23))), se considera que "para decidir si el contrato está sujeto a la normativa de consumidores, lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante". Como recuerda la sentencia del TS de 30/6/2015: "ser cliente minorista implica una presunción de falta de conocimiento de los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las empresas de inversión. Pero no significa, como pretenden los recurrentes, que el cliente sea necesariamente un "ignorante financiero", pues puede ocurrir que clientes que no reúnan los rigurosos requisitos que la normativa MiFID exige para ser considerado como cliente profesional tengan, por su profesión o experiencia, conocimientos profundos de estos instrumentos financieros complejos que les permitan conocer la naturaleza del producto que contratan y los riesgos asociados a él, incluso en el caso de no recibir la información a que la normativa MiFID obliga a estas empresas." Se señala que la actora -su administrador- no es cliente experto, pues el sr. Jose Daniel es una persona con estudios básicos, sin conocimientos ni experiencia financiera en productos de riesgo. En cuanto a la información escrita precontractual, no se aporta ninguna, ni un folleto firmado por el cliente ni una oferta vinculante del préstamo hipotecario **multidivisa** ni simulaciones sobre su funcionamiento, como



hace la sra. Covadonga en su email si bien tres meses después de la firma, ni sobre los posibles escenarios favorables y adversos respecto tanto de las cuotas como del capital prestado; la parte demandada aporta de documento 9 un folleto informativo genérico sobre el préstamo hipotecario **multidivisa** en el que se vende como un préstamo hipotecario para adquirir tu casa olvidándote del Euribor y beneficiándote del cambio entre divisas, información que debe considerarse absolutamente parcial, confusa, errónea y falsa. La información contractual tampoco cumple la exigencia normativa expuesta pues no se describe ni el funcionamiento ni los riesgos de una forma clara y entendedora. Bien al contrario hay cláusulas poco claras que generan confusión. En cuanto a la información precontractual prestada verbalmente, se ha resuelto que no puede considerarse probado que ni el sr. Claudio ni el sr. Constancio explicaran con el detalle expuesto los riesgos y sobre todo el alcance y consecuencias que en la práctica podía suponer el préstamo hipotecario **multidivisa** en las cuotas y en la deuda principal global, pues la parte actora niega que fueran así informados, sin que concurran elementos suficientes para dar mayor credibilidad al testigo sr. Constancio que al legal representante de la actora; por otro lado, en la escritura pública de préstamo hipotecario **multidivisa** no se informa con claridad, precisión y de forma comprensible de los riesgos que entraña dicha operación y especialmente que lo que puede suponer una apreciación constante de la divisa del préstamo para las cuotas de amortización pero sobre todo para el capital adeudado -una aumento del capital a devolver en relación con el prestado sin límite-. Con esta exigible información, el cliente podría haber valorado la adecuación del producto y sus ventajas en relación con sus relevantes riesgos. No se trata tanto de exigir al banco que informara sobre la predicción de la fluctuación del tipo de cambio de la divisa sino que informara de lo que podía suponer en la práctica concreta la depreciación del euro frente al yen, lo que no puede considerarse que hiciera; se trataba de un producto de alto riesgo que requería de un minucioso seguimiento de las variables que principalmente afectaban a la operación, el tipo de interés y el tipo de cambio de la divisa. Se concluye que la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores, en concreto las relativas a informar al cliente, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaba contratando. Se señala que, a tenor de la sentencia del TS de 30/6/2015: "11.- Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero , y 716/2014 de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error; también ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros ( sentencia núm.207/2015, de 23 de abril)". Se señala que, en el caso de autos ni hubo la suficiente información ni puede concluirse que el cliente pueda considerarse un experto por tenerlos conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, pues el sr. Jose Daniel es un hombre con estudios básicos, dedicado a la soldadura de plástico, sin experiencia financiera ni conocimientos bancarios ni financieros. En definitiva, existió una falta de información precisa, correcta y adecuada por parte de la entidad demandada acerca de las características, funcionamiento y sobre todo de los riesgos del préstamo hipotecario **multidivisa**. Ello dio lugar a una incomprensión por parte del cliente minorista y no experto en productos financieros de la cláusula **multidivisa**, su alcance y consecuencias, que supuso un error a la hora de prestar su consentimiento con aptitud suficiente para invalidarlo. En consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1300 y siguientes del CC, procede declarar la nulidad parcial de la escritura pública de préstamo hipotecario con afianzamiento.

La demandada apelante solicita la revocación de la sentencia y la desestimación de la demanda.

La actora apelada se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia.

**SEGUNDO.**- La apelante funda su recurso en: a) la caducidad de la acción de anulabilidad; b) la condición de sociedad mercantil del demandante y el destino del préstamo; c) la errónea valoración e interpretación de la prueba, basada en razonamientos ilógicos y contrarios a la evidencia de la prueba objetiva; d) el cumplimiento de BANKINTER de los deberes de información; e) el carácter esencial de las cláusulas del contrato relativas a las divisas y la imposibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato, y f) la aplicación de los preceptos del Código Civil relativos al vicio del consentimiento, con inexistencia de error en el consentimiento.

