



AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 SEGOVIA

SENTENCIA: 00128/2018

Modelo: N10250
C/ SAN AGUSTIN N° 26 DE SEGOVIA

-

Tfno.: 921 463243 / 463245 Fax: 921 463254

Equipo/usuario: EQC

N.I.G. 40194 41 1 2016 0003327

ROLLO: RPL RECURSO DE APPELACION (LECN) 0000122 /2018

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de SEGOVIA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000443 /2016

Recurrente: BANKINTER SA
Procurador: MARIA TERESA PEREZ MUÑOZ
Abogado: JOSE LUIS TERRON GUIJARRO
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: MARTA BEATRIZ PEREZ GARCIA
Abogado: MIGUEL MARTINEZ TRUCHAUD

SENTENCIA N° 128 / 2018

C I V I L

Recurso de apelación

Número 122 Año 2018

Juicio Ordinario 443/2016

Juzgado de 1^a Instancia de

S E G O V I A N° 3

En la Ciudad de Segovia, a veinticinco de mayo de dos mil dieciocho.

La Audiencia Provincial de esta capital, integrada por los Ilmos. Sres. D. Ignacio Pando Echevarria, Pdte.; D. Jesús Marina Reig y D^a M^a Asunción Remirez Sainz de Murieta, Magistrados, ha visto en grado de apelación los autos de las anotaciones al margen seguidos a instancia de D. [REDACTED] contra **BANKINTER, S.A.**; sobre juicio ordinario, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia, recurso en el que han intervenido como apelante, la demandada, representada por la Procuradora Sra. Pérez Muñoz y defendida por el Letrado Sr. Terrón Guijarro y como apelado, el demandante, representado por la Procuradora Sra. Pérez García y defendido por el Letrado Sr. Martínez Truchaud y en el que ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús Marina Reig.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia de los de Segovia nº 3, con fecha diecinueve de septiembre de dos mil diecisiete, fue dictada Sentencia, que en su parte dispositiva literalmente dice: “**FALLO:** ESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por D. [REDACTED] representado por el procurador Sra. Pérez García, contra la mercantil BANKINTER S.A, representada por el procurador Sra. Pérez Muñoz, y ; Declaro la nulidad parcial del préstamo en divisas suscrito por DON [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] en todo lo relativo al clausulado multidivisa por vicio en el consentimiento de dicha parte, 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 TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA EUROS (135.380,00 €)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 TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA EUROS (135.380,00 €) 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 + 0,40 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.

Las costas procesales generadas en esta instancia corresponden su satisfacción a la parte demandada. “

SEGUNDO.- Notificada que fue la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de Bankinter S.A.; se interpuso en tiempo y forma, recurso de apelación, con enumeración de los pronunciamientos que se impugnan, al tenor que es de ver en su escrito unido en Autos, teniéndose por interpuesto el mismo para ante la Audiencia en legal forma, en base a lo establecido en el art. 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada en la Ley 37/2011 (BOE. 11/10/2011), dándose traslado a la adversa y emplazándola para oponerse al recurso o impugnarlo, y realizado el citado trámite en plazo, oponiéndose al mismo, se acordó remitir las actuaciones a esta Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes ante la misma.

TERCERO.- Recibidos los autos en este Tribunal, registrados, formado rollo, turnado de ponencia y personadas las partes en tiempo y forma, señaló fecha para deliberación y fallo del citado recurso, y llevado a cabo que fue, quedó el mismo visto para dictar la resolución procedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la representación procesal de Bankinter, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Segovia en su procedimiento ordinario 443/2016 el 19 de septiembre de 2017, que estimó la demanda interpuesta por [REDACTED] y declaró la nulidad parcial de la escritura de préstamo hipotecario multidivisa, que

concertó con Bankinter. El recurso pretende que se revoque dicha sentencia y se desestime íntegramente la demanda presentada por el actor con condena de dicha parte actora al pago de las costas causadas en el seno del procedimiento.

