



Roj: SAP M 10133/2015 - ECLI:ES:APM:2015:10133  
Id Cendoj: 28079370132015100259  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Madrid  
Sección: 13  
Nº de Recurso: 601/2014  
Nº de Resolución: 255/2015  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: CARLOS CEZON GONZALEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimotercera

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933911

37007740

**N.I.G.:** 28.079.42.2-2013/0055913

**Recurso de Apelación 601/2014**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 60 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 418/2013

**APELANTE:** D./Dña. Socorro

PROCURADOR D./Dña. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

**APELADO:** BAKINTER S.A. y BANKINTER S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

**SENTENCIA Nº 255/2015**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA :**

**ILMO. SR. PRESIDENTE**

D. MODESTO DE BUSTOS GÓMEZ RICO

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS**

D. CARLOS CEZON GONZÁLEZ

D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

Siendo Magistrado Ponente **D. CARLOS CEZON GONZÁLEZ**

En Madrid, a diez de julio de dos mil quince. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre nulidad de contrato, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 60 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelante Dª. Socorro , representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y asistida del Letrado D. José Mª Escat Sánchez, y de otra, como demandada-apelada BANKINTER, S.A, representada por la Procuradora Dª. Rocío Sampere Meneses y asistida de Letrada Dª. Patricia Borrás Cebián.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Por el Juzgado de Primera Instancia Sesenta de los de Madrid, en el indicado procedimiento de juicio ordinario 418/2013, se dictó, con fecha 10 de junio de 2014, sentencia con Fallo del siguiente tenor:

"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda planteada por el procurador Don Ramón Rodríguez Nogueira, obrando en la representación procesal de Doña Socorro frente a la entidad Bankinter y absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas por la actora, sin expresa imposición de costas".

**SEGUNDO.** Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la actora, doña Socorro .

**TERCERO.** Las actuaciones se registraron en esta Audiencia Provincial el **10 de octubre del pasado año** . Correspondió, por reparto, el conocimiento del recurso a esta Sección Decimotercera. Fue incoado el correspondiente rollo y se asignó ponencia, con arreglo a las normas preestablecidas al efecto. Se señaló para la DELIBERACIÓN, VOTACIÓN y FALLO del recurso el día 1 de julio de este año y dicho día fue examinada y decidida la apelación por este Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** El Tribunal acepta los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida, salvo el Cuarto (respecto a la nulidad parcial del contrato de préstamo).

**SEGUNDO. [-Uno.-]** El 22 de agosto de 2006 doña Socorro (como prestataria e hipotecante) y Bankinter S.A. (como prestamista) otorgaron en escritura pública un contrato de préstamo en divisa con garantía hipotecaria de 144.000 euros, por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España, que quedó inicialmente formalizado en 21.576.024 yenes -144.000 euros, contravalor en divisas a efectos informativos, sujeto a confirmación en el momento de la disposición- (cláusula financiera primera), debiendo el préstamo quedar totalmente pagado a los 20 años, contados a partir de la fecha de la escritura, en la divisa inicialmente pactada o en otra cotizada en España, por la que la prestataria, en los términos del contrato, hubiese optado por sustituir la divisa inicial o anterior al vencer cada período de amortización (cláusula financiera segunda y apartado D de la tercera -"Opción cambio de moneda y comunicaciones"-), debiéndose efectuar el pago a través de 240 cuotas mensuales de 101.793 yenes, ajustadas si se modificase el tipo de interés y la divisa o el tipo de interés o la divisa (cláusula financiera segunda). Se pactaron intereses consistentes en el LIBOR para depósitos en la divisa convertible de que se trate más un diferencial de 0,90 puntos, si el préstamo continuase en divisas, o Euribor a un mes más un diferencial de 0,40 puntos, si el préstamo se hubiese convertido a euros (cláusula financiera tercera).

Si el capital del préstamo fue un contravalor equivalente a 144.000 euros, las variaciones de cotización, en relación con el euro, experimentadas por el yen y otras divisas a las que doña Socorro cambió la operativa del préstamo, desde agosto de 2006, han dado lugar a que la deuda de capital de la prestataria, en febrero de 2013, llegase en enero de 2012 (préstamo en francos suizos por cambio de divisa) a 168.499 euros (superior al importe en euros del capital prestado) y ascendiese en febrero de 2013 (préstamo en euros por cambio de divisa) a 153.458,38 euros, igualmente por encima del capital prestado (anexo 1 del informe pericial de don Jose Pedro , documento 8 de los de la demanda, y apuntes correspondientes al 24-1- 12 y al 22-2-13 del extracto del documento 1 de los de la contestación, folio 158 de las actuaciones del Juzgado).

La primera cuota pagada (septiembre de 2006, préstamo en yenes) fue de 101.793 yenes (equivalente entonces a 691 euros); la cuota de febrero de 2012 (préstamo en francos suizos por cambio de divisa) fue de 1.578,75 francos suizos (equivalente entonces a 1.322,79 euros) y la cuota de febrero de 2013 (préstamo en euros por cambio de divisa) de 1.301,54 euros.