Viene, pues, a reiterar los argumentos de la contestación, no sin antes alegar que, en la sentencia se valora en exceso y en contra de la demandada el dictamen pericial propuesto por la actora, cuando, como recuerda la SAP



Lleida, sección 2ª, de 23 de noviembre de 2018, acerca de "la valoración de la prueba pericial (...) con arreglo a reiterada doctrina jurisprudencial la valoración de la prueba pericial es función privativa de los juzgadores de instancia, sujeta a las reglas de la sana crítica ( art. 348 de la LECivil), debiendo respetarse su criterio valorativo salvo que tergiversarse ostensiblemente las conclusiones periciales, falsee de forma arbitraria sus conclusiones o extraiga conclusiones absurdas o ilógicas ( SSTS 31-1-1992, 12-6-1999, 14-10-2000, 2-2-2001, 17-5-2002, 15-4-2003, 3-5- 2004, 19-12-2005 y 10- 11-2006, entre otras muchas), resultando de esta misma doctrina que los resultados de la prueba pericial son de libre apreciación por el juzgador de instancia."

Se hace preciso poner de relieve que la sentencia de primera instancia ha procedido a la resolución del caso partiendo de la naturaleza, características y riesgos del préstamo hipotecario **multidivisa** señalados en la STS, del Pleno, de 30 de junio de 2015 , donde se razona lo siguiente: " La Sala considera que la "**hipoteca multidivisa**" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley . Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores , en relación al art. 2.2 de dicha ley ." Y el recurso de apelación fue presentado el 16 de junio de 2017.

Sin embargo, con posterioridad, tras haber recaído STJUE de 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16 , caso Andriuc), fue dictada la STS, del Pleno, de 15 de noviembre de 2017 , que sienta jurisprudencia en el sentido siguiente:

" El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio

1.- La sentencia 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). Estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago) (apartado 56). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (apartado 57).

Tampoco estarían comprendidas en el concepto de "negociación por cuenta propia" al que se refiere la sección A, punto 3, del anexo I de la Directiva MiFID (apartado 58) ni forman parte de la categoría de "servicios auxiliares" del anexo I, sección B, de la Directiva MiFID (apartado 62), pues esto solo sucedería si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación (apartado 63) y tales operaciones de cambio no están vinculadas a un servicio de inversión (apartado 67), ni se refieren a uno de los instrumentos financieros del anexo I, sección C, de dicha Directiva (apartado 68).



Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71).

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)."

(...)

7.- Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial ). Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio , del pleno de esta sala, y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.

8.- Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria.

Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso Banif Plus Bank.

(...)

13.- La jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE.

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."

En relación con la distinción entre el control de incorporación y el control de transparencia, la STS, Sala 1ª, de 28 de mayo de 2018 (314/2018) recuerda lo siguiente:

" El control de incorporación de las condiciones generales de la contratación

Planteamiento :

1.- En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 5.5 y 7 b) LCGC y la doctrina jurisprudencial que los interpreta.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la parte demandante, al ser una sociedad mercantil, no tiene la cualidad legal de consumidora, por lo que en el contrato no puede realizarse un control de transparencia, sino únicamente de incorporación . Y para eludir dicha imposibilidad legal, la sentencia recurrida, bajo la apariencia de realización de un control de incorporación , realiza realmente un control de transparencia cualificado.

Decisión de la sala :

1.- El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato.

2.- La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5 para establecer los requisitos de incorporación ; y en el art. 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

Conforme al art. 5, en lo que ahora importa:

a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes.

b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del art. 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que:

a) El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si ello fuera necesario conforme al art. 5.

b) Sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

3.- En la práctica, se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC; y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo , consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación , previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.



*En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.*

*4.- Pues bien, la cláusula litigiosa sí supera el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción (...)*

*La sencillez y claridad exigible a la cláusula depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual. Si hay que prever unas condiciones para las distintas fases del contrato o hacer previsiones para el caso de que dejen de publicarse los índices de referencia, etc., no puede exigirse la sencillez y claridad de las condiciones generales de otros contratos más simples (por ejemplo, algunas compraventas). La exigencia de claridad y sencillez en las condiciones generales no puede determinar que las relaciones contractuales pierdan matizaciones o complejidad, salvo casos patológicos de complejidad innecesaria buscada para provocar confusión en el adherente. Sino que lo exigible es que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual.*

*5.- Lo que la sentencia recurrida hace no es realmente un control de incorporación, sino un control de transparencia, tal y como ha sido definido por la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, pues al incidir en que la cláusula está enmascarada entre una multiplicidad de datos, lo que dificulta su efectivo conocimiento y comprensión de su alcance por el adherente, a lo que se está refiriendo es a la comprensibilidad de la carga jurídica y económica de la condición general de la contratación. Lo que es ajeno al control de incorporación y propio del control de transparencia.*

*El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerne Rábai; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso Matej; y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso Van Hove), 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.*

*Como venimos diciendo hasta la saciedad, el control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula."*

**TERCERO.** - Sentado lo anterior, ya hemos expuesto que la sentencia de primera instancia ha resuelto conforme a la jurisprudencia entonces vigente, a partir de los argumentos vertidos en la demanda y en la contestación. Pero el cambio jurisprudencial producido conduce, inexorablemente, a que debamos estar a la jurisprudencia vigente, puesto que, como señala la propia STS, Pleno, de 15 de noviembre de 2017 citada, la misma es consecuencia de que "Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial)".