Con carácter previo al estudio individualizado de los varios motivos del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Bankinter, S.A. ha de destacarse que las diversas cuestiones que se plantean en este recurso han sido ya resueltas por las recientes sentencias de esta Sala de 29 de noviembre y 18 de diciembre de 2017 y 23 de enero de 2018, en las que se recoge la doctrina de la sentencia del Pleno de la Sala 1^a del Tribunal Supremo nº 608/2017, de 15-11, la cual adapta la jurisprudencia de ese tribunal a la doctrina que resulta de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3-12-2015 en el caso Banif Plus Bank (invocada por la parte apelante en su recurso devolutivo). Evidentemente los motivos del recurso de apelación serán examinados desde la perspectiva de la doctrina de esta Sala reflejada en aquellas resoluciones.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se titula "Imposibilidad de determinar error del consentimiento considerándose la prueba obrante en autos", negando la existencia de error en el consentimiento porque conocía el riesgo tipo de cambio al endeudarse en yenes pues es riesgo que conoce cualquier persona con la más básica educación, porque el mero error en la evolución del euros/yen no es vicio del consentimiento, y porque la sentencia realiza una incorrecta valoración de la prueba.

En contra de lo que se argumenta en el escrito de interposición del recurso, el reexamen en esta alzada de la actividad probatoria desarrollada en el primer grado del proceso permite concluir -como se razona en el apartado quinto del fundamento de derecho primero de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia- que el prestatario demandante no fue conocedor ni consciente de la verdadera naturaleza del producto, de estar contratando un producto de semejante complejidad. No consta que el prestatario demandante recibiera de la entidad Bankinter, S.A. con anterioridad a la celebración del contrato de préstamo con garantía hipotecaria información detallada, adecuada y suficiente para comprender la real trascendencia de la operación y los

riesgos inherentes a la modalidad de hipoteca multidivisa, vinculados a la fluctuación de la moneda, y que incidían en la posible variación al alza del importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, en el caso de apreciación de la divisa elegida (franco suizo) frente al euro, y en la determinación del importe en euros del capital pendiente de amortización, con un posible nuevo cálculo del capital prestado en virtud de la fluctuación de dicha divisa, tal como se desprende de las cláusulas financieras primera, segunda y tercera de la escritura de préstamo en divisa con garantía hipotecaria (Doc. nº 7 de la demanda). Como señala la Juez a quo, esto no se desvirtúa por la declaración de la testigo empleada de Bankinter y resulta especialmente esclarecedora la pericial practicada. En estas circunstancias ha de convenirse que no puede tenerse por un hecho acreditado que la información precontractual suministrada por la entidad mercantil prestamista resultase completa, detallada, adecuada y suficiente para comprender la real trascendencia de la operación de préstamo hipotecario con garantía multidivisa, derivada de las posibles consecuencias económicas de dicha operación en la esfera patrimonial del prestamista. El recurso parte de la tesis de que el conocimiento del riesgo de tipo de cambio se ha de presumir en cualquier persona con formación media. No se comparte este criterio, por lo expuesto sobre la complejidad del producto. De donde se deriva que es totalmente plausible la hipótesis de la existencia de un error en el consentimiento de los prestatarios que ha de conducir a la nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria -referida esencialmente al clausulado multidivisa-al amparo de las previsiones de los arts. 1.300 y 1.301 del Código Civil .

Además, en cuanto cuestión de derecho, el criterio de la resolución recurrida ha venido a ser confirmado por la posterior sentencia del Tribunal Supremo 608/2017 ya citada. Ha exigido el cumplimiento del deber de transparencia, ha hablado de la necesidad de información precontractual suficiente (n. 39), de la necesidad de informar de los riesgos asociados (nº 40), ha dicho que la falta de transparencia de estas cláusulas "*no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave riesgo en contra de las exigencias de la buena fe*" (nº 43). Y en su número 51 ha dicho: "*las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013, de 9 de noviembre , hemos fundado en los arts. 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el art. 4.2*

de la Directiva sobre cláusulas abusivas, porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos". Por estas razones casa la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en al que 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.

TERCERO.- El segundo motivo alega la incorrecta desestimación de la excepción caducidad de la acción, manteniendo que desde que el contrato comienza a desplegar sus efectos es cuando la actora tuvo conciencia del riesgo de tipo de cambio, y por tanto es la fecha del pago de la primera cuota el momento en que debe empezar a computarse la caducidad, el 28 de enero de 2008, por lo que la acción está caducada desde enero de 2012.