Doña Socorro ordenó los siguientes cambios de divisas (documentos 1 y 5 de los de la contestación a la demanda):

En marzo de 2008 de yenes a dólares americanos (USD).

En agosto de 2008. De USD a yenes.

En junio de 2010. De yenes a euros.

En abril de 2011. De euros a yenes.

En diciembre de 2011. De yenes a francos suizos (CHF).

En junio de 2012. De CHF a euros.

**[-Dos.-]** En abril de 2013 -vigente la amortización del préstamo- doña Socorro promovió demanda contra Bankinter S.A., interesando:

(-1.-) la declaración de nulidad y, subsidiariamente la anulabilidad de las cláusulas abusivas **Multidivisa** y sus consecuencias, del contrato firmado en fecha 22 de agosto de 2006 con la entidad financiera demandada

(-2.-) y, por lo tanto, la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las operaciones realizadas en divisas;

(-3.-) se condene a Bankinter S.A. a la restitución del préstamo hipotecario sin tener en cuenta las cláusulas abusivas declaradas nulas o anulables, recalculando, por lo tanto, el capital que se adeuda a fecha actual, una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados, tal y como sería un préstamo hipotecario absolutamente normal que se liquida en la moneda propia del país en el que se celebra dicho contrato, en euros,

(se concretó por la parte actora, en la audiencia previa, que las cláusulas del contrato de préstamo cuya nulidad, por abusivas, interesaba eran las cláusulas financieras primera -"Capital del préstamo"- y segunda -Amortización"-)

(-4.-) y declare, además, la nulidad de la cláusula séptima del capítulo de cláusulas de garantía, referida a la cesión del crédito.

Como existe en el contrato una cláusula de garantías personales séptima, precisamos que la actora se refiere a la cláusula de garantías reales séptima, cuyo tenor es el siguiente:

*"«BANKINTER, S.A.» queda autorizado para ceder los derechos derivados de esta escritura a las personas físicas o jurídicas que tengan por conveniente, o para afectar este préstamo hipotecario a emisiones de cédulas, bonos o participaciones hipotecarias, sin notificación previa a la parte prestataria".*

**[-Cuatro.-]** La nulidad de la operatividad en multidisivas del préstamo que se pretende se fundaba:

(-1.-) en defectuosa y parcial información proporcionada por la entidad bancaria a la prestataria, que fue determinante de un error invalidante del consentimiento de la actora ( artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y artículo 1265 del Código Civil , citados en la demanda; hechos tercero, cuarto, quinto y séptimo -"el error fue sustancial y el dolo de la demandada principal y omisivo..."- y fundamento de derecho VI del mismo escrito),

(-2.-) así como en la abusividad de determinadas cláusulas del contrato (la primera y segunda financieras, según precisión efectuada en la audiencia previa; cita en la demanda del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [en particular de su artículo 65] y Ley de Condiciones Generales de Contratación ; hechos sexto y séptimo y suplico "...cláusulas abusivas declaradas nulas o anulables..."- de la demanda).

**[-Cinco.-]** La sentencia de la primera instancia desestimó la demanda, sin imposición de costas, apreciando la imposibilidad jurídica de que el contrato de préstamo subsistiese excluyendo del mismo las cláusulas cuya nulidad se pedía en el proceso (no pudiéndose tampoco acordar, en su caso, la nulidad de todo el contrato, por no haberse solicitado). En los términos siguientes (Fundamento de Derecho Cuarto):

*"Respecto a la nulidad parcial del contrato de préstamo pretendida por la actora en las cláusulas expuestas en el fundamento anterior, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de diciembre de 1986 , veda la declaración de nulidad parcial de determinadas cláusulas contractuales , en un negocio en el que se ha producido el error como vicio esencial del consentimiento, cuando no sean escindibles del contrato que debe analizarse como un todo y por tanto la nulidad de aquellas solo tiene sentido instando la nulidad del contrato en su integridad, al disponer que «la nulidad parcial se predica de aquel contrato en el que algún pacto resulte contrario a la ley y siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula; supuesto distinto del que el recurso trae a la consideración de esta Sala, ya que en él la alegada nulidad emanaría de vicios de la voluntad negocial, la que no es imaginable o resulta sumamente arriesgado escindir, para preservar una parte de voluntad no efectuada por aquellos o referible a determinadas cláusulas y no a todas». En el mismo sentido la STS de 17 de octubre de 2987 para un supuesto en que se pretende la nulidad parcial de un contrato para existir algunas cláusulas contrarias a la ley estableció «esta doctrina se completa con la de la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la ley y siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula ( sentencias de diez de octubre de mil novecientos setenta y siete y las que en ella se citan y últimamente de cuatro de diciembre de mil novecientos ochenta y seis ).»*