Por lo demás, como señala la citada sentencia, "la Audiencia Provincial no modifica los hechos fijados en la primera instancia. Lo que realiza es una nueva valoración jurídica de los mismos".

Como señala, al respecto, la Sentencia de la Sección 15ª de esta Audiencia de 5 de diciembre de 2018:

*" 6.- La sentencia de primera instancia, siguiendo la línea jurisprudencial vigente en aquel momento ( SSTs de 7 de julio de 2015 -nº 376/2015 - y de 10 de septiembre de 2014 -nº 460/2014 ), considera que el contrato de préstamo **multidivisa** es un producto financiero complejo, hace referencia a la normativa sobre la Ley del Mercado de Valores sobre productos complejos - normativa que incorpora las Directivas comunitarias sobre información en mercados y productos financieros (Directivas MiFID) - y acude a la teoría de los vicios de consentimiento para anular, parcialmente, alguna de las cláusulas del contrato, en concreto las que se refieren a la incidencia que en el préstamo tiene la contratación en divisas, para concluir que el préstamo debe considerarse referenciado en todo momento a euros.*

*(...)*

*7.- El criterio del Tribunal Supremo español, en la que se sustenta la sentencia recurrida, tuvo que ser modificada posteriormente, como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así, en la STS de 15 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3893), el Tribunal Supremo adapta su jurisprudencia*





a la del TJUE, abandona el criterio de anular las cláusulas por considerarlas un producto financiero complejo y resuelve la controversia al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y la jurisprudencia que la desarrolla tanto interna como europea, con especial referencia a la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:703), el denominado Caso Andriuciu.

8.- Concluyendo, la sentencia de primera instancia no pudo tener en cuenta el cambio jurisprudencial del Tribunal Supremo español y resolvió conforme a los parámetros que en la fecha de la sentencia se adecuaban al criterio vigente en aquel momento.

9.- El artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) al referirse al principio de congruencia de las sentencias concluye que: "El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes."

Por otra parte, en este concreto supuesto, en el suplico de la demanda presentada se peticiona la nulidad parcial, en relación con determinadas cláusulas contractuales, en concreto, con los contenidos relativos a la opción divisa o **multidivisa**, nulidad parcial fundada, básicamente, en la inexistencia de consentimiento (nulidad radical) -acción desestimada- y en el error como vicio del consentimiento derivado de la falta de información que se atribuye a la parte demandada (anulabilidad). Pero, dado el cambio jurisprudencia producido, la Sentencia de la Sección 15ª de esta Audiencia de 7 de mayo de 2018, si bien en relación con un consumidor, señala lo siguiente:

"La nulidad debe analizarse desde la perspectiva del control de transparencia y de las abusividad de las cláusulas, dado que el error o el dolo como vicio del consentimiento, al afectar al objeto del contrato o a sus elementos esenciales, determina la nulidad del propio contrato. En nuestra Sentencia de 22 de enero de 2018 (Rollo 135/2017) hemos dicho al respecto lo siguiente:

"Si lo que la demanda pretende es la nulidad de una concreta estipulación, no la nulidad del contrato de préstamo, creemos que lo razonable no es examinar esa cuestión desde la perspectiva de los vicios en el consentimiento, que es más propia del examen de la validez del negocio jurídico que de la que corresponde al examen de la validez de sus concretas estipulaciones. Y, como indica el art. 9.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), es la nulidad de una condición general lo que puede determinar la nulidad del contrato, cuando afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil. Si bien en este caso estamos hablando de los efectos de la nulidad de la estipulación que pueden determinar también la del contrato. Pero ello no autoriza a poder aplicar, al menos de forma directa, la doctrina de los vicios del consentimiento al examen de la validez de las condiciones generales, ya que se trata de una doctrina sobre la validez del negocio jurídico."

Asimismo, la SAP Valencia, sección 9ª, de 7 de mayo de 2018 señala lo siguiente:

"La jurisprudencia admite desde antiguo la "compatibilidad de la concurrencia en un mismo acto o negocio jurídico de pactos válidos y de pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio" y que la "nulidad parcial (que) no lleva consigo la nulidad total del contrato" (sirvan de ejemplo, la STS de 11 de marzo de 1985, Pte: Vega Benayas, o la STS de 28 de febrero de 1991, Pte: Burgos y Pérez de Andrade; y la más reciente STS de 22 de diciembre de 2008, Pte: Xiol Ríos, entre otras).