Como se señala en la sentencia de esta Sala de 29 de noviembre de 2017 en realidad el debate sobre el dies a quo del cómputo del plazo de caducidad de cuatro años fijado por el art. 1.301 pár. 2º del Código Civil tiene un contenido esencialmente fáctico, vinculado a la determinación del momento en que la parte prestataria pudo conocer, más allá de toda duda, que la cláusula multidivisa pactada en el contrato de préstamo hipotecario, lejos de producirle una minoración de la carga hipotecaria, le suponía un aumento e implicaba elevaciones sustanciales en las cuotas mensuales de amortización. Se plantea la disyuntiva de si el plazo debe computarse desde el momento en que finalice el completo cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato de préstamo hipotecario (al tratarse de un contrato de trámite o de ejecución diferida, que no se consuma en el momento de la perfección, pues se mantienen obligaciones y derecho de gestión y pago de cuotas periódicas que no son meras obligaciones accesorias, sino que dependen de la fluctuación de la divisa), o bien, de forma restrictiva, desde que los prestatarios tuvieron conocimiento de las

consecuencias derivadas del préstamo en divisas y por tanto la constancia del error cuando constataron el notable encarecimiento de las cuotas mensuales de amortización. La jueza de instancia parece optar por la primera de las soluciones pues rechaza la caducidad justificando que ese es su criterio en contratos de trato sucesivo.

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre esta cuestión en sus sentencias de 30-6-2017 y 29-11-2017 (ya citada), en las que optó por la primera de las interpretaciones, al tratarse de contratos de trato sucesivo, y por entender insuficiente la mera remisión de los extractos con la información relativa a las cuotas de amortización del préstamo para que la parte prestataria fuese consciente del error. No se debe olvidar a este respecto que la jurisprudencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo en relación con el dies a quo del plazo de caducidad de la acción de anulación en los contratos bancarios introducida a raíz de la sentencia del Pleno de 12-1-2015, perseguía precisamente el efecto contrario que la parte pretende con su aplicación en este caso: se trataba de ampliar la posibilidad de que los consumidores reclamaran por vicio del consentimiento en la contratación de productos financieros en los que el resultado real de la inversión se conocía de forma diferida a la fecha de contratación. Además, la cuestión de la caducidad de la acción de anulación por error o dolo en los contratos de trato sucesivo y concretamente en los préstamos hipotecarios ha sido resuelta en la reciente sentencia del Tribunal Supremo nº 371/2017 de 9 de junio , según la cual "a la misma solución final se llega, por lo demás, como hizo la sentencia de primera instancia y sostiene el recurrente en el segundo motivo del recurso, que se admite, si se identifica el momento de consumación del contrato a partir del cual se computan los cuatro años, según establece el art. 1.303 del Código Civil, con el momento del cumplimiento completo de las prestaciones, lo que, en el caso concreto, según la fecha prevista en el contrato, tuvo lugar el 15 de noviembre de 2012. La acción, en definitiva, se ejerció dentro del plazo previsto por el art. 1.301 del Código Civil ". Debe convenirse, en consecuencia, que resulta plenamente ajustada a derecho la conclusión alcanzada por la jueza a quo en el sentido de que no cabe considerar caducada la acción ejercitada por medio de la demanda rectora del pleito.

CUARTO.- El tercer motivo, denuncia la inaplicación de la doctrina de la confirmación del negocio jurídico cuestión, que decía haber sido alegada en su contestación y no analizada en la sentencia apelada, argumentando que aun cuando la parte no hubiera sido consciente del riesgo de tipo de cambio en el momento de la contratación el contrato habría quedado confirmado por cuanto desde el inicio de la relación jurídica fue consciente de la evolución del tipo de cambio y cómo impactaba en su hipoteca. En realidad la confirmación no había sido alegada como argumento de la defensa autónomo, sino que se contenía dentro del larguísimo fundamento jurídico segundo en que se negaba la existencia de error en el consentimiento, como la caducidad.

