

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 GUADALAJARA

SENTENCIA: 00036/2019

Modelo: N10250

PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

Teléfono: 949-20.99.00 Fax: 949-23.52.24

Correo electrónico:

Equipo/usuario: SA

N.I.G. 19130 42 1 2016 0006850

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN)

Juzgado de procedencia: JDO.PRIMERA INSTANCIA N.7 de GUADALAJARA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Recurrente: BANKINTER SA

Procurador: I

Abogado: .

Recurrido:

Procurador:

Abogado: ALEJANDRA JACINTO URANGA, ALEJANDRA JACINTO URANGA

ILMA SRA PRESIDENTA:

D^a.

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D^o.
D^a.
D^a.

SENTENCIA N° 36/19

En Guadalajara, a catorce de febrero del dos mil diecinueve.

VISTO en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de GUADALAJARA, los Autos de procedimiento ordinario 854/16, procedentes del JUZGADO DE 1^a INSTANCIA n° 7 de Guadalajara, a los que ha correspondido el Rollo n° 462/18, en los que aparece como parte apelante BANKINTER SA, representado por el Procurador de los tribunales y asistido por el Letrado D. , v como parte apelada

representado por la Procuradora de los tribunales D^a , y asistido por el Letrado D.ALEJANDRA JACINTO

URANGA, sobre NULIDAD DE CONTRATO POR VICIO
CONSENTIMIENTO PRESTAMO HIPOTECARIA, y siendo
Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- En fecha 1 de marzo del 2018, se dictó sentencia, cuya **parte dispositiva** es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando íntegramente la demanda presentada por don *contra Bankinter SA, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario en todos los contenidos referentes a la opción multidivisa por falta de transparencia, declarando la subsistencia del contrato como si el mismo hubiese sido otorgado en autos; y DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad a la eliminación de la cláusula tercera bis del contrato en lo referente a opción multidivisa y la condición vinculada de comisiones por cambios de divisa, y a recalcular el cuadro de amortización con la cantidad presta en euros y aplicación el tipo de interés pactado en la escritura más el diferencial estipulado (Euribor + 0,90%) y, tras dicho cálculo y partiendo de los pagos realizados por el actor hasta la fecha y, en la parte que excedan de las cuotas comprensivas de capital e intereses que correspondería con arreglo al nuevo cuadro de amortización, más los intereses que correspondería con arreglo al nuevo cuadro de amortización, más los intereses legales que correspondan, DEBO CONDENAR Y CONDENO la demandada a la restitución de dichos importes, sin perjuicio de que en el caso de que en alguna cuota la cantidad pagada por el actor sea inferior a la determinada en euros, la diferencia, más los intereses legales que correspondan, se compense en su caso con la cantidad anterior. Se imponen las costas a la demandada."*

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación BANKINTER SA, se interpuso recurso de apelación contra la misma; admitido que fue, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites, llevándose a efecto la deliberación y fallo del mismo el pasado día 12 de febrero del 2019.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia núm. 7 de Guadalajara de fecha 1 de marzo de 2018 que estima íntegramente la demanda y declara la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario en los contenidos referentes a la opción de multidivisa por falta de transparencia, condenando a la eliminación de la cláusula tercera bis del contrato en lo referente a opción multidivisa y la condición vinculada de comisiones por cambio de divisa y a recalcular el cuadro de amortización así como a la restitución que proceda. Se argumenta en esencia por la entidad bancaria recurrente la existencia de información, no se trata de cláusulas oscuras ni producen desequilibrio superando el control de transparencia.

Hay también que destacar que se ejercitaba tanto la acción por vicio de consentimiento como de nulidad por falta de transparencia

Por su similitud y para evitar inútiles reiteraciones vamos remitirnos a lo expuesto en la Sentencia de esta Sala del 28 de septiembre de 2018 (ROJ: **SAP GU 309/2018** - ECLI:ES:APG.

"SEGUNDO.- Dada la influencia en la información previa y los controles de transparencia hay que comenzar por decir en cuanto a la naturaleza del producto que se refiere a este tema la S Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 608/2017 de 15 Nov. 2017, Rec. 2678/2015:

"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)".

