NOTIFICADO:
24 ABR 2018

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Decimocuarta
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 6 - 28035
Tfno.: 914933893/28,3828
37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0112191
Recurso de Apelación 664/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 744/2016

APELANTE: BANKINTER SA
PROCURADOR Dña.
APELADO-IMPUGNANTE:
PROCURADOR Dña.

SENTENCIA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:
D. PABLO QUECEDO ARACIL
D. JUAN UCEDA OJEDA
Dña. MARÍA JIMÉNEZ GARCÍA

En Madrid, a catorce de marzo de dos mil dieciocho.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D. JUAN UCEDA OJEDA

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 744/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid, en los que aparece como parte apelante BANKINTER SA representado por la Procuradora Dña. y defendido por el Letrado , y como parte apelada-impugnante , representado por la Procuradora Dña. ANGELA CRISTINA SANTOS y defendido por el Letrado D. JUSTO PASCUAL MONAR; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 16/05/2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 48 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 16/05/2017, cuyo fallo es del tenor siguiente: "Que estimando la demanda formulada por la procuradora Dña. ANGELA CRISTINA SANTOS ERROZ en nombre y representación de contra BANKINTER SA representada por la procuradora Dña. debo declarar y declaro la nulidad del cláusulado multidivisa de Préstamo Hipotecario de 8/4/2008 en su consecuencia debe la demandada estar y pasar por dicha declaración.

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es

Que debo declarar y declaro que la cantidad debida a 8/4/2016 es la de 97.156,11 euros importe en el que se cuantifica el perjuicio causado hasta esa fecha y que debe ser recalculado posteriormente, más todos los perjuicios que se ocasionasen, resultando de restar el cómputo pendiente de pago en el préstamo multidivisa y el cómputo pendiente en caso de haber contratado un préstamo en Euros, debiendo referencias el préstamo al Euribor todo ello con imposición de costas a la demandada."

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada BANKINTER S.A. al que se opuso la parte apelada quien también impugnó la sentencia en los términos que se dan aquí por reproducidos,a cuya impugnación, la parte apelante, presentó alegaciones, que igualmente se dan aquí por reproducidas, y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 14 de marzo de 2018.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los razonamientos jurídicos de la resolución que ha sido apelada.

PRIMERO. presento demanda contra la sociedad anónima BANKINTER ejercitando acción de nulidad del clausulado multidivisa de la escritura pública de hipoteca de fecha 8 de abril de 2008 por abusividad del citado clausulado y, subsidiariamente, la anulación de clausulado multidivisa por error en el consentimiento.

En la citada demanda alego que a finales de marzo de 2008 BANKINTER le ofrecen al actor, de profesión guardia civil y sin información financiera específica, un préstamo hipotecario, bajo la modalidad multidivisa de 297.000 euros y plazo de 30 años con la finalidad de unificar dos préstamos hipotecarios que el actor había contratado con el BBVA y Banco de Santander, indicándole que la hipoteca que se le ofrecía tenía un tipo de interés muy bajo, que estaba referenciado al tipo yen y que era una muy buena opción.

Ha podido valorar las características de este producto al comprobar en febrero de 2016 que tras el pago durante más de ocho años de 100 cuotas mensuales, el capital pendiente de devolución ascendía a 298.784,92 euros, es decir era 1.784,92 euros superior al inicial.

SEGUNDO. La sentencia de instancia estimó la demanda, haciendo las siguientes valoraciones: consideró que la hipoteca multidivisa era un instrumento financiero derivado que está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores, por lo que son aplicable los deberes de información que le impone la citada ley.

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es

Al valorar el control de transparencia considero que las estipulaciones que regulaban la multidivisa no explicaban de forma clara todas las particularidades del mecanismo de conversión de la moneda extranjera y las consecuencias económicas que ello conllevaba ,y tampoco podía aceptarse que se le hubiera facilitado la suficiente información, por lo que, manteniendo la validez del resto del contrato, anulo las clausulas referidas a la hipoteca multidivisa tras considerar que las mismas eran abusivas.