No se aprecia por esta Sala que la sentencia de instancia incurra en ninguna infracción legal o jurisprudencial al no estimar las alegaciones de la parte demandada relativas a la supuesta confirmación del negocio jurídico anulable al amparo de las previsiones de los arts. 1.309 y 1.311 del Código Civil. Esta Sala no cuestiona que la válida confirmación del negocio jurídico afectado por una causa de anulabilidad de las previstas en los arts. 1.300 y 1.301 del Código Civil (incluyendo los vicios de la voluntad como el error o el dolo) determina la extinción de la acción de nulidad, y que la confirmación del negocio jurídico anulable puede hacerse de forma expresa o tácita, incluyendo en este último supuesto la ejecución de un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a la causa de nulidad por la parte que pudiera invocar ésta, habiendo cesado la misma (arts. 1.309 y 1.311 del Código Civil). Lo cierto, sin embargo, es que en el desarrollo argumental del motivo segundo del recurso de apelación de la parte demandada no se menciona ningún acto concreto al que quepa atribuir el valor de confirmación tácita del contrato de préstamo hipotecario anulable, por implicar la voluntad clara del prestatario de renunciar a la causa de anulabilidad por error en el consentimiento, toda vez que la mera circunstancia de que el prestatario fuera plenamente conocedor de la fluctuación del tipo de cambio Euro-Yen no supone por si solo la voluntad de renuncia a la causa de anulabilidad ni determina la convalidación del contrato, la cual no operaría hasta que no hubiera finalizado completamente el tránscurso del plazo de cuatro años de caducidad de la acción de nulidad computado desde el dies a quo de dicho plazo. Como este plazo no

puede considerarse plenamente transcurrido a la fecha de interposición de la demanda que ha dado origen al pleito, tal como se ha razonado en el anterior fundamento de derecho, es evidente que no cabe afirmar con un mínimo fundamento que el contrato de préstamo hipotecario viciado por error en el consentimiento del prestatario hubiera sido convalidado por éste.

QUINTO.- El cuarto motivo pretende que la hipoteca multidivisa no es instrumento financiero por lo que no le corresponde la aplicación de la normativa del mercado de valores y jurisprudencia, en contra de lo que la sentencia apelada afirma con base en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, invocando la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 en apoyo de su crítica. En el motivo quinto sostiene que las cláusulas de préstamo no son condiciones generales de la contratación, ni son abusivas, ni provocan ningún desequilibrio ni adolecen de falta de transparencia. Ambos motivos se analizarán conjuntamente por razones de sistemática.

Como ya se ha adelantado, la sentencia del Pleno de la Sala 1^a del Tribunal Supremo nº 608/2017 adapta la jurisprudencia de este tribunal a la doctrina que resulta de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 3-12-2015 en el caso Banif Plus Banka, asunto C-312/14 . Esta última resolución consideró que las operaciones de cambio de divisa, accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto del propio préstamo, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste; y, dado que la definición de los instrumentos financieros a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión Europea, en concreto por 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), que los tribunales españoles deben aplicar de conformidad con la jurisprudencia del TJUE (art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial), el Tribunal Supremo concluye que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Sin embargo, esta conclusión no excluye la sujeción de las entidades financieras que conceden estos préstamos a las obligaciones de

información que establecen las normas de transparencia bancaria y las de protección de consumidores y usuarios, en los casos en que el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, ya que el hecho de que los préstamos multidivisa estén excluidos de la normativa MiFID no significa que no sean un producto complejo a efectos del control de transparencia como consecuencia de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos. Así, el Alto Tribunal destaca que el apartado segundo del fallo de la sentencia del TJUE de 20-9-2017 (caso Andriciuc), declara que la exigencia de transparencia "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". En este sentido la jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar (así, sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11 , caso RWE Vertrieb, §§ 44 y 49 a 51, y de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslné Rábai, asunto C-26/13 , § 70). También lo hace la sentencia del TJUE en el caso Andriciuc, que declara: "por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración" (§48).

Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre la base del art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1 , 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , 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 . En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación , a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predisposta, 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. Además, a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

En consecuencia, que la normativa MiFID no sea aplicable a los préstamos hipotecarios multidivisa no impide que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia. De acuerdo con la ya citada sentencia del Tribunal Supremo nº 608/2017 (en la que se reproduce

la doctrina de la sentencia de la propia Sala nº 323/2015, de 30 de junio), los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros, ya que al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. 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 determinar 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. En consecuencia, 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 (London InterBank Offered Rate), 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.