*"Siguiendo la misma línea jurisprudencial, la STS 16 Mayo 2000 , fijó que «la nulidad afecta a todo el negocio complejo, sin que sea posible aplicar la doctrina de la nulidad parcial, con arreglo a la cual quedaría subsistente la parte de la operación (préstamo) ajena a la propia función de garantía. La nulidad parcial, de contemplación casuística, sólo puede tomarse en consideración cuando conste que el contrato se habría*

*celebrado sin la parte nula ( Sentencias 4 Dic. 1986 , 17 Oct. 1987 ) y cuando la nulidad no trasciende a la totalidad del negocio ( Sentencias 30 Mar. 1950 , 22 Abr. 1988 , 15 Feb. 1991 , 23 Jun. 1992 )»*

*"En definitiva la jurisprudencia admite la nulidad parcial, cuando la nulidad recae sobre un elemento accesorio o cuando no alcance a la esencia del negocio. Sin embargo, lo que no puede ser admisible es que con base a la nulidad parcial se modifique lo querido por las partes, es decir, la nulidad parcial sólo puede afectar a lo accesorio y no a lo esencial.*

*"En el presente supuesto, la cláusula primera, en la que se concierta el préstamo en divisas y se calcula su importe, y la segunda donde se fija la duración del contrato y se establece la posibilidad de modificar en los diferentes vencimientos del préstamo en euros o en otras divisas, lo que afectaría, a su vez, al interés, son cláusulas de carácter esencial y no puede modificarse lo querido por las partes, por una integración del contrato referenciando el préstamo al euro como divisa natural y a un tipo de interés determinado, con las demás peticiones que en el suplico de la demanda se efectúan.*

*"Y ello porque el carácter esencial de las cláusulas impugnadas afecta a todo el negocio, y su supresión modificaría por completo la estructura del préstamo que no puede subsistir modificándolo en los términos solicitados por la demandante, especialmente cuando en la demanda no se impugna la cláusula tercera del contrato, íntimamente ligada a la segunda, al ser la que permite el cambio de divisa, siendo incompatible defender la validez de una y la nulidad de la otra pues ambas están interrelacionadas entre sí. Por todo ello procede desestimar la pretensión de la parte actora".*

**[-Seis.-]** Recurre en apelación la anterior sentencia la demandante, doña Socorro , a través de las alegaciones siguientes:

**[-Primera.-]** Es una introducción. Se impugnan en el recurso todos los pronunciamientos de la sentencia apelada, excepto la no imposición de costas.

**[-Segunda.-]** Se rechazan las conclusiones de la sentencia referidas a que la declaración de nulidad de las cláusulas cuestionadas afectaría a todo el negocio y su supresión modificaría por completo la estructura del préstamo, que no podría subsistir modificándolo en los términos solicitados en la demanda. Con invocación de:

- a) el carácter no esencial del pacto **multidivisa**;
- b) la posibilidad de integración del contrato por el juez, y
- c) petición de nulidad total del contrato en caso de no ser posible la declaración de nulidad parcial.

**[-Tercera.-]** Nulidad solicitada en el escrito de demanda, referida a las cláusulas **multidivisa** del contrato.

- a) Características del contrato.
- b) Normativa de aplicación en relación a la obligación de información precontractual.
- c) Prueba de la falta de preceptiva información por parte del banco.

**TERCERO. [-Uno.- Las cláusulas cuya nulidad se está realmente pidiendo en el proceso por la demandante. Separabilidad de tales cláusulas del resto del contrato.]** La actora interesa en el suplico de su demanda la declaración de nulidad y subsidiariamente anulabilidad de las operaciones realizadas en divisas y que se condene a Bankinter S.A. a la restitución del préstamo hipotecario sin tener en cuenta las cláusulas abusivas declaradas nulas o anulables. En la audiencia previa precisó que las cláusulas cuya nulidad pretendía eran las financieras primera y segunda del contrato, además de la cláusula de garantía séptima de la escritura, cuya nulidad ya reclamaba expresamente en el suplico de la demanda. Ahora bien, resulta que la reducción de la pretensión de nulidad a las citadas cláusulas financieras primera y segunda se halla en abierta contradicción con el tenor del suplico, que es expresivo -con defectuosa exposición, pero de significación inequívoca- de una petición de nulidad de las cláusulas del contrato de préstamo referidas (-1.-) a la puesta a disposición de la prestataria del capital en yenes (inmediatamente convertido a euros) y (-2.-) a las amortizaciones en cualquiera de las divisas convertibles en España. Así, el tenor del suplico:

*"...emita sentencia por la que, estimando la demanda, DECLARE (...) la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las operaciones realizadas en Divisas, que CONDENE a BANKINTER S.A. a la restitución del préstamo hipotecario (...) recalculando por lo tanto el capital que se adeuda a fecha actual, una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados, tal y como sería un préstamo hipotecario absolutamente normal que se liquida en la moneda propia del país en el que se celebra dicho contrato, en Euros..."*

Entiende este Tribunal que el contrato de préstamo podría subsistir sin las cláusulas del mismo que afectan (-1.-) al desembolso por el banco en yenes de la cantidad prestada, (-2.-) a la amortización mensual en yenes o en otra divisa de las cotizadas en España por la que la prestataria quiera sustituir la precedente al vencer cada período de amortización, (-3.-) a la opción del cambio de moneda (cláusula financiera tercera, apartado D, del contrato), (-4.-) al pacto sobre tipo de interés aplicable cuando el préstamo se desarrolle en divisas (cláusula financiera tercera, apartado A y subapartado C.1 -"Tipo de interés sustitutivo en divisas"-), (-5.-) a la comisión de cambio de la cláusula financiera cuarta y (-6.-) a cualquier otra disposición contractual prevenida para cuando el préstamo se estuviese amortizando en divisas.