TERCERO. Contra la referida sentencia se presento por la parte actora recurso de apelación que se fundamento en los siguientes motivos que pasamos a exponer.

A.- De la caducidad de la acción. Vulneración de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las recientes sentencias de 12 de enero de 2015, 7 de julio de 2015 y 16 de septiembre de 2015 referentes a la caducidad de la acción de caducidad de la acción de nulidad por vicio en el consentimiento en contratos bancarios y financieros.

No podemos aceptar las conclusiones a las que llega la sentencia de instancia en su fundamento de derecho segundo para rechazar la excepción de caducidad, es decir que "estamos ante un contrato de tracto sucesivo y la fecha de inicio en su caso para tal ejercicio de la acción de nulidad será cuando se cumplan las prestaciones entre las partes", pues la misma va en contra de la doctrina jurisprudencial elaborado en estos últimos años por el Tribunal Supremo.

El citado Tribunal, en sus sentencias de 12 de enero de 2015, 7 de julio de 2015 y 16 de septiembre de 2015, ha confirmado que por consumación debe entenderse el momento en el que se tiene o puede tener cabal y completo conocimiento de la causa que justifica la acción, lo que traducido a un contrato bancario ocurre cuando se produce un evento que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto, como puede ser la suspensión de un beneficio o del devengo de intereses o en el caso que nos ocupa del aumento de las cuotas del préstamo que permite apreciar al cliente las consecuencias de la depreciación del euro frente a la divisa de endeudamiento.

A estos efectos resulta especialmente revelador el gráfico de la evolución del euro/yen que se acompaña como documento nº 2 a la contestación a la demanda, en el que se aprecia como tras el estallido de la crisis económica, las sucesivas políticas de expansión crediticia, liquidez y rebaja de los tipos de interés incidieron notablemente en la depreciación del euro desde finales de 2008 a 2010. debía ser perfectamente consciente de los riesgos asumidos y de las características y funcionamiento del préstamo pues, a través de los recibos que se le remitían mensualmente a su domicilio, o, en todo caso a través del cargo mensual en su cuenta corriente, quedaba constancia de la fluctuación desfavorable de la divisa. En este aspecto resulta revelador que mientras que el recibo de julio de 2008 supuso un contravalor de la cuota de 1.023,54 euros, el recibo de julio de 2010 alcanzo un contravalor de 1.419,35 euros.

B.- De la naturaleza jurídica del producto contratado y la normativa aplicable.

La juzgadora de instancia, partiendo de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, considera que nos encontramos ante un derivado financiero cuya comercialización debería haberse llevado a cabo teniendo en cuenta las obligaciones contenidas, especialmente en materia de información, en la Ley del Mercado de Valores y la

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es

normativa MIFID.

Con tal pronunciamiento se ignora la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 que indica que las operaciones de cambio de monedas(euros por divisa) que se realizan en el ámbito de un préstamo en divisas tanto para materializar el endeudamiento del prestatario en la divisa elegida como para posibilitar el pago de las cuotas del préstamo por el prestatario en dicha divisa, no tienen la consideración de servicios de inversión, lo que supone la inaplicación de la normativa del mercado de divisas al préstamo hipotecario multidivisa.

C.- Ausencia de valoración de la prueba practicada. Inobservancia de los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico y jurisprudencia para apreciar la nulidad de un contrato por error en el consentimiento.

La juzgadora de instancia ha incurrido en un error patente a la hora de valorar la prueba practicada en la instancia, en cuanto, tal como resulta de la prueba testifical, si se le ofreció información precontractual clara y comprensible de las características y riesgos de la hipoteca multidivisa, pero además, consta acreditado en autos que, mediante la adecuada documentación, se le plantearon escenarios desfavorables de la evolución de la divisa.

Consta acreditado documentalmente (ver documento 4 de la demanda) que la iniciativa de la contratación ha partido del quien, siendo titular de hasta dos hipotecas con otras entidades bancarias, se interesó por refundir las mismas en una sola donde obtuviese una financiación en moneda extranjera tratando de evitar el pago del Euribor que se encaminaba a sus máximos históricos.

