

Instancia e Instrucción nº 2 de Colmenar Viejo, el cual fue promovido por [REDACTED] contra BANKINTER S.A., siendo objeto del mismo acciones en materia de anulabilidad contractual y condiciones generales de la contratación.

Han sido partes en el recurso como apelante, BANKINTER S.A. y como apelada [REDACTED] todos ellos representados y defendidos por los profesionales indicados en el encabezamiento.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 5 de enero de 2017 por la representación de [REDACTED] [REDACTED] contra BANKINTER S.A., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba lo siguiente:

"SUPLICO AL JUZGADO que, teniendo por presentado este escrito de demanda con los documentos que se acompañan y copias de todo ello, se sirva admitirlo, y tener por formulada ACCIÓN DE NULIDAD PARCIAL DE PRÉSTAMO MULTIDIVISA o ANULACIÓN DEL CLAUSULADO MULTIDIVISA y subsidiariamente ACCIÓN DE NULIDAD DE CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN, contra la mercantil BANIKINTER, S.A., y previos los trámites procesales oportunos, se dicte en su día sentencia por la que:

1.- Se declare la nulidad parcial del préstamo en divisas suscrito por [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] en todo lo relativo al clausulado multidivisa por vicio en el consentimiento de mi representada, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen cláusulas multidivisa y que, en consecuencia, se declare que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de CIENTO OCHENTA MIL EUROS (181.000,00 €) la

cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue CIENTO OCHENTA MIL EUROS (181.000,00 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses, la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA B) para el euro (EURIBOR 0,75puntos).

Todo ello con la consecuencia obligada de condena a BANKINTER, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

2.- Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la pretensión anterior, se declare la anulación del clausulado multidivisa de del préstamo suscrito por ██████████ ██████████ ██████████ ██████████ con número de protocolo ██████████ por infracción por parte de la entidad bancaria de normas imperativas y prohibitivas, y por abusividad, falta de claridad y transparencia, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen cláusulas multidivisa y que en consecuencia se declare que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de CIENTO OCHENTA MIL EUROS (181.000,00 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de CIENTO OCHENTA MIL EUROS (181.000,00 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA B) para el euro (EURIBOR + 0,75 puntos).

Todo ello con la consecuencia obligada de condena a BANKINTER, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

3.- Subsidiariamente, y para que el caso no sean admitidas las anteriores pretensiones, se declare la nulidad de pleno derecho de la

cláusula multidivisa como condición general de contratación del préstamo hipotecario suscrito por mi representada [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] con las mismas consecuencias que las anteriores pretensiones y con la consecuencia obligada de condena a BANKINTER, S.A., a estar y pasar por esta declaración y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

4.- Consecuentemente a la estimación de la demanda por cualquiera de los pedimentos anteriormente indicados, se imponga expresa condena en costas a la demandada.”.

SEGUNDO.- La parte demandada presentó en tiempo y forma escrito de contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas de contrario.

TERCERO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Colmenar Viejo dictó sentencia, con fecha 27 de noviembre de 2017 cuyo fallo era el siguiente:

"ESTIMAR totalmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Sanz Morcillo, en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] contra BANKINTER, SA y, en su virtud, DEBO DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD PARCIAL del préstamo en divisas suscrito por [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] en todo lo relativo al clausulado multidivisa por vicio del consentimiento de la demandante, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quede referenciado únicamente a EUROS, manteniendo el resto del clausulado que no impliquen cláusulas multidivisa y, en consecuencia, se declara que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referencia a euros resultante de disminuir al importe prestado de 181.000 euros la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue de 181.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de

intereses, la misma referencia fijada en escritura (Cláusula TERCERA B) para el euro (EURIBOR + 0,75 puntos).

Condenando a BANKINTER a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

Todo ello con expresa imposición de las costas de la instancia a la parte demandada."

CUARTO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de BANKINTER S.A. se interpuso recurso de apelación que fue admitido y tramitado en legal forma, con oposición al mismo por la contraparte.

QUINTO.- Recibidos los autos en fecha 6 de febrero de 2018 se procedió a la formación del presente rollo ante esta sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, donde se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase.

Se han personado en esta alzada tanto la parte apelante como la parte apelada, con sus respectivas defensa y representación.

La deliberación y votación para el fallo del asunto se realizó con fecha 25 de julio de 2019.

SEXTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Manuel de Vicente Bobadilla, que expresa el parecer del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: PLANTEAMIENTO DEL RECURSO.-

1. La representación de BANKINTER S.A. (en adelante BANKINTER) ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia plenamente estimatoria de las pretensiones de [REDACTED] (en adelante [REDACTED])
2. La demanda postulaba en esencia, la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 27 de marzo de 2008, en el particular referente a la denominada "cláusula multdivisa", de modo que el contrato quedara referenciado en euros, con las consecuencias económicas inherentes.
3. Esta pretensión se sustentó, en primer lugar, en la existencia de error-vicio del consentimiento contractual; subsidiariamente en la infracción de normas imperativas y prohibitivas, abusividad y falta de transparencia; y en tercer lugar por nulidad de la condición general que contiene la cláusula multdivisa.
4. La sentencia de la anterior instancia, después de desestimar la excepción de caducidad respecto a la acción sustentada en vicio de consentimiento, consideró que en el caso que nos ocupa se había producido el error invalidante del consentimiento, lo que daba lugar a la nulidad del clausulado cuestionado.

SEGUNDO: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ENTABLADA POR ERROR-VICIO DE CONSENTIMIENTO.-

5. La resolución recurrida transcribe parcialmente la sentencia del Tribunal Supremo (STS) núm. 254/2015 de 12 de enero, conforme a la cual, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo cuatrienal de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, previsto en el artículo 1.301 del Código Civil, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error.

6. En el caso de autos, el juzgador "a quo" resalta que la pericial realizada por la Sra. García Pascual revela que no se ofreció al prestatario información sobre la cantidad del capital del préstamo pendiente de amortizar en euros hasta el año 2014, de modo que hasta esa fecha no fue consciente del impacto que tenía la amortización del capital denominado en yenes. En consecuencia, la sentencia desestima la excepción porque a la fecha de presentación de la demanda no habían transcurrido los cuatro años previstos en el artículo 1.301 del Código Civil.
7. El recurrente entiende que es un hecho notorio que el yen comenzó a apreciarse en 2010, por lo que el prestatario tuvo que percatarse en ese momento del impacto de la cláusula multdivisa.
8. No podemos compartir el argumento de la entidad bancaria. El hecho de que el fenómeno de apreciación del yen frente al euro se empezara a poner de manifiesto en el año 2010, no implica que el prestatario fuera consciente del impacto que dicho fenómeno producía en su relación contractual con el banco. Tal y como se constata en los recibos adjuntos a la contestación a la demanda, éstos no aportan información suficiente de citado impacto, por lo que no constituyen prueba de que evidencien el posible error padecido por el prestatario.

TERCERO: VICIO DE CONSENTIMIENTO POR ERROR

9. La acción entablada con carácter principal fue la de error-vicio de consentimiento y fue la estimada en la sentencia. Sin embargo, la entidad demandada pone de manifiesto que el efecto jurídico pretendido, cual es la nulidad parcial del contrato no es compatible con la acción ejercitada.
10. Esta Sala comparte el criterio jurídico expuesto por la entidad recurrente en este particular. En resoluciones precedentes, hemos reiterado el criterio de que el error-vicio del consentimiento contractual en los préstamos

multidivisa implica la nulidad total del contrato, teniendo en cuenta que la citada cláusula multidivisa está concebida de modo unitario con el resto del entramado contractual. No en vano, la citada cláusula determina el contenido de la prestación esencial del contrato porque el capital y los intereses se denominan en divisas. En nuestra sentencia núm. 88/2019 de 22 de febrero dijimos al respecto lo siguiente:

"La parte apelante también sostiene que debería decretarse la nulidad del clausulado multidivisa que se incorpora al contrato por la concurrencia de un vicio de consentimiento, en concreto, el error, ya que en ningún momento habría sido consciente de las consecuencias que acarrea esta clase de estipulación contractual. Ante esa clase de planteamiento hemos de decir que, en su afán por tratar de encontrar cualquier excusa para invalidar parte del clausulado, que no el contrato de préstamo al completo, porque esto último no le interesa en modo alguno, la recurrente ha perdido la referencia sobre el posible alcance de la acción que están ejercitando. Los vicios que pudieran pesar sobre el consentimiento emitido por un contratante sólo pueden invocarse con la finalidad de conseguir la declaración de nulidad del propio contrato, a través de la acción adecuada para anularlo. Lo que no cabe es utilizar esa acción para excluir del contrato solamente alguno de sus pactos concretos y mantener la validez del resto. En este sentido se han inclinado las sentencias de la Sala 1ª del TS de 3 de junio de 2016 (nº 380/2016), 1 de julio de 2016 (nº 450/2016) y 2 de febrero de 2017 (nº 66/2017)".