Porque quedan en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de estos autos los elementos esenciales de un préstamo en euros con tal garantía, una vez tenido por no puesto el clausulado sobre entrega y amortización en divisas, como son:

-a). La entrega por el banco a la prestataria de un capital que, al tiempo en que se hizo la entrega, ascendía a 144.000 euros.

-b). El plazo de amortización que no puede superar los 20 años.

-c). El establecimiento de que la amortización y pago de intereses se efectúe a través de 240 cuotas mensuales que incluían la parte destinada a la amortización del capital y la que se aplica al pago de intereses, concretándose en el contrato los factores suficientes para calcular el importe de la primera cuota y sucesivas si la amortización se hubiese realizado en euros.

-d) La fijación del tipo de interés remuneratorio aplicable haciéndose las amortizaciones en euros (euribor a un mes más un diferencial de 0,40 puntos).

-e) La **hipoteca** constituida sobre una determinada finca propiedad de la prestataria, con tasación del inmueble, a efectos procesales, fijado en euros (408.767,77 euros).

Con subsistencia de las restantes cláusulas accidentales que no guarden relación con la amortización en divisas, como amortización anticipada, tiempo de fijación del tipo de referencia para cada período, tipo de interés sustitutivo, comisiones, gastos a cargo de la prestataria, intereses de demora, resolución del préstamo, cómputo del tiempo, cuenta del préstamo y reembolsos y pagos.

No hay constancia de que el tipo de interés en euros se haya fijado en el contrato en consideración a que el préstamo pueda ser liquidado en cualquiera de las divisas convertibles en España.

Es cierto que la parte actora, en la audiencia previa, ha concretado su petición de nulidad o, subsidiariamente, anulabilidad, a las cláusulas financieras primera y segunda, cuando la cláusula financiera tercera y otras recogen convenciones referidas al desarrollo del préstamo en divisas. Por otra parte, la supresión íntegra de las cláusulas financieras primera y segunda dejarían el contrato desprovisto de la fijación de dos elementos imprescindibles del préstamo: la recepción de dinero u otra cosa fungible por el prestatario y la obligación de este de devolver al prestamista otro tanto de la misma especie y calidad ( artículo 1753 del Código Civil ). Estimamos que esa determinación de las cláusulas cuya nulidad o anulación se pide por parte de la actora contradice el que era su suplico de la demanda, que, sin embargo, puede mantenerse vivo e inalterado en sus propios términos, teniéndose las manifestaciones del letrado de la demandante en la audiencia previa como viciadas por un error en la declaración, que no impide un correcto entendimiento de lo pedido: la nulidad o anulabilidad de las convenciones del contrato atinentes a la recepción del capital en yenes y a amortizaciones en cualquiera de las divisas convertibles en España, quedando el contrato subsistente como préstamo de 144.000 euros en tal moneda con los intereses previstos en el contrato para cuando las amortizaciones se hagan en tal moneda, recalculando el capital que se adeuda a fecha actual, una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados. Tal expulsión del contrato de los pactos sobre recepción del importe del préstamo y satisfacción de amortizaciones en divisas, con subsistencia del contrato, la consideramos jurídicamente posible.

**[-Dos.- Anulación del carácter **multidivisa** del préstamo pretendido por vicio del consentimiento o por carácter abusivo de las cláusulas en contrato celebrado por un profesional con un consumidor.]** La actora ha invocado como causa de la nulidad o anulabilidad pretendida en primer lugar error sobre elementos del contrato determinantes de su coste debido a una deficiente y sesgada información recibida del banco y abusividad de las cláusulas del contrato concernientes a la liquidación del préstamo en divisas en un contrato entre un profesional y un consumidor. El consentimiento viciado por error sustancial y excusable daría lugar a la nulidad del artículo 1300, en relación con el 1266 del Código Civil y el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que reverenciaban el préstamo en moneda distinta del euro (no negociadas individualmente y