Además Bankinter entrego información precontractual clara y suficiente para comprender los riesgos y características del préstamo litigioso, como se desprende del referido documento nº 4, donde se advertía de forma expresa al cliente de los riesgos asumidos y de la posibilidad de que el contravalor del capital prestado se incrementase como consecuencia de la fluctuación de la divisa; en concreto en el citado documento se le explicaba concretamente los efectos que tendría esa posible evolución desfavorable tanto respecto a su cuota mensual como al capital pendiente

Además no nos encontramos ante un contrato que se explica y contrata en unidad de acto, sino que estamos ante una operación cuyo estudio se llevó a cabo a lo largo de varios meses, con diferentes reuniones entre la parte prestaría y la empleada señora
Resulta revelador que la visita para la tasación de la vivienda se llevase a cabo en el mes de febrero de 2008, mientras que la formalización ante notario se efectuó en el mes de abril de 2008.

D.- Inviabilidad de la nulidad parcial de un préstamo multidivisa por imposibilidad de modificar el contenido del contrato ni reintegrarlo. Vulneración del artículo 1303 del Código Civil y artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y de la reciente doctrina del Tribunal Supremo.

Pretender la conversión de contrato litigioso en un producto totalmente nuevo desde su inicio, "como si se tratase de un préstamo en euros" sin posibilidad de variar la moneda de endeudamiento no puede obtenerse con la nulidad parcial de determinadas clausulas, cuya supresión, manteniendo el resto del negocio jurídico, no es jurídicamente viable dado su

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es

carácter esencial dentro del conjunto del mismo por la naturaleza propia del contrato, un préstamo otorgado en moneda extranjera. Resulta inescindible del presente préstamo tal "clausulado multidivisa" e inherente a la naturaleza del mismo.

Aunque la escritura permite cambiar de moneda de endeudamiento, eligiendo el euro, dichas condiciones no pueden aplicarse con efecto retroactivo durante toda la vida del préstamo, sino únicamente con efectos desde el momento en que se produce el cambio a euros en adelante. Lo que en definitiva pretende la demandada a través de la nulidad parcial es la transformación del contrato, desvirtuando su naturaleza jurídica, lo cual es jurídicamente inviable, tal y como ha sido reconocido por diversas sentencias, citando al efecto el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Huelva 12 de mayo de 2015, las sentencias del Tribunal Supremo de 2 y 17 de febrero de 2017.

Por su parte el actor impugnó la sentencia solicitando que se añadieran al fallo determinadas frases que ayudarían a comprenderlo mejor y facilitarían la ejecución de la sentencia.

CUARTO. No necesitamos entrar a considerar la excepción de caducidad alegada por BANKINTER S.L. en su recurso de apelación, ya que se estimó la pretensión del demandante al declarar la nulidad por abusividad del clausulado multidivisa, abusividad que pudo analizarse, a pesar de que tales clausulas delimitaban el objeto principal del contrato, por la falta de claridad y transparencia de las citadas estipulaciones, como analizaremos con posterioridad. En definitiva estamos ante una situación de nulidad absoluta de pleno derecho, apreciable de oficio e imprescriptible por lo que no tiene cabida la excepción alegada por BANKINTER en el recurso de apelación.

En todo caso, no parece que pudiera prosperar la excepción pues de acuerdo con las últimas resoluciones del Tribunal Supremo para que comience el computo del plazo de caducidad no es suficiente con que se conozcan los características y riesgos del contrato celebrado sino que también debe haberse consumado el mismo. En definitiva, la consumación del contrato, por sí misma, no es suficiente para que comience el computo del plazo de caducidad sino se acredita que los contratantes también conocían las características y riesgos del producto adquirido o del contrato suscrito por medio de un consentimiento viciado por el error, pero también es insuficiente este conocimiento si el contrato no se encuentra consumado.