11. Este criterio se ha mantenido en la jurisprudencia más reciente, conforme a la cual, el error sobre elementos que inciden en la prestación esencial del contrato determinan la nulidad total del mismo. Así se indica, v.gr. en la STS 4/2019 de 9 de enero:

"Pero en cuanto el derivado implícito sea parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo, como es el caso, el incumplimiento de los deberes de información no puede justificar, como se pretende, la nulidad parcial del contrato por error vicio, sino, en su caso, la de todo el contrato. En la medida en que el

interés del préstamo pactado, elemento esencial del contrato, debía fijarse de acuerdo con el derivado implícito y este formaba parte inescindible del préstamo, el error en cuanto a sus riesgos, que repercutiría sobre el "precio" del préstamo, en cuanto fuera relevante, además de excusable, podría dar lugar a la nulidad de la totalidad del contrato, pero no a la nulidad parcial, a la supresión del derivado implícito y la integración del contrato mediante la inclusión de un interés variable referenciado al Euribor sin diferencial.

En otras sentencias anteriores ya nos hemos pronunciado en tal sentido. Por ejemplo, en la sentencia 366/2017, de 8 de junio, con cita de la anterior sentencia 450/2016, de 1 de julio:

"Aunque el incumplimiento de los deberes de información respecto del derivado implícito podría tener incidencia en la apreciación del error vicio, la nulidad por este vicio del consentimiento debía en su caso afectar a la totalidad del contrato y no sólo a la cláusula que contiene un derivado implícito. (...) 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".

12. Sentado lo anterior, también hemos de poner de manifiesto que el dato referente a la falta de información precontractual, la falta de simulaciones de escenarios o a la falta de información postcontractual no es suficiente para estimar acreditado el vicio de consentimiento sin tener en cuenta las circunstancias subjetivas del prestatario. Así lo proclama la jurisprudencia al hilo de establecer una distinción entre las acciones de anulabilidad por vicios de consentimiento y las acciones de nulidad de condiciones generales por falta de transparencia. La STS núm. 367/2017 de 8 de junio declara lo siguiente:

"15.- No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a

la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento.

Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento.

Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses”.

13. No podemos obviar que en los préstamos hipotecarios denominados en divisas no resultan de aplicación las obligaciones informativas derivadas de la normativa MIFID, tal y como admiten ambas partes. En este caso, tampoco resulta de aplicación la normativa sobre transparencia bancaria prevista en el OM de 5 de mayo de 1994, vigente en el momento del contrato, puesto que el prestatario es persona jurídica.
14. Por ello, no es posible sustentar la presunción de vicio de consentimiento en estas deficiencias informativas, de modo que hubiera sido necesario acreditar el error de un modo más completo, teniendo en cuenta que ha de

ser esencial y no excusable. En consecuencia, debemos desestimar la acción sustentada en el vicio de consentimiento.

CUARTO: JUICIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL DE LA CLÁUSULA CUESTIONADA.-

15. Sentado lo anterior, hemos de poner de manifiesto que en este caso se ejercía con carácter subsidiario la acción de nulidad sustentada en la falta de transparencia de la cláusula multidivisa, cuyo examen también reclama la parte apelada en esta segunda instancia. La Sala ha de acometer, por tanto, su enjuiciamiento, asumiendo el papel del juzgador de la anterior instancia, al haber decaído la acción principal.
16. Tal y como reconocieron las partes, según refiere la sentencia recurrida, no se ha puesto en cuestión que la prestataria reúna la condición de consumidora a pesar de tratarse de una persona jurídica, lo que determina la aplicación al caso de la legislación tuitiva en favor de los consumidores.
17. En relación a esta cuestión, la entidad bancaria ha de acreditar debidamente el cumplimiento de la obligación de transparencia que pesaba sobre el banco, conforme a lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 13/93 sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante LGDCU). Esta exigencia de transparencia está asentada en un cuerpo de doctrina jurisprudencial que 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, y otras posteriores como sentencias 171/2017, de 9 de marzo, y 367/2017, de 8 de junio.
18. Según se colige de los fundamentos de la sentencia recurrida, el banco no ha acreditado en modo alguno que suministrara información adicional

respecto a la cláusula multidivisa, ni precontractual ni postcontractual. Tampoco consta que ofreciera explicaciones suficientes al prestatario en el momento de la firma del contrato.