Pero prestado el consentimiento al contrato en su conjunto, no cabe alegar que hubo un vicio del consentimiento únicamente respecto a una parte; la nulidad parcial no puede ser aplicada en los supuestos de vicios de la voluntad.

En este sentido, pueden citarse la STS de 3 de junio de 2016, Pte: Sancho Gargallo, nº 380/16, para la que no procede la nulidad por error vicio de una cláusula de un contrato de préstamo que incorpora un derivado; también la STS de 1 de julio de 2016, Pte: Sancho Gargallo, nº 450/16, que aprecia incongruencia si se pide la nulidad de todo el contrato por error y se declara nulidad parcial; la STS de 2 de febrero de 2017, Pte: Sancho Gargallo, nº 66/17, también sobre derivados financieros en contrato de préstamo, insiste en que la nulidad por error como vicio del consentimiento debe conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato, y no sólo de la cláusula que contiene un derivado implícito; y la STS de 17 de febrero de 2017, Pte: Sancho Gargallo, reitera la anterior doctrina.

En la Audiencia Provincial de Valencia, y con ocasión de un contrato de préstamo hipotecario en divisas (**hipoteca multidivisa**), la SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 20 de diciembre de 2017, Pte: Caruana Font de Mora, Rollo 1120/2017, declara lo siguiente:

"... un vicio estructural en el contrato, causa de un error en el consentimiento, no puede derivar jurídicamente a una nulidad parcial del contrato, porque el consentimiento no puede seccionarse parte válido y parte viciado,



*sino que debe acarrear la nulidad plena o ineficacia del contrato como está reiterado por el Tribunal Supremo de la que se cita por reciente la sentencia de 2/2/2017 que explicita:*

"4. Aunque el incumplimiento de los deberes de información sí podría tener incidencia en la apreciación del error vicio, la nulidad por este vicio del consentimiento debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no sólo de la cláusula que contiene un derivado implícito. Y en este sentido nos hemos pronunciado en otras ocasiones, por ejemplo, en la sentencia 450/2016, de 1 de julio :

(C)omo hemos recordado recientemente con motivo de un recurso en el que se había pretendido la nulidad por error vicio de las cláusulas relativas al derivado financiero de un contrato de préstamo, no cabía la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio ( Sentencia 380/2016, de 3 de junio ). Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato".

*Por ello, resulta igualmente desacertada la construcción técnico jurídico que hace la sentencia recurrida sobre la caducidad de la acción, porque se fundamenta en el artículo 1301 del Código Civil , propio del ámbito de nulidad de la contratación por negociación, a causa de tal vicio, cuando ya se ha expuesto que no es aplicable la normativa del mercado de valores, ni se pretende ni persigue la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria".*

El cambio de criterio jurisprudencial expuesto conduce, pues, a otro enfoque de la cuestión, lo que, como señala la Sentencia de la Sección 15ª de esta Audiencia de 18 de octubre de 2018, "determina, en todo caso, que no pueda prosperar la excepción de caducidad de la acción del artículo 1301 del Código Civil, dado que la acción de nulidad por falta de transparencia no está sujeta a ese plazo de caducidad."

En cualquier caso, en el cuerpo de la demanda, partiendo como parte la actora de que tiene la cualidad de consumidor, se alude a la STJUE de 30 de abril 2014 (interpretación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13), en cuanto a que una cláusula contractual debe redactarse de forma clara y comprensible para el cliente, siendo que esa obligación no se agota con que la misma lo sea desde el punto de vista gramatical, sino que ha de suponer la exigencia de que exponga de manera transparente el funcionamiento completo del mecanismo de conversión de la divisa extranjera a la que se refiere la cláusula, así como la relación entre ese mecanismo y lo establecido en otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de manera que el consumidor pueda conocer y evaluar, sobre la base de criterios precisos, claros, sencillos y comprensibles, cuáles son para él la consecuencias económicas que el contrato le va a suponer. Se alude, asimismo, a lo criterios establecidos por la STS de 9 de mayo de 2013 para estimar que una cláusula contractual es clara y comprensible. Se hace también referencia a lo dispuesto en el art.83 LGDCU, y a lo dispuesto en el art.6 LCGC en cuanto a que las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente, en el art.7 LCGC en cuanto a la no incorporación de condiciones generales, y en el art.10 LCGC, que dispone que "1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. 2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo." La actora alude, finalmente, al art.6 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

**CUARTO.-** Llegados a este punto, en el presente supuesto, la sentencia de primera instancia establece que la sociedad actora tiene la condición de minorista, pero no la de consumidor. La apelante discrepa en su recurso de que la actora tenga, incluso, la condición de minorista. Y cabe entender que la actora se ha aquietado a ese pronunciamiento de que no es consumidor, pues no ha impugnado la sentencia, de modo que debemos partir de la premisa de que la sociedad actora no ostenta la cualidad de consumidor.