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

Habrà que tener en cuenta a estos efectos las siguientes disposiciones legales: Ley 26/1984, de 19 de julio (LA LEY 1734/1984), para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por RDL 1/2007 artículos 12, 1860 y 80, 82; La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LA LEY 1563/1988) (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre (LA LEY 1614/2002) y 41/2007 (LA LEY 12190/2007), de 7 de febrero; Orden de 5 de mayo de 1994 (LA LEY 1668/1994), sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan

préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de dicha Orden -artículo 3-, así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo, artículo 5. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento -artículo 7-. No cabe oponer la inaplicabilidad de la Orden de 1994 al préstamo litigioso, por ser igual o inferior a 25 millones o su equivalente en divisas puesto que este requisito fue suprimido por la Ley 41/2007 (LA LEY 12190/2007) al modificar que al mencionar dicho precepto declaró aplicable "con independencia de la cuantía" y se trata de vivienda habitual; Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, cuyo artículo 79, antes de la modificación operada por la Ley 47/2007 (LA LEY 12697/2007), que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE (LA LEY 4852/2004) relativa a los mercados de instrumentos financieros, y el préstamo aquí concertado lo es, ya imponía a las entidades de crédito comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes; reducir al mínimo los riesgos de conflictos de intereses y, de producirse, dar prioridad a los intereses de sus clientes, cuidando de ellos como si fuesen propios; garantizar una gestión prudente; y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados; Ley 36/2003, de 11 de noviembre (LA LEY 1706/2003), de Medidas de Reforma Económica. Extiende el deber de información de las entidades de crédito a los deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a interés variable, a los sistemas o productos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, sin que su contratación suponga la modificación del contrato de préstamo, cuyas características se harán constar en la oferta vinculante y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de dichos préstamos.

Ha de añadirse a lo anterior, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la

Contratación (LA LEY 1490/1998) y su control de transparencia en contratos celebrados con consumidores y (artículo 7 destacadamente) y doctrina sentada a este respecto por la Sentencia de Pleno del T. Supremo de 24 de marzo de 2015 en la que se citan otras anteriores, en la que concluye que tales condiciones "pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el Juez sino del equilibrio subjetivo del precio y prestación, es decir, tal y como se le pudo representar al consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación".

La sentencia del pleno del TS 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 (LA LEY 12697/2007), traspone la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (LA LEY 4852/2004), relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID). Sin embargo posteriormente el TJUE en sentencia de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, declaró, 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". Añadía la sentencia del Tribunal europeo "47. Dicho esto, es necesario señalar que algunas disposiciones de otros actos del Derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores pueden ser pertinentes en un asunto como el del litigio principal.

"48. Esto sucede, en particular, con las disposiciones de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) que instauran un mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esta Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 42)".

3.- En esta sentencia del caso Kásler, el TJUE declaró la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo denominado en divisas.

4.- También la STJUE del caso Andriciuc, declara la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en los contratos de préstamo denominados en divisas."

Y en el orden Europeo la Sentencia dicta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de fecha 30 de abril de 2014, al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por la Kuria (Hungria) en el asunto C-26/13, con relación a cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, en aplicación e interpretación de la Directiva 93/13/CEE (LA LEY 4573/1993), efectuó, entre otras, las siguientes consideraciones: "Tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo ..". Doctrina que ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 (LA LEY 6612/2015), y la más reciente STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 (LA LEY 35991/2015), que condiciona en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que "la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él".

Como recoge la STS anteriormente citada "la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas:

"El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras".

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".

Pues bien, no consta el plus de información en el presente supuesto, no consta tomara la iniciativa el cliente ni que el empleado del Banco tuviera siquiera la formación precisa para transmitir una información rigurosa al cliente, ignorando en definitiva el riesgo asumido que llega incluso a que pasado un tiempo la cantidad adeudada sea mayor que la que es objeto del préstamo.

En el caso objeto de enjuiciamiento, el examen de las pruebas aportadas por la entidad demandada avala la conclusión alcanzada por la sentencia apelada, es decir, que la opción y condicionado "multidivisa" incorporada al contrato de préstamo se pactó a iniciativa de la entidad demandada y fue un clausulado predispuesto por ésta y no negociado individualmente con el prestatario por lo que claramente constituye una condición general de la contratación en la que cabe apreciar una falta de transparencia real y un carácter abusivo, que, de conformidad con la doctrina y disposiciones legales citadas, comportan la inaplicación y nulidad de dicha opción y condicionado, tal y como ha sido solicitado por el actor en su escrito de demanda.