19. El control de transparencia material es mucho más riguroso que el de transparencia documental, denominado control de incorporación, que únicamente precisa los requisitos de claridad gramatical a que se refieren los artículos. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).
20. La jurisprudencia ha sido especialmente exigente en relación a las obligaciones informativas de la entidad bancaria en el tipo de préstamos hipotecarios como el que nos ocupa, debido a los riesgos inherentes a la operación que asume el consumidor. En la sentencia del Tribunal Supremo núm. 599/2018 de 31 de octubre se dice al respecto lo siguiente:

"15.- En nuestras sentencias 323/2015, de 30 de junio, y 608/2017, de 15 de noviembre, hemos explicado por qué los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Dijimos en esas sentencias:

"Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar

cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

"Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos".

(...)17.- Los apartados 49 de la sentencia Andriciuc y 74 de la sentencia OTP Bank precisan cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas:

"En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1)".

El apartado 75 de la sentencia OTP Bank, en los mismos términos que lo hizo el apartado 50 de la sentencia Andriciuc, añade:

"Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C 186/16, EU: C: 2017:703, apartado 50)".

21. La advertencia notarial realizada genéricamente sobre los riesgos de la operación no es suficiente para superar el control de transparencia, ni tampoco lo es la declaración del notario de que el prestatario asume todas las consecuencias del préstamo. La jurisprudencia es constante en afirmar que estas declaraciones de conocimiento del consumidor son fórmulas predispuestas que carecen de un contenido real. La STS, Sala 1ª núm. 608/2017 de 15 de noviembre señala al respecto que:

"41.- Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así lo ha declarado esta sala en numerosas sentencias, desde la 244/2013, de 18 abril, hasta la 335/2017, de 25 de mayo, y todas las que han mediado entre una y otra.

42.- También el TJUE, en el ámbito del crédito al consumo y con relación a las obligaciones de información de la entidad de crédito para con sus clientes previstas en la Directiva 2008/48/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, ha declarado en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto 449/13, caso Bakkaus, apartados 31 y 32, que si una cláusula predispuesta por el empresario en la que el consumidor reconoce haber recibido la información sobre el contrato significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por la Directiva, por lo que las disposiciones de esta se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva”.

22. La carga de la prueba sobre el cumplimiento de las obligaciones de transparencia corresponde a la entidad bancaria, por aplicación del principio de disponibilidad y facilidad en la obtención de la prueba proclamado en el artículo 217.7 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). En consecuencia, hemos de colegir que tales obligaciones de transparencia no se han cumplido en este caso, puesto que la entidad bancaria no ha realizado esfuerzo probatorio suficiente al respecto. Procede por lo tanto declarar la nulidad de la denominada “cláusula multidivisa” integrada en el contrato litigioso.

23. En relación a la nulidad parcial del contrato de préstamo multidivisa por falta de transparencia, la jurisprudencia ha mantenido un criterio favorable. La STS 599/2018 de 31 de octubre señala al efecto lo siguiente:

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

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

32.- Lo realizado en esta sentencia, como ya se hizo en la anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, 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, requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

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

33.- 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”.

24. La conclusión de todo lo expuesto es que ha de prosperar la acción de nulidad de la cláusula multidivisa por falta de transparencia y en consecuencia, consideramos ajustada a derecho la nulidad parcial del contrato declarada en la sentencia recurrida, por lo que procede su confirmación.

QUINTO: COSTAS.-

25. Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como prevé el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al artículo 394 del mismo texto legal.

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

FALLO

1º.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANKINTER S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Colmenar Viejo, con fecha 27 de noviembre de 2017 en el seno del procedimiento ordinario nº 11/2017.

2º.- Imponemos a la parte apelante las costas ocasionadas en esta segunda instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes

Remítanse los autos originales al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, a los efectos pertinentes.

La presente sentencia no es firme. Las partes podrán interponer ante este tribunal recurso de casación y/o recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocería la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. El recurso se presentará en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.