Ello redunda en el nuevo enfoque de la cuestión, que no podrá tener tampoco lugar por la vía del control de transparencia.

Así, recientemente, la STS, Sala 1ª, de 5 de octubre de 2018 (548/2018), en relación, precisamente, con un no consumidor, señala lo siguiente:

*" En el presente caso, como resalta la sentencia recurrida, la cláusula cuestionada se insertó en un contrato de ampliación del préstamo hipotecario al que no resulta de aplicación la normativa protectora de consumidores, porque quien contrata con el empresario no tenía la condición de consumidor, en la medida en que la ampliación del préstamo iba destinada a la adquisición de la mitad del capital social de una sociedad mercantil.*

*Conforme a la jurisprudencia, para que resultara de aplicación el pretendido control de transparencia sobre la cláusula cuestionada sería necesario que el prestatario tuviera la condición de consumidor en el contrato de ampliación del préstamo al que se incorporó la cláusula ( sentencias 367/2016, de 3 de junio , 30/2017, de 18*



de enero , 41/2017, de 20 de enero , 57/2017, de 30 de enero , 587/2017, de 2 de noviembre , 639/2017, de 23 de noviembre , y 414/2018, de 3 de julio )."

La STS, Sala 1ª, de 30 de enero de 2017 , que recoge la jurisprudencia sobre la cuestión, entre ella la contenida en la STS, del Pleno, de 3 de junio de 2016 , señala al respecto lo siguiente:

" TERCERO.- Primer y segundo motivos de casación. Inaplicación de los controles de transparencia y abusividad a contratantes no consumidores. Planteamiento.

1.- El primer motivo del recurso de casación se plantea al amparo del art. 477.1 LEC , por infracción del art. 80 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (en adelante, TRLGCU), por cuanto la sentencia recurrida ha sometido al control de transparencia una condición general de la contratación utilizada en un contrato entre empresarios, cuando dicho control solamente es aplicable en contratos celebrados con consumidores.

2.- El segundo motivo, formulado también conforme al art. 477.1 LEC , denuncia infracción del art. 8, apartados 1 y 2, LCGC, en relación con la jurisprudencia establecida en la sentencia del Pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo .

3.- En el desarrollo de ambos motivos se argumenta, resumidamente, que Garaje Santa Inés no tiene la cualidad legal de consumidor , por lo que como estableció la sentencia de esta Sala 241/2013 , el contrato en que dicha entidad fue parte no puede ser objeto de control de transparencia, que queda reservado para los contratos en que el adherente es un consumidor . Además, la cláusula de intereses afecta a los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), por lo que tampoco puede ser objeto de control de contenido.

4.- Dada la evidente conexión entre ambos motivos, se resolverán conjuntamente.

CUARTO.- Consideraciones previas. Una sociedad mercantil que actúa en su ámbito empresarial no puede ser consumidora. Los contratos de préstamo no se rigen por la normativa MiFID.

1.- Aunque la Audiencia Provincial afirma que una sociedad mercantil, como la actora, puede ser considerada consumidora si actúa para financiarse, ello no tiene respaldo legal. En efecto, tanto conforme al art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, bajo cuya vigencia se firmó el primer contrato, como a tenor del art. 3 del TRLGCU, que ya estaba en vigor cuando se firmó el segundo, las personas jurídicas que actúan en su ámbito profesional o empresarial con ánimo de lucro no tienen la cualidad legal de consumidores. Como la finalidad perseguida con la operación sometida a enjuiciamiento, un préstamo mercantil con garantía hipotecaria, era refinanciar la actividad empresarial de una sociedad limitada, de la que se predica legalmente el ánimo de lucro ( art. 116 CCom ), resulta claro que dicha sociedad, Garaje Santa Inés S.L., no intervino en el contrato como consumidora, por lo que no le resulta aplicable la legislación protectora de dicho tipo de sujetos.

2.- Del mismo modo, tampoco puede compartirse la conclusión de la sentencia recurrida relativa que a la operación controvertida se le aplique la normativa MiFID, puesto que los contratos de préstamo no se encuentran dentro del ámbito objetivo de dicha regulación, según se desprende inequívocamente de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros y de la Ley del Mercado de Valores. Ni el préstamo es un contrato de inversión o un instrumento financiero, conforme a las definiciones contenidas en el anexo I de la Directiva, ni el banco actúa en dicho contrato como empresa de servicios de inversión.

QUINTO.- El control de las condiciones generales de contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. Caracterización legal y jurisprudencial.

1.- La doctrina general sobre este tema ha sido formulada por la sentencia del Pleno de esta Sala 367/2016, de 3 de junio , en la que se compendian todos los pronunciamientos previos. Como decíamos en esa resolución, la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade:

"Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios".

Sin embargo, lo expresado en la exposición de motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que, suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores.