Lo verdaderamente relevante a los efectos de la nulidad interesada por la parte demandante consiste en determinar si dicha opción o clausulado multidivisas fue predispuesta por el banco demandado, es decir, no fue objeto de una particular e individualizada negociación con el demandante prestatario y si este, en cuanto consumidor medio sin especiales conocimientos financieros, recibió una información previa, veraz, adecuada y suficiente sobre dicho producto a fin de que pudiera comprender el alcance y la trascendencia jurídica y económica del mismo, sus riesgos implícitos y las pérdidas que podría conllevar su contratación por las oscilaciones del tipo de interés y cotizaciones de la divisa.

Pues bien, en este caso el banco no ha demostrado ni la negociación individualizada ni la información pre y contractual, antedicha. No se aporta documentación que acredite la evaluación del nivel de conocimiento financiero y la comprensión de riesgos ni siquiera explicativa del producto y sus características. Por toda información, como se mantiene en el recurso se

hace referencia a la prestada por el Notario al otorgar la escritura pública lo que es claramente insuficiente.

No consta tampoco la existencia de simulaciones sobre el riesgos de la operación para el caso de fluctuaciones de la moneda y subidas del índice de referencia, ni tríptico contractual informativo y la declaración prestada por el empleado del banco demandado lejos de resultar favorable a la tesis de su empleadora, viene a corroborar lo dicho por el demandante, no pudiendo acreditarse que se prestase la atención debida a la posible experiencia y conocimientos financieros de este, y que la información que se le ofreció no fuera genérica y escasa, sin concretar escenarios y riesgos asociados a los tipos de cambio de divisas (expectativas de evolución, escenarios de mercado, tendencia, consecuencias económicas en interés y cuotas a abonar....).

Y algo parecido hemos de decir con respecto a la propia escritura de préstamo, pues además de no consta que se hubiera entregado copia al prestatario con carácter previo a la firma, contiene un clausulado, especialmente el atinente a los intereses y multidivisas, con conceptos técnicos y complejos difíciles de entender por quién no es experto financiero. Resulta por tanto notoriamente insuficiente el contenido del propio contrato para que el prestatario pudiera comprender la mecánica de la operación de préstamo que estaba contratado y los riesgos que entraña la misma. No consta tampoco que el Notario o quien compareció en nombre de la entidad recurrente le hubiera explicado y advertido forma clara transparente y comprensible, del funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa extranjera así como la relación entre este mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas al préstamo, déficit informativo que tampoco puede considerarse subsanado por la mera lectura rutinaria del escritura por parte del Notario autorizante o la inserción de advertencias meramente genéricas o de estilo, pues como antes se dijo no se trata simplemente de que los prestatarios conocieran que contrataba una hipoteca en francos suizos, sino de que a estos se le hubiera informado sobre los concretos riesgos de esa opción denominada multidivisa.

Por lo que se refiere a la imposibilidad alegada por la recurrente de acordar la nulidad parcial solo cabe remitirnos a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre del 2.017, en la que, es clara al establecer que:

"52.- Por tales razones, el recurso debe ser estimado puesto que ha concurrido la infracción legal denunciada. La sentencia de la Audiencia Provincial

debe ser casada, debe desestimarse el recurso de apelación y confirmarse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

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

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

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

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

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

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

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

Por lo expuesto y considerando que la caducidad operaría en su caso a la acción de anulación, no a la de nulidad fundada en la abusividad por falta de transparencia, de la cláusula multidivisa, que lo es de nulidad radical, cuando de contratación con consumidores se trata, y tomando en consideración la citada normativa, esta causa de nulidad fundada en la abusividad, debe señalarse que tratándose las litigiosas de cláusulas que definen con carácter esencial el objeto principal del contrato, la posibilidad de apreciación de su carácter abusivo es limitada como así resulta de lo dispuesto en el art. art. 4.2º de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados entre consumidores, según la cual esta no puede referirse "...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", lo que ha llevado a la jurisprudencia del TS en doctrina que recoge entre otras sus sentencias de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 23 de diciembre de 2015, a declarar que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo no se extiende al del equilibrio de las contraprestaciones pactadas.