Como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, el Tribunal Supremo

subraya que la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en su considerando cuarto, hace referencia a los problemas existentes "en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado" y que "algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban". El considerando trigésimo de esta Directiva añade que "debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito (...)" Por esas razones, los arts. 11.1.j, 13.f y 25.6 de la Directiva imponen determinadas obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos asociados a la denominación del préstamo en una moneda extranjera. Aunque esta Directiva no es aplicable al presente caso por razones temporales, su contenido evidencia los problemas existentes en la contratación de préstamos en moneda extranjera y la necesidad de que el prestatario reciba una información suficiente sobre el juego de la moneda extranjera en la economía del contrato y en su posición jurídica y sobre los riesgos inherentes a ese tipo de préstamos. La obligación de transparencia en la contratación de estos préstamos es preexistente a la entrada en vigor de esta Directiva puesto que deriva de la regulación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. La novedad que en esta materia supone la Directiva 2014/17/UE consiste en establecer una regulación detallada de la información a facilitar y en protocolizar la documentación en la que tal información ha de prestarse así como la forma concreta en la que debe suministrarse.

A partir de las precedentes consideraciones se comprenderá que resultan inviables los dos motivos del recurso que han sido analizados conjuntamente, porque la circunstancia de que la normativa MiDIF (que es invocada en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia a partir de la cita de la sentencia del

Tribunal Supremo de 30-6-2015) no resulte de aplicación directa a las hipotecas multidivisa no supone que tampoco les resulten de aplicación las normas sobre protección de los consumidores y usuarios y la jurisprudencia en desarrollo de dichas normas que son invocadas por la Juez a quo y que coinciden sustancialmente con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que acaba de exponerse con cierto detalle, la cual ya ha encontrado reflejo en las citadas sentencias de 29-11-2017 y 18-12-2017 de esta misma Sala.

SEXTO.- Como motivo sexto, alega la imposibilidad de declarar la nulidad parcial por error del consentimiento y los efectos de las cláusulas no pueden ser los de constituir un préstamo nuevo en euros.

Cabe declarar la nulidad de la cláusula multidivisa, como se desprende de la Sentencia de 30 de abril de 2014 del Tribunal Europeo de Justicia, sala cuarta, asunto c-26/13, pues no forma parte del objeto principal del contrato, estipula la obligación del consumidor de abonar la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera pero no forma parte del precio del contrato, es decir, "*no puede calificarse como comprensiva de una <<retribución>>*". De forma que puede ser declarada abusiva al no caer dentro del ámbito de aplicación del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. En el contrato los contratantes no eligieron los yenes como principal y con posibilidad de cambio. Se pactó la concesión del préstamo solicitado, que había sido de 135.080 euros. Se pactó la elección de moneda, pero ello no constituye objeto principal del contrato en tanto que permite optar entre diversas monedas que pueden cambiarse durante la vigencia del mismo. Por tanto, la declaración de nulidad permite considerar como moneda pactada el euro, moneda nacional, desde el inicio del contrato. Y que ello no supone integración prohibida pues el mismo contrato en su cláusula tercera el devengo y cálculo de intereses y tipo aplicable, con dos previsiones distintas, una "EN DIVISAS", con el libor como tipo de referencia, y otra "EN EUROS", con el euribor como tipo de referencia.

Esta solución ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en su citada reciente sentencia 608/2017, números 53 a 55, en el que ha entendido que si cabe nulidad parcial:

"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 perjudicarle más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslemné 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 Káslemné Rábai, asunto C-26/13), apartados 76 a 85".*

De manera que no hay ningún obstáculo para apreciar la nulidad en la forma que lo ha sido, y el motivo fracasa.

Este sexto y último motivo tampoco puede ser acogido.

SÉPTIMO.- Fracasado el recurso, se imponen las costas del mismo a la recurrente, art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

F A L L A M O S

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bankinter, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Segovia en su procedimiento ordinario 443/2016 el 19 de septiembre de 2017, confirmando dicha resolución; con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.

La confirmación de la Sentencia de instancia supone la pérdida del depósito para apelar consignada por la parte recurrente, al que deberá darse el destino legal (D.D 15^a de la L.O.P.J) según redacción de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre.



Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de la utilización por las partes, de aquellos otros recursos para cuyo ejercicio se crean legitimados.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala y otra a los autos originales para su remisión al Juzgado de procedencia para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jesús Marina Reig, de esta Audiencia Provincial, estando el mismo celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha, certifico.