A este respecto la sentencia de 19 de febrero de 2018 expone que " *En un caso en el que la sentencia de primera instancia consideró (y la Audiencia no corrigió) como día inicial del cómputo del plazo el de la perfección de un contrato de seguro de vida «unit linked multiestrategia» en el que el cliente había perdido toda la inversión realizada, la sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015 , en la que la ahora recurrente apoya su recurso de casación: i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de que «en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia*

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es

de dicho error o dolo».

Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato»".

QUINTO. Tampoco podemos dar relevancia al segundo motivo del recurso de apelación pues, aunque es cierto que la sentencia de instancia siguiendo el criterio fijado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de junio de 2015 ha considerado que este préstamo es un instrumento financiero derivado regido por la Ley del Mercado de Valores, no ha fundamentado su decisión en que no se hubiera dado cumplimiento a 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) sino por vulnerarse la Directiva 93/13 CEE de 5 de abril, es decir la abusividad del clausulado multidivisa, como ya indicamos con anterioridad.

Ahora bien debemos tener presente que el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre de 2017 ha cambiado de opinión sobre esta materia indicando " *al analizar 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».

7.- Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, del pleno de esta sala,

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es

y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.

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

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

Por consiguiente, aunque estimemos los argumentos contenidos en el segundo motivo del recurso de apelación presentado por la sociedad anónima BANKINTER, ello no puede tener relevancia alguna a la hora de resolver el litigio, pues volvemos a repetir, ha sido la nulidad por abusividad de las clausulas que regula el préstamo en divisas lo que ha conducido a que se declare la nulidad parcial del referido préstamo hipotecario.

SEXTO. Podemos compartir las conclusiones de la sentencia apelada sobre la falta de transparencia del llamado "clausulado multidivisa" pues faltaba una información clara y comprensible sobre las consecuencias de las referidas clausulas y estas no permiten al consumidor tener pleno conocimiento sobre su posición jurídica ni sobre la carga económica que realmente asume, ni le permiten conocer las implicaciones de optar por el cambio de divisa. El consumidor medio no está familiarizado con la evolución de los tipos de cambio de forma que la exigencia de transparencia supone un canon de información más elevado lo que se concreta en una explicación mucho más detallada de las características del producto y de sus riesgos, a partir de la exposición de los diversos escenarios que podrían acontecer.

La falta de transparencia nos permite entrar a analizar si puede considerarse abusivo el clausulado multidivisa a pesar de formar parte del denominado objeto principal del contrato, lo que debe obtener una respuesta positiva, tal como apreció la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 ya que " *La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.*

La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas, lo que les resultó perjudicial cuando el banco ejercitó su facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortizar en un proceso de

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es

ejecución hipotecaria, que resultó ser superior al que habían recibido del prestamista al concertar el préstamo.

También se agravó su situación jurídica, puesto que concurrieron causas de vencimiento anticipado del préstamo previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo."

SEPTIMO. Para destruir las anteriores consideraciones BANKINTER ha defendido que el actor tuvo conocimiento perfecto de las características, funcionamiento y riesgos de la hipoteca multidivisa antes de la firma de la escritura pública, como se ha acreditado con la prueba practicada en la instancia, por lo que no puede aceptarse que no conociese perefectamente la transcendencia jurídica y económica de la hipoteca que estaba contratando.

La declaración testifical de la persona que atendió al demandante con motivo de la contratación de esta hipoteca, la señora , no la podemos tener por determinante a la hora de resolver este litigio, ya que como sigue siendo empleada de BANKINTER entendemos que debemos recoger su declaración con la máxima cautela. Se indica en el recurso que el demandante se interesó por la financiación en moneda extranjera tratando de evitar el pago del Euribor que se encaminaba a sus máximos históricos, pero esta afirmación no puede ser de mucho valor, pues si lo que el actor pretendía era mejorar las condiciones económicas no creemos que hubiese contratado la hipoteca multidivisa en caso de haber conocido con exactitud todas sus características.