2.- A su vez, la Sentencia de esta Sala 241/2013, de 9 de mayo, como no podía ser menos dada la meritada previsión legal, rechazó expresamente en su fundamento jurídico 233 c) que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero igualmente en el fundamento jurídico 201 recordó que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, al decir:

"En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC -"[i]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"-".

Esta diferencia de tratamiento según el adherente sea o no consumidor la han resaltado también, en similares términos, las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; y 688/2015, de 15 de diciembre. Esta última, además, respecto de la caracterización del control de las condiciones generales de la contratación en contratos entre profesionales, afirmó que:

"[i]a exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del art. 7 b) LCGC no alcanza el nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con consumidores".

(...)

Y en fin, la sentencia 227/2015, de 30 de abril, estableció:

"[e]n nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente"

[...]

"las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC".

*SEXO.- Imprudencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores.*

1.- Excluida la posibilidad del control de abusividad en contratos en que el adherente no es consumidor, la antes citada sentencia 367/2016, de 3 de junio, afrontó el problema de si les era aplicable el denominado control de transparencia, conocido también como segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.

2.- Como concluimos en dicha sentencia de Pleno, tal control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación (sentencias de esta Sala 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 241/2013, de 9 de mayo; 638/2013, de 18 de noviembre; 333/2014, de 30 de junio; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril; y 705/2015, de 23 de diciembre).

Como recordamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, ya dijimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 138/2015, de 24 de marzo, que este doble control de transparencia consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical:

"[c]onforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con



sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

3.- Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Conexión entre transparencia material y abusividad que ha sido resaltada por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), al decir en su párrafo 49 que: "el control de la transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13". Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia material en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

4.- Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un tertium genus que no ha sido establecido legislativamente, pues no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.

5.- Razones por las cuales, reiterando la jurisprudencia ya expuesta, deben estimarse estos dos primeros motivos de casación.

SÉPTIMO.- Tercer motivo de casación. La buena fe como parámetro de interpretación contractual.

Planteamiento:

1.- El tercer motivo de casación se formula también al amparo del art. 477.1 LEC, por infracción del art. 8.1 LCGC, en relación con el art. 1258 CC.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, sintéticamente, que el art. 1258 CC es una norma de integración del contenido contractual, que no puede utilizarse para trasladar el contenido del art. 82.1 TRLGCU al régimen de nulidad de las condiciones generales en contratos entre empresarios.

Decisión de la Sala:

1.- Decíamos en la tan citada sentencia 367/2016, de 3 de junio, que vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los arts. 1258 CC y 57 CCom establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el art. 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc- se derivan de la naturaleza del contrato).

2.- En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre; 1141/2006, de 15 de noviembre; y 273/2016, de 23 de abril). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho



Europeo de los Contratos ("Comisión Lando"), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiéndose por tales las que "causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato" (art. 4:110,1); y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que "concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible", ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, porque en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación.

(...)

Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.

Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente."

Recapitulando, conforme a la jurisprudencia citada, en el caso de un no consumidor, el análisis de la nulidad no puede tener lugar siquiera con el enfoque de la transparencia. Además, en caso que se supere el control de incorporación, solo es posible expulsar del contrato las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, en cuanto que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato, de modo que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. El art. 1258 CC dispone que "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley", y actúa frente a los llamados pactos calificados de sorprendentes.

Concretamente, en relación con el control de incorporación, la SAP Asturias, sección 7ª, de 8 de mayo de 2017 señala:

" De igual modo, debe tenerse presente la distinción entre control de incorporación y de transparencia, a cuyos efectos, esta Sala de forma reiterada (así sentencias de 4 de noviembre o de 1 de diciembre de 2015) al analizar tanto la jurisprudencia del TJUE como las Sentencias de Tribunal Supremo, concluye que deben diferenciarse ambos aspectos, incorporación y transparencia, y así respecto de lo que es el control de incorporación la LCGC, en principio, exige para que se consideren incorporadas al contrato que las condiciones generales sean claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía. Y, además, a efectos de la incorporación de las condiciones generales al contrato, la LCGC no distingue en función de los contratantes, en cuanto si se trata de empresarios o no. Los requisitos de incorporación se aplican a todos los contratos por igual. Así respecto de lo que es el control de incorporación ya la STS de 9 de mayo de 2013 señalaba control de incorporación, atiende a una mera transparencia documental o gramatical, señalando que "la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas", y así se precisa en la STS de 25 de febrero de 2015 que "no basta que se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC)" y la STS de 29 de abril de 2015 reitera que el control de incorporación atiende a una mera transparencia documental o gramatical. Ente mismo sentido se pronuncian las STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo **multidivisa**, afirma 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) y reitera la STJUE de 23 de abril de 2015, no basta con que "la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical".

En esta misma línea, ahonda la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, en la que se vuelve a reiterar, que "En el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar -arts. 5 y 7 LCGC), pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente."