que, en contra de las exigencias de la buena fe, hubiesen causado un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato) a la nulidad de las mismas, con arreglo al artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, que era el texto legal vigente en agosto de 2006, cuando el préstamo fue concertado. A los efectos de las consecuencias jurídicas del error esencial y no imputable a quien lo padeció, no es relevante que el préstamo hipotecario **multidivisa** pueda ser considerado producto financiero del artículo 2, segundo párrafo, letra b, de la Ley del Mercado de Valores de 1988, en la redacción anterior a la dada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, vigente al tiempo del otorgamiento de la escritura de préstamo, como contrato financiero a plazo (perito señor Jose Pedro, en el juicio), desde el momento que comprende la operatividad en el marco de las obligaciones del prestatario de un subyacente de naturaleza financiera (las divisas), toda vez que la información sobre la naturaleza y funcionamiento del negocio que se contrata facilitada por la entidad bancaria puede influir en una errónea representación del objeto del contrato por parte del prestatario y consentimiento emitido sobre cosa distinta de la efectivamente comprometida ya constituya esta un producto financiero o mera operación de crédito. En cualquier caso, es de aceptar la definición de la nota de **multidivisa** añadida a un préstamo con garantía hipotecaria proporcionada por el perito señor Eulalia en las conclusiones de su dictamen (documento 5 de los de la demanda): contrato especulativo que conlleva un riesgo de producir pérdidas o ganancias en el cliente en función de la variación en primer lugar del tipo de cambio y en segundo lugar del tipo de interés de referencia.

**[-Tres.- Acerca del error de la actora sobre la esencialidad del negocio o sobre condiciones del mismo que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.]** La enunciada es la clase de error que el Código Civil (artículo 1266) considera invalidante del consentimiento, siempre que sea excusable. Sobre el error como vicio del consentimiento y su excusabilidad, se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002:

*"Ha de recordarse la reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 9 de abril de 1980, 4 de enero y 27 de mayo de 1982 y 14 de febrero de 1994, entre otras) respecto a que el error en el objeto, al que se refiere el párrafo 1º del artículo 1266 del Código Civil (...) será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne los siguientes requisitos:*

*"a) Ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio, atendida la finalidad de éste.*

*"b) Que no sea imputable al que lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de trasladarse la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración (sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994)".*

En nuestro caso, doña Socorro no era cliente de Bankinter S.A. y se personó en la oficina 0073 de la demandada, en la calle General Aguilera de Madrid, solicitando información sobre las condiciones de concesión de un préstamo hipotecario **multidivisa** sobre su vivienda habitual, en la calle San Dimas, de Madrid, con el que cancelaría la **hipoteca** ordinaria constituida a favor de Caja Duero sobre el mismo inmueble. En consecuencia, sabía cómo funcionaba su **hipoteca** y pretendía una mejora de condiciones (abatar cuotas) a través de una **hipoteca** en divisas.

No puede tenerse por probado que la actora recibiese, antes de la firma de la escritura, copia de la oferta vinculante del banco, presentada en el juicio como documento 4 de los de la contestación a la demanda. Sin embargo, sí que recibió del banco la comunicación informativa de fecha 31 de julio de 2006, presentada como documento 3 de los de la contestación (el documento no fue impugnado y, además, la actora adjuntó copia del mismo a su reclamación de 13 de diciembre de 2011 al defensor del cliente, conforme figura en la documentación aportada como documento 9 de los de la contestación).

En dicha comunicación del documento 3 de los de la contestación se especificaba que el préstamo **multidivisa** podía formalizarse en cualquier divisa convertible o en euros y que permitía el cambio de divisa durante la vida del préstamo sin necesidad de hacer una nueva escritura, e igualmente que, al poder optar por la formalización del préstamo en cualquier divisa convertible o en euros, el hecho de que el tipo de interés en otras divisas fuese menor hacía que, en caso de no subir la cotización o los tipos de interés de estas, produjese un ahorro importante en la cuota con respecto a la financiación en euros. Se ponía de manifiesto en la comunicación el riesgo de tipo de cambio, debido a las fluctuaciones en los tipos de las distintas monedas y se ofrecían dos ejemplos sobre la cuota inicial con un préstamo de 120.000 euros a 20 años: el primero

referenciado en yenes, comparado con el mismo en euros y el segundo referenciado en francos suizos, comparado con el mismo préstamo en euros.

Así, en el caso del préstamo en yenes, a un cambio de 147,25 yenes por un euro (el tipo de cambio inicial, al constituirse el préstamo en yenes fue de 149,833 -tabla del apartado octavo del informe pericial de don Eulalio, documento 5 de los de la demanda-), estando el LIBOR correspondiente al yen en 0,36 por ciento -interés del 1,26 por ciento- la cuota sería de 83.329 yenes, equivalente a 565,90 euros, mientras que el mismo préstamo en euros -con un interés del 3,96 por ciento (Euribor a un mes más 0,4)- la cuota ascendería a 724,65 euros. La cuota en yenes, además de ser más reducida, comprendía un porcentaje de amortización del capital (78 por ciento) mayor que la cuota en euros (45 por ciento).