Tampoco podemos revocar la decisión del Juzgado de Instancia en función del documento número 4 de la contestación a la demanda pues solamente está firmado en el anverso y la información relevante para conocer los efectos y consecuencias de la clausulas multidivisa se encuentra en el reverso y, por otro lado, este documento tiene la misma fecha que la escritura pública de hipoteca por lo que no es difícil afirmar que el prestatario no pudo tener mucho tiempo para analizarlo y asimilar y comprender su contenido.

No obstante no podemos negar que en el anverso del documento, donde no consta la firma del actor, se ofrecen unas simulaciones en la que se explican los efectos que se producen por la depreciación del euro frente al yen, pero son unas simulaciones en las que solo se produce una pérdida del 4% mientras que la realidad es que las pérdidas que ha sufrido el actor han llegado hasta el 30%. Además al final del documento se contiene una frase que no llegamos a comprender y podría llegar a confundir a los prestatarios, pues se indica que "es preciso tener presente que el efecto o riesgo divisa sobre el capital vivo solo se produce realmente, es decir se materializa, si y solo si concurre una de las siguientes circunstancias: a) al amortizar anticipadamente su hipoteca, b) por cambio de la divisa de su capital pendiente", situaciones que no han ocurrido en este caso, mientras que es evidente el perjuicio sufrido por el actor con esta hipoteca.

Además, de acuerdo con la doctrina sentada por la reiterada sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, el citado documento no no es suficiente para admitir la claridad y transparencia de las clausulas multidivisas.

*"**26.**- En concreto, Barclays no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar*

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es

el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa.

Esa información era necesaria para que los prestatarios pudieran haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudieran haber comprendido los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda en la que recibían sus ingresos. Así lo declara la STJUE del caso Andriciuc, en sus apartados 49 y 50.

27.- Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que la STJUE del caso Andriciuc, en sus apartados 49 y 50, exija una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa".

Si vemos la escritura de hipoteca veremos que no se explica de una manera adecuada, clara y en profundidad la operativa de estas hipotecas, sino más bien se da por hecho que el prestatario asume y conoce todos los riesgos. Así en el expositivo tercero y en la estipulación financiera tercera se indica que "el prestatario reconoce que este préstamo esta formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a BANKINTER S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en YENES pueda ser superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso el Banco podría ejercer la facultad de resolución"

Sobre esta situación indica la sentencia de 25 de noviembre de 2017 que *"31.- Si bien el riesgo de un cierto incremento del importe de las cuotas de amortización, en los casos de préstamos denominados en divisas o indexados a divisas, por razón de la fluctuación de la divisa, podía ser previsto por el consumidor medio de este tipo de productos sin necesidad de que el banco le informara, no ocurre lo mismo con los riesgos que se han descrito en los anteriores párrafos.*

La percepción propia de un consumidor medio que concierta un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo.

Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado considerablemente y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor.

El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa.

32.- Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es

pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros.

En definitiva nos encontramos ante una condición general en la que los prestatarios afirmaban que conocían los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, sin precisar siquiera en qué consistían tales riesgos a la que no podemos dar ninguna validez, siguiendo la sentencia de 15 de noviembre del 2017, pues *""**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".*

OCTAVO. No apreciamos que, en principio, exista obstáculo para declarar la nulidad parcial, pues ello lo autoriza la normativa aplicable, así el artículo 6.1 de la Directiva 13/93 CEE indica que *" los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*" y el artículo 83 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, en términos semejantes, indica que "*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*".

La declaración de nulidad parcial solicitada en la demanda es ajustada a la interpretación reiterada del TJUE sobre esta materia, que prohíbe la integración tan solo cuando sea en beneficio del predisponente.

Así, en la sentencia de 30 de abril de 2014 (Sala Cuarta), Asunto C 26/13 . Kásler y Káslerné Rábai, el TJUE fundamentó lo siguiente:

"82 *En efecto, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria*

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es

nacional se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 , ya que según constante jurisprudencia esa disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (véanse, en este sentido, en especial, las sentencias Perenicová y Perenic, C 453/10, EU:C:2012:144 , apartado 31, y Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349 , apartado 40 y la jurisprudencia citada).