Pues bien, en este supuesto, este Tribunal considera que las condiciones generales relativas a la opción divisa o **multidivisa** que aparecen en el contrato superan el control de incorporación en el sentido expuesto, aparecen explicitadas en la escritura pública suscrita por la actora, que, por lo demás, se denomina "PRÉSTAMO EN DIVISAS CON GARANTÍA HIPOTECARIA Y AFIANZAMIENTO", y no cabe catalogarlas de sorprendentes en el sentido señalado, desde el momento en que el legal representante de la actora reconoció durante su interrogatorio que sabía que iba a suscribir un préstamo hipotecario en divisas (**multidivisa**), no otra cosa, y se reunió con empleados de la demanda para tratar de ella. Además, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios a la que alude la actora en la demanda, solo es aplicable a los clientes que sean personas físicas, no a las personas jurídicas como la actora (art. 2: "La presente orden será de aplicación a los servicios bancarios dirigidos o prestados a clientes, o clientes potenciales, en territorio español por entidades de crédito españolas o sucursales de entidades de crédito extranjeras. Se entenderá, a estos efectos, por clientes y clientes potenciales a las personas físicas").

Y, aunque es cierto que la actora alude en su demanda a la falta de claridad suficiente, se observa que, desde su perspectiva de considerarse consumidor, vincula, realmente, esa carencia a la transparencia en sentido jurídico, a "no superar el requisito de transparencia ni tampoco el de su comprensibilidad por el destinatario"; alude también en la demanda a que no fue informada de los riesgos -recogidos en el dictamen pericial que aportó-, y que "La lectura de la escritura no permite ni garantiza conocer con exactitud la carga económica ni jurídica resultante para el mismo y especialmente que el capital final a devolver está afectado por el tipo de cambio que en cada momento existiera entre el yen y el euro", referencia que aparece recogida en la STS, Pleno, de 15 de noviembre de 2017 en relación, precisamente, con la transparencia (fundamento de derecho 14: "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"), no con la incorporación. En definitiva, la actora basa su pretensión en la falta de información por parte de la demandada acerca de la naturaleza, características y riesgos de lo contratado, no en que lo efectivamente contratado, según el tenor de la escritura pública otorgada en fecha 5 de agosto de 2008, no reúna los requisitos de incorporación.

Por lo demás, la declaración del legal representante de la actora acerca de su conocimiento acerca de lo que contrató no es coincidente con las declaraciones de los testigos Sr. Constancio y Sra. Covadonga. El Sr. Jose Daniel, quien manifestó tener estudios básicos y no tener conocimientos financieros, reconoció -se reitera-, que sabía que iba a suscribir un préstamo **multidivisa**, y que le fue recomendado por su persona de confianza en la entidad bancaria demandada, el Sr. Claudio, quien le dijo que las cuotas le serían más baratas al devolver el capital, y que el único riesgo del que le informó es que podría variar el interés, pues, en alguna ocasión, podía subir o podía bajar, pero que era prácticamente lo mismo, si bien en yenes le salía más a cuenta. El Sr. Jose Daniel manifestó, asimismo, que sabía que una divisa es una moneda extranjera, así como que el préstamo estaba firmando en yenes, y que también sabía que una divisa está sujeta a un cambio continuo y periódico con respecto a la moneda nacional, que es el euro, es decir, que puede variar, aunque añadió que no se lo vendieron así. Dijo también que, al tiempo de la comercialización, el Sr. Claudio le dijo que el Banco cogía el dinero en euros y lo ingresaba en una cuenta en yenes, porque el dinero se lo prestaban en yenes, pero que luego no fue así, sino que cada mes él debe coger euros y comprar yenes; al no saber cómo iba, llamó a la demandada el primer mes después de la firma, sin haber aún tenido aún el problema; una persona le dio un código para hacerlo por Internet y no pagar una comisión, pero cada cuota era diferente, y la Sra. Rita (la testigo Sra. Covadonga), que trabaja con el Sr. Constancio, le explicó que cada mes variaba la cuota por el Líbor; luego, "a toro pasado", dijo que se había dado cuenta que por el euro se devalúa y por la revalorización del yen. Negó haber hecho seguimiento de la divisa por su cuenta.

Aparte de que la actora renunció antes del juicio a la testifical del citado Sr. Claudio, se reitera que dichas manifestaciones fueron contradichas por los testigos Sr. Constancio y Sra. Covadonga. El testigo Sr.