En el caso del préstamo en francos suizos (CHF), a un cambio de 1,575 CHF por un euro, estando el LIBOR correspondiente al CHF en 1,42 por ciento -interés del 2,32 por ciento- la cuota sería de 985 CHF, equivalente a 625,41 euros, mientras que el mismo préstamo en euros -con un interés del 3,96 por ciento (Euribor a un mes más 0,4)- la cuota ascendería a 724,65 euros. La cuota en CHF, además de ser más reducida, comprendía un porcentaje de amortización del capital (63 por ciento) mayor que la cuota en euros (45 por ciento).

La información se refería a hipotéticos préstamos concertados en el tiempo de la comunicación (31 de julio de 2006), siendo cierto que se hacía en el documento escasa referencia a los cambios que se producirían en las cuotas en casos de aumento de la estimación de la divisa de referencia en relación con el euro (moneda en que la prestataria obtenía sus ingresos) o de aumento del tipo de referencia de intereses en divisas, supuestos en que la prestataria tendría que aportar más euros para cubrir el mismo número de unidades de la moneda de referencia o tener pagar más intereses. Pero esto no significa que la demandante no comprendiese desde el primer momento que el desenvolvimiento del contrato quedaba expuesto a los riesgos de tipo de cambio y de tipo de interés, de forma que el importe de las cuotas (convertida en euros) y la efectiva amortización de cada mes variaba positiva o negativamente conforme a la fluctuación del tipo de cambio entre la moneda de referencia y la moneda en que doña Socorro obtenía los ingresos con los que hacía frente a las cuotas. De no ser así, ningún sentido tendría la opción de cambiar de divisa establecida en el contrato, que la actora utilizó en seis ocasiones, ni la apertura por su parte de una cuenta en divisas, que la demandante empleó para hacer acopio de moneda extranjera aprovechando un cambio favorable al efecto de, luego, pagar cuotas en dicha moneda con divisas obtenidas a bajo precio.

Doña Socorro tenía concertado un préstamo con otra entidad de crédito cuyo funcionamiento conocía, por lo que al interesarse por un préstamo **multidivisa** que sustituiría al anterior, con la idea de que el capital del nuevo préstamo sirviese para cancelar el primero, llevó a cabo una comparación del precio y factores variables de influencia entre los dos tipos de préstamo, antes de decidirse por contratar el **multidivisa**, consciente de que, con este, la situación favorable podría tornarse adversa en el caso de pérdida del valor del euro en relación con la moneda de referencia (puesto que ella pagaría en euros), la subida del LIBOR de los depósitos de la moneda de referencia o el descenso del euribor, siempre desde la misma óptica de cotejo. El significado del riesgo del tipo de cambio y del riesgo del tipo de interés era elemental y que la actora los entendió desde el primer momento queda acreditado por el uso hecho por la misma de la opción de cambio de divisa y de la cuenta en divisas que abrió, según se aprecia de modo patente en los mensajes de correo electrónico dirigidos, durante la vigencia del préstamo, al director de la sucursal de Bankinter S.A., don Ovidio (documento 6 de los de la contestación a la demanda):

De 17 de abril de 2008 (en aquel momento la divisa de endeudamiento era el dólar estadounidense). "Hola Ovidio. Quiero amortizar unos 30.000 euros en la **hipoteca**. Creo que debo esperar a que el dólar baje más, y de hecho hoy ha vuelto a bajar ¿Cómo lo ves?"

De 18 de mayo de 2009 (con el préstamo referenciado en yenes). "Buenos días Ovidio, te agradecería que para el pago de mi letra de este mes utilicéis los yenes depositados en la cuenta a mi nombre NUM000, en lugar de comprar. Por favor, infórmame si debo hacer alguna otra cosa o pasar a firmar por la oficina. Un cordial saludo"

De 17 de febrero de 2010 (el préstamo seguía en yenes). "Buenos días Ovidio. El yen ha bajado algo de precio con respecto a la compra que hice cuando estaba a 122 por miedo a que bajara más. Por eso, si se mantiene en el precio que está hoy, prefiero pagar la mensualidad desde la cuenta corriente en lugar de pagar desde la cuenta en yenes ¿Me puedes confirmar que es pasado mañana cuando debo pasar a firmarlo?"

Del 14 de junio de 2010 (préstamo en yenes; se cambiaría al euro ese mismo mes). "Buenos días Ovidio"

*"Me estoy planteando pasarme al euro, sé que tengo que asumir el aumento de la deuda, pero prefiero tener una letra fija que estar variando todos los meses. En relación con ello tengo dos preguntas. ¿Me puedes decir a cuánto me saldría la letra en euros? ¿La letra de junio la tengo que pagar en yenes o ya sería en euros?"*

*"Mañana puedo acercarme por la oficina a firmar los papeles del cambio.*

*"Gracias por tu atención.*

*"Un cordial saludo".*

Los anteriores mensajes de correo electrónico fueron impugnados por la parte actora en la audiencia previa por su contenido, lo que implica con admisión tácita de que existieron comunicaciones por Internet entre la actora y el director de la oficina. Estos correos figuran en los archivos informáticos de Bankinter S.A. según constatación verificada por notario el 16 de mayo de 2014 como recibidos en el correo de don Ovidio en las fechas indicadas desde las direcciones " DIRECCION000 ", " DIRECCION001 " y " DIRECCION002 " (folios 351 al 357 vuelto de las actuaciones del Juzgado). Según el informe de vida laboral presentado por la parte demandante en la audiencia previa como documento 10, doña Socorro trabaja desde marzo de 1991 para el Ministerio de Sanidad. Consideramos suficientemente justificada la autenticidad de los mensajes como cursados por la actora.