Ciertamente en relación al requisito de incorporación, que conforme a la jurisprudencia del TS, por todas sentencia de 29 de abril de 2015, atiende fundamentalmente a una mera transparencia documental o gramatical, el propio TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013, concretamente en su parágrafo 202, recoge que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente los requisitos exigidos por la LCGC (LA LEY 1490/1998), para la incorporación de estas cláusulas de determinación de intereses variables. Ahora bien, ello no supone que cuando no conste que se haya llevado a cabo de forma pormenorizada toda la información precontractual que se exige en tal normativa, -(falta de prueba en parte justificada en este caso por el tiempo transcurrido desde la suscripción de los préstamos hipotecarios, cercana a los 9 años cuando se presenta la demanda)-, pueda concluirse sin más que las cláusulas referidas a la multidivisa no superen en este caso el control de inclusión. Lo relevante para estimar cumplido este requisito es que el contenido de las cláusulas y la información previa suministrada permita a los prestatarios conocer que se trataba el concertado de un préstamo a interés variable, teniendo un conocimiento real y razonablemente completo de tipo de interés a que estaba sometido y con ello la

circunstancia de cómo podía este incidir en la economía del contrato y en el coste para ellos del mismo.

Aludir por último a que el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano ad quem, permitiendo un novum iudicium, que da lugar a una revisión de la sentencia dictada en primera instancia y un examen completo de la cuestión litigiosa (SSTC 152/1998, de 13 de julio (LA LEY 8136/1998) y 212/2000, de 18 de septiembre (LA LEY 11989/2000) y SSTs de 28 de marzo de 2000 y 30 de noviembre de 2000), por lo que los tribunales de alzada tienen competencia no solo para revocar, adicionar, suplir o enmendar las sentencias de los inferiores, sino también para dictar respecto de todas las cuestiones debatidas el pronunciamiento que proceda, como resulta del art. 456.1 LEC (LA LEY 58/2000) (STS de 7 de mayo de 2015 ROJ: STS 2956/2015). No obstante, está sometido a ciertos límites: su ámbito objetivo lo delimitan las partes -"tantum devolutum quantum appellatum": artículo 465, apartado 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) -, pero siempre dentro de los contornos propios de la primera instancia -"pendente appellatione nihil innovetur"- . Y la sentencia que lo resuelva no puede perjudicar al apelante, como regla - prohibición de una " reformatio in peius": artículo 465, apartado 4, antes citado (STS de 21 de diciembre de 2009 ROJ: STS 7778/2009).

De otra parte, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5618/2015) declara: "2.- Como dijimos en la sentencia del Pleno de esta Sala 138/2015 de 24 de marzo , tratándose de cláusulas que presentan una configuración y un casuismo muy similares, no hay nada reprochable en que las resoluciones de instancia partan en sus argumentaciones de la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo, sin que ello suponga falta de motivación; máxime si, como sucede en este caso, tras dicha apoyatura jurisprudencial, se analiza en concreto la cláusula que es objeto de litigio."

Dicho esto y compartiendo los argumentos de la resolución impugnada que acuerda la nulidad parcial del contrato de hipoteca con base la doctrina de la abusividad de las cláusulas que se refieren a la multidivisa, por considerar que no superan el control de transparencia conforme al a doctrina del TS, establecida al respecto de contratos basados en condiciones generales suscritos entre un profesional y unos consumidores, solo cabe confirmar la resolución impugnada remitiéndonos también a la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 (LA LEY 3315/2014), según la cual , estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco,

antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil (LA LEY 1/1889) y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar. [...] "

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

SEGUNDO.- Rechazado el recurso se imponen a la parte apelante las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso interpuesto por la representación de BANKINTER, S.A., contra la Sentencia de 1 de marzo de 2018 del Juzgado de 1ª Instancia num 7 de Guadalajara, debemos confirmar la resolución

cuestionada, imponiendo a la parte recurrente las costas de esta alzada y, con pérdida, en su caso, del depósito constituido en el Juzgado de Instancia.

Contra esta sentencia, se puede interponer recurso de casación por infracción procesal, o por interés casacional, en su caso, cumpliéndose, en ambos supuestos, con los requisitos exigidos por los artículos 469 de la LEC, en relación con la disposición final decimosexta, o 477.2.3 del mismo cuerpo legal. Debiéndose interponer, mediante escrito, firmado por letrado y procurador, y a presentar ante esta misma Sala. Formalizándose dicho recurso en el término de veinte días a contar desde la notificación de esta resolución. Y debiendo, igualmente, procederse al ingreso de la cantidad de 50 euros, en concepto de depósito.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.