83 En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse.

84 En efecto, tal anulación tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón puede penalizar a éste más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca ". Por tanto el « *El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional* ».

La misma doctrina podemos encontrar en la STJUE de 21 de enero de 2015, en los asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13.

No es cierto que, como mantiene la parte apelante, el Tribunal Supremo tenga un criterio restrictivo sobre esta materia, así en la sentencia del Pleno 67/2018 de 7 de febrero en un procedimiento en materia de competencia, recordando la doctrina fijada en las sentencias 763/2014, de 12 de enero de 2015 , 162/2015, de 31 de marzo , y 762/2015, de 30 de diciembre, mantuvo que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, *"la nulidad del art. 81.2 TCE se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición (...) o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos del propio acuerdo (STJCE de septiembre de 2008, C-279/2006)», y que «en el campo del derecho interno se admite la posibilidad de nulidad parcial con arreglo al aforismo 'utile per inutile non vitiatur"*.

Es cierto que las sentencias del Tribunal Supremo citadas en el recurso de apelación han rechazado esta posibilidad, pero se ocuparon de supuestos en los que no estaba en juego la nulidad de algunas clausulas contractuales por abusividad sino la nulidad por error en el consentimiento, en los que el error afectaba a elementos esenciales del contrato con los que se llegaba a viciar la totalidad del mismo.

En concreto la sentencia de 8 de junio de 2007, reiterando la doctrina fijada en las sentencias invocadas en el recurso de apelación por BANKINTER indica que *"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. Y en este sentido nos hemos pronunciado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 450/2016, de 1 de julio :*

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es

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

Por tanto, solamente deberíamos rechazar la nulidad parcial si no fuera posible separar del contrato las clausulas abusivas, lo que no creemos que ocurra en este caso en el que el contrato, tras la eliminación de todas las referencias a la denominación en divisas del préstamo, quedaría como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

Obviamente el Tribunal Supremo, sentencia de 15 de noviembre de 2017, no ha visto inconveniente en declarar la nulidad parcial en estos supuestos y así indica que "*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*", siendo este el criterio seguido por las Secciones de esta Audiencia de Madrid en numerosas resoluciones.

NOVENO. En cambio consideramos que debemos admitir la impugnación presentada por don , ya que las disposiciones que pretende que se incorporen al fallo estaban solicitadas en el súplico de la demanda, son consecuencia necesaria de la declaración de nulidad parcial del contrato y facilitarán la ejecución de esta sentencia.

DÉCIMO. Las costas procesales de esta segunda instancia deben correr a cargo de la parte apelante al haberse desestimado el recurso de apelación y no apreciar la concurrencia de circunstancias especiales fácticas o jurídicas que aconsejen abandonar el criterio objetivo del vencimiento (artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En cambio no debe hacerse pronunciamiento alguno referente a las costas derivadas de la impugnación presentada por don .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por BANKINTER, que viene representado ante esta Audiencia Provincial por la procuradora , contra la sentencia dictada el día 16 de mayo de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid en el procedimiento de juicio ordinario 744/2016, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, con expresa condena a la parte apelante al pago de las costas devengadas en esta segunda instancia.

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es

Por otro lado, admitiendo la impugnación, complementamos la parte dispositiva de la sentencia indicando que se acuerda mantener el resto del préstamo tomando como referencia el Euribor y como divisa el euro y que se deberá fijar la deuda pendiente en euros, tras la restitución de las cantidades que se cuantificaron provisionalmente en 97.156,11 euros.

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

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de **esta Sección 14 APM, abierta en la entidad Banco Santander S.A., Sucursal 6114 de la Calle Ferraz, número 43 de Madrid,** con el número **IBAN ES55- 0049-3569-9200-0500-1274,** que es la cuenta general o "buzón" del Banco de Santander, especificando la cuenta para esta apelación concreta: **«2649-0000-00-0664-17»** excepto en los casos que vengan exceptuados por la ley, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es

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

En Madrid, a

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

http://www.avanzac.es/ 900 844 060 info@avanzac.es