De los mensajes de correo electrónico transcritos se infiere conocimiento bastante por parte de doña Socorro de la operatividad de un préstamo en divisas y de la utilidad que puede obtenerse del empleo de la opción de cambio de divisa referencial y de la disposición de una cuenta en divisas, instrumentos que la demandante empujaba de acuerdo con sus fines, con criterio propio y actitud activa y consciente frente a los comportamientos de los distintos subyacentes ( *"Quiero amortizar unos 30.000 euros en la hipoteca. Creo que debo esperar a que el dólar baje más"* -correo de abril de 2008- y *"El yen ha bajado algo de precio con respecto a la compra que hice cuando estaba a 122 (...)*Por eso, si se mantiene en el precio que está hoy, prefiero pagar la mensualidad desde la cuenta corriente en lugar de pagar desde la cuenta en yenes" -correo de febrero de 2010-), lo que enlaza con un entendimiento correcto de los riesgos incorporados al préstamo por la nota de la **multidivisa**: el de pérdida de valor del euro (moneda en la que, en definitiva, se pagan las cuotas o se compran divisas para pagarlas) con relación al de la divisa de referencia elegida en cada momento (riesgo de que descienda la cotización del euro en relación al yen o al dólar o al franco suizo) y el de aumento del tipo de referencia de los intereses correspondiente a la moneda de endeudamiento.

El préstamo funcionó de modo favorable a la demandante durante los dos primeros años (tabla del apartado 8 del informe del perito señor Eulalio y anexo 1 del informe del perito señor Jose Pedro , respectivamente documentos 5 y 8 de los de la demanda), aumentando el importe de las cuotas a partir de agosto de 2008, coincidiendo con el descenso del valor del euro. Esto dio lugar a que el capital pendiente de devolución que disminuía mensualmente en virtud del pago de la cuota en la moneda en que, en cada momento, estaba referenciado el préstamo, experimentaba aumentos en su contravalor en euros, por la variación del tipo de cambio, llegándose a tener pendiente de pago (en euros) una suma superior a la del principal prestado (153.458,38 euros en febrero de 2013, anexo 1 del informe del perito señor Jose Pedro ).

En suma, doña Socorro no sufrió al contratar error en orden a la representación e inteligencia del funcionamiento, operancia y dinámica de la liquidación del préstamo **multidivisa**. La equivocación fue atinente a sus previsiones sobre la evolución de los tipos de cambio, error inhábil para invalidar el contrato.

#### **[-Cuatro.- La petición de nulidad por cláusulas abusivas en un contrato con consumidores.]**

La fijación del capital prestado en una divisa convertible o en euros y el pago de cuotas en la moneda en cada momento de referencia, así como la opción de cambio de divisa, forma parte del objeto del contrato de préstamo de estos autos, de manera que su carácter abusivo (estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, según el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ) solo puede pasar a considerarse en el caso de que las cláusulas cuestionadas no hubiesen sido redactadas de manera clara y comprensible. Así, el artículo 4, apartado dos, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

*"La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible" .*



En tal sentido, las cláusulas financieras primera, segunda y tercera de la escritura de préstamo de 22 de agosto de 2006 (documento 1 de los de la demanda), que es donde se concentra en el contrato las particularidades del carácter **multidivisa** del préstamo, no ofrecen dificultad de comprensión, pese a su inevitable lenguaje técnico, sobre los elementos conformadores de la especialidad del préstamo, de los que precisamente resultan los riesgos de tipo de cambio y de tipo de interés: importe del préstamo en yenes, contravalor de dicho importe en euros, recepción del importe en euros o en la divisa elegida (en este caso, en euros, documento 17 de los presentados por la actora en la audiencia previa), duración del préstamo, número de cuotas, que incluyen una parte de amortización del capital y otra de pago de intereses, importe de la cuota inicial, modificación de la cuota por alteración del tipo de interés y la divisa o solo el tipo de interés o solo la divisa, posibilidad de amortización anticipada a instancia de la prestataria, fórmula para el cálculo de la cuota mediante el sistema francés, intereses si el préstamo se referencia en divisas, cálculo del tipo de interés, tipo de referencia, intereses si el préstamo es en euros, cálculo del tipo de interés, interés de referencia, tipos de intereses sustitutivos y opción del cambio de moneda y comunicaciones.