Constancio (gerente de la oficina durante veinte años) manifestó que, cuando la oficina 4161 del Sr. Claudio iba a cesar, la actora tenía con él una operación sin terminar y no se podía contabilizar en esa oficina, por lo que fueron a su oficina y mantuvo una entrevista con el Sr. Jose Daniel, para evaluar las características de la operación y ver si se ajustaba a lo deseado por el cliente. Dijo que se vieron varias veces, con la operación ya organizada; hablaron de los riesgos del producto, pues dijo que es necesario hablar de ello, y que le pareció que el Sr. Jose Daniel era una persona "puesta" y con conocimientos para estar atento a los movimientos que pudiera tener el mercado; en ese momento, era una cuota muy ventajosa con la operación que demandaba. Dijo haber evaluado esa operación, y añadió que era el agente de la demandada con más operaciones financieras de toda España, que es muy restrictivo cuando conllevan riesgos más allá de lo que son los tipos de interés (solo un 1% de la cartera hipotecaria en divisas), y que todos los clientes tienen perfil de conocimiento suficiente para poder manejarse en esos temas, siendo la primera vez que se encontraba en una situación así. Manifestó que el Sr. Claudio preparó la documentación necesaria para poder formalizar la financiación, y que él evaluó la idoneidad del cliente, si tenía conocimientos necesarios para poder desenvolverse en esa operativa, y quedó confirmada; de hecho, el cliente abrió una cuenta en divisas, hace las compras de divisas, etc. Dijo que le informó de que, aparte de informarle del riesgo de contravalor entre euros y yenes, le informó de que la propia operativa permite desvincularse cada mes con un preaviso de tres a cinco días y volver a euros, sin pagar comisión, pero que el cliente nunca hizo el cambio de divisa, para que la pérdida fuera muy inferior. Dijo que el cliente no le manifestó su preocupación al poco de la firma de la operación, y que el hecho de no poder pagar no fue por el tema de la operación, sino porque tenía dificultades económicas con el negocio, que le dijo no llegó a montar finalmente; los negocios no le iban bien. Dijo que no es un producto complejo, sino que solo te tienes que ocupar, y que vio a un empresario que se desenvuelve, que tiene patrimonio, y que conoce cómo cotizan las divisas. Precisó que abrir una cuenta en yenes no es obligatorio, normalmente no se hace, pero que se abrió a petición del Sr. Jose Daniel, por su propio interés.

La testigo Sra. Covadonga (dijo que trabaja para la oficina 3893, de "Red Agencial", que es agente financiero que trabaja para BANKINTER, con contrato de trabajo como "Red Agencial") manifestó que ella no comercializa, sino que es administrativa, que prepara los documentos para hacer una **hipoteca**, por ejemplo, que aclara alguna duda, en su caso, y que, en este caso, le dieron ya la **hipoteca** para presentarla. Entró en contacto con la actora el día de la firma, no antes; después de la firma, al principio, mantuvo comunicación por correo electrónico, respondiendo a preguntas del Sr. Jose Daniel sobre la cuota, quien no entendía el extracto, pues estaba en yenes y debía pagarse en yenes, y el Sr. Jose Daniel quería saber exactamente la cuota por anticipado, cuando, hasta el día en que le pasaban la cuota, no se podía saber. Manifestó que pidió una **hipoteca multidivisa** en yenes, por lo que debía devolver en yenes, y los euros de su cuenta debía convertirlos en yenes, lo que tenía una comisión de 15 euros cada mes, razón por la cual abrió una cuenta en yenes, para poder ahorrarse esa comisión, aunque podía tener una cuenta en euros vinculada al préstamo. Dijo que el Sr. Jose Daniel hacía un seguimiento de la divisa y de su fluctuación con respecto al euro, pues compraba para tener los yenes en la cuenta de yenes el día de pago de la cuota, y que no le reclamó porque el contravalor subiera, sino que eran consultas de tipo operativo, como, por ejemplo, dónde podía comprar, decidiendo luego él por su cuenta.

Por su parte, el perito de la actora, el Sr. Candido, aclaró durante el juicio que, con una **hipoteca multidivisa** se puede tener el beneficio de llegar a pagar la mitad, por ejemplo, o bien tener una gran pérdida, y que él echa de menos información previa al respecto. Pero ello, en su caso, tendría que ver con el control de transparencia.

En definitiva, en atención a los razonamientos expuestos en la presente resolución, este Tribunal considera procedente la estimación del recurso y la revocación de la sentencia recurrida, con imposición a la actora de las costas de primera instancia.

**QUINTO.-** Por imperativo del art.398 LEC, dada la estimación del recurso de apelación interpuesto por la demandada, no procede hacer un pronunciamiento expreso en cuanto a las costas procesales de segunda instancia.

Vistos los artículos citados, así como los de general y pertinente aplicación.

## FALLO

Con estimación del recurso de apelación interpuesto por BANKINTER, S.A. contra la sentencia dictada en fecha 15 de mayo de 2017 por la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 34 de Barcelona, debemos REVOCAR la citada resolución, y, en su consecuencia, DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a BANKINTER, S.A. de los pedimentos formulados en su contra, con imposición a la actora INMOBLES EOLO, S.L. de las costas de primera instancia.

No procede hacer un pronunciamiento expreso en cuanto a las costas de segunda instancia.





Se acuerda la devolución de la cantidad depositada por la demandada para recurrir.

Esta resolución es susceptible de recurso de extraordinario de infracción procesal y de recurso de casación por interés casacional, mediante escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de veinte días desde su notificación, siempre que concurran los requisitos legales para su admisión, de acuerdo con la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese, y firme que sea esta resolución devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