Las cláusulas mencionadas -donde se encuentran las peculiaridades contractuales impugnadas por la actora- resultan comprensibles y entendibles y cumplen el canon de transparencia exigido por el Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión Europea, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo ("el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa"), así como el fijado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (párrafo 215):

*"...la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato".*

Como excepción, puede dudarse de la claridad y comprensibilidad de la estipulación incluida en el párrafo décimo de la cláusula financiera segunda, que no es definidora ni descriptiva de los elementos básicos del contrato y que dice así:

*"El banco se reserva el derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en EUROS, todas las disposiciones al cambio del día excedan en un 10 por ciento del límite actual del préstamo".*

El aspecto intrincado y embarazoso del entendimiento de la previsión reside en la dificultad de representación de la situación a que la cláusula puede referirse en un préstamo en que la disposición del capital prestado se hace de una sola vez, en el momento inicial de la vida del contrato. La estipulación se refiere al supuesto en que, por elevación del tipo de cambio de la divisa de endeudamiento en relación con el euro, pueda llegarse a un estado en que el principal debido, convertido en euros, supere el importe en euros del capital prestado. Ahora bien, no procede declarar nula dicha cláusula, porque, desvelado su significado, no puede la misma calificarse de abusiva, esto es, de causante, en perjuicio del consumidor, de un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en contra de las exigencias de la buena fe (la cancelación del préstamo solo se referiría al exceso), sin que pueda atribuirse la situación en que queda el prestatario a la cláusula contractual, sino a la manifestación de un riesgo conocido inherente al contrato. Por lo demás, declarar la nulidad de esta estipulación aislada (que, como se ha dicho, no es definidora ni descriptiva de elementos básicos del contrato) resultaría incongruente con lo que se pide en el suplico de la demanda (restitución del préstamo recalculando el capital que se adeuda en la fecha actual, una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados, tal y como sería un préstamo hipotecario en euros), desvinculado de la finalidad de la pretensión deducida en la *litis*.

Se rechaza, en consecuencia, la petición de declaración de nulidad por abusividad en contrato con consumidores.

**[-Cinco.- La falta de ofrecimiento por parte del banco de un seguro de cambio.]** Que la prestataria, por propia voluntad, pueda contratar un seguro de cambio con el banco queda consignado en la cláusula financiera primera de la escritura. Por lo demás, la falta de ofrecimiento -o la contratación del préstamo sin esa garantía para la prestataria- no engendró un error sobre los elementos básicos del contrato, que ya hemos considerado inexistente. Ni da lugar a que hayan de considerarse abusivas las cláusulas contractuales cuestionadas en el proceso.

**[-Seis.- Nulidad total del contrato en caso de no ser posible la declaración de nulidad parcial.]** La actora y apelante plantea tal posibilidad en la alegación segunda del recurso. Hemos de entender que como actuación de oficio frente a cláusulas abusivas en contratos con consumidores ( Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000 [asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98,

C-243/98 y C-244/98, caso Océano-Murciano Quintero], de 26 octubre 2006, Mostaza Claro, C-168/05 , párrafo 27, de 21 de noviembre de 2002 , Cofidis, C-473/00, párrafo 32, de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08 , párrafo 32, de 14 junio 2012 , Banco Español de Crédito, C-618/10, párrafos 42 y 43, y de 28 de febrero de 2013, Duarte Hueros, C-32/12, párrafo 46). Debe rechazarse tal pretensión, por los mismos motivos que han sido expuestos para denegar la nulidad parcial solicitada.

**[-Siete.- Sobre la nulidad de la cláusula de garantías reales séptima.]** Hemos visto que, conforme a tal cláusula,

*"«BANKINTER, S.A.» queda autorizado para ceder los derechos derivados de esta escritura a las personas físicas o jurídicas que tengan por conveniente, o para afectar este préstamo hipotecario a emisiones de cédulas, bonos o participaciones hipotecarias, sin notificación previa a la parte prestataria" .*

La convención se ajusta a lo dispuesto en los artículos 149 de la Ley Hipotecaria , tanto en la redacción que tenía su párrafo primero en agosto de 2006 como en la redacción actual, 1526 y 1112 del Código Civil y 15 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, de 1981, sin que sea exigible para la cesión o emisión de los títulos ni el consentimiento del deudor ni la notificación previa al mismo. Se rechazará la petición.

**CUARTO.** Consecuencia de lo expuesto, procede desestimar la demanda, aunque por razones diferentes de las de la sentencia recurrida. Mantendremos el pronunciamiento de no imposición expresa de las costas de la primera instancia a parte alguna, hecho en la resolución apelada. De manera que el recurso de apelación será desestimado.

**QUINTO.** No impondremos a la recurrente las costas de la apelación, por las mismas razones ya atendidas por la juzgadora *a quo* para no hacer pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398, apartado uno , y 394, apartado uno, primer párrafo *in fine* , de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

No obstante, tendremos que decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, según establece el apartado nueve de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

## FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 10 de junio de 2014 del Juzgado de Primera Instancia número Sesenta de los de Madrid , dictada en el procedimiento del que dimana este rollo, CONFIRMANDO dicha resolución y sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la apelación.

Con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional** , con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 #por cada tipo de recurso** , previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 del Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de sala 601/14, 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