

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección 28 Refuerzo

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931830

Fax: 912749985

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0177850

Recurso de Apelación 1619/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 08 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1056/2016

APELANTE: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
PROCURADOR D./Dña. JAIME QUIÑONES BUENO

APELADO: ASUFIN en nombre e interés de [REDACTED]
Y [REDACTED] D./Dña. [REDACTED] y

D./Dña. [REDACTED]
PROCURADOR D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO

SENTENCIA N° 1820/2019

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. PEDRO POZUELO PÉREZ

D./Dña. ISABEL OCHOA VIDAUR

D./Dña. Mª ANGELES MARTIN VALLEJO

En Madrid, a veinte de diciembre de dos mil diecinueve.

La Sección 28 Refuerzo de 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 1056/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 08 de Madrid a instancia de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA apelante - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. JAIME QUIÑONES BUENO y defendido por el/la letrado D. MANUEL BALLESTEROS MARTÍNEZ DE MEDINILLA contra ASUFIN en nombre e interés de [REDACTED] Y [REDACTED] D./Dña. [REDACTED] y D./Dña. [REDACTED] apelado - demandante, representado por el/la Procurador D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO y defendido por el/la letrado D. IVAN SÁNCHEZ MORENO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 19/02/2018.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D./Dña. PEDRO POZUELO PÉREZ**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 08 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 19/02/2018, cuyo fallo es el tenor siguiente:

“Estimo la demanda presentada por el procurador Sr. Iglesias Arauzo, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE USUARIO [REDACTED]dad que terés de sus asociados D. [REDACTED] y doña [REDACTED] contra BANCO POPULAR ESPANOL, S.A. y en consecuencia:

DECLARO la NULIDAD parcial de la escritura de ampliación y modificación del préstamo con garantía [REDACTED] 13 de ma [REDACTED] e 2018, autorizada por el Notario de Madrid D. [REDACTED] número [REDACTED] de protocolo, excluyendo del mismo, las cláusulas y condiciones en virtud de las cuales el prestatario se endeuda en una divisa extranjera y se obliga a pagar en dicha divisa las cuotas de amortización por [REDACTED] zonas, p [REDACTED] ntimiento prestado por D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED] y CONDENO a la entidad demandada a reconfigurar el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, siendo la cantidad adeudada el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe del préstamo, DOSCIENTOS MIL TREINTA Y OCHO EUROS CON NOVENTA Y CUATRO CÉNTIMOS [REDACTED] cantidad [REDACTED] 2002 hasta la fecha por D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED] también en euros, en concepto de principal e intereses y subsistiendo el el contrato sin los contenidos declarados nulos, hasta el abono de la cantidad adeudada, entendiendo que el préstamo lo fue de 202.038,94 euros, y que las amortizaciones deben de realizarse también en euros, utilizando como tipos de interés la referencia fijada en la propia escritura de préstamo, esto es, EURIBOR+0,35 puntos, devolviéndose los gastos y las comisiones de cambio aplicadas una vez eliminado el contenido nulo y soportando la demandada los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento. Con condena en costas a la parte demandada, considerándose la demanda de cuantía indeterminada a tal efecto”

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Que por la representación procesal de la denominada ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS, se interpuso demanda en nombre de sus asociados don [REDACTED] y doña [REDACTED] contra la mercantil BANCO POPULAR, solicitando sucesivamente la declaración bien de nulidad radical bien de anulabilidad por error vicio del consentimiento del clausulado multidivisa de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria concertado entre las partes, o bien la declaración de nulidad de cláusulas abusivas. La base de dicha reclamación estriba en que los representados de la entidad demandante formularon con la entidad demandada un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, denominado coloquialmente multidivisa de fecha 13 de mayo de 2008 sin que por parte de los comerciales de la entidad financiera se les hubiera advertido de los riesgos y de las circunstancias de dicha operación, lo que ha motivado que a pesar de llevar varios años abonando puntualmente el importe del préstamo apenas se ha visto reducida su deuda con el banco en una cantidad muy exigua.

Por la entidad financiera se personó en autos contestó la demanda oponiéndose la misma, y aduciendo esencialmente que, dado que don Eduardo tenía la condición de piloto, el mismo

se había acogido a un convenio que la entidad financiera tenía con el sindicato de pilotos de líneas aéreas, en anagrama SEPLA, y que precisamente tuvo conocimiento a través de dicho sindicato y a través de la información que existía de las circunstancias y características del préstamo multidivisa.

La sentencia estimó sustancialmente la demanda declarando la nulidad parcial del contrato, si bien en la fundamentación jurídica de la misma se hace eco de la reciente orientación jurisprudencial acerca de la caracterización de este tipo de contratos y plasmada en la inicial sentencia del Tribunal Supremo número 608/2017.

Contra dicho pronunciamiento se interpone por la entidad demandada el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Que sobre este tipo de contratos, popularmente conocidos como contratos multidivisa, se ha pronunciado ya esta sección de refuerzo en varias de sus resoluciones entre ellas y por citar alguna de las más recientes en la sentencia de fecha 27 Junio 2019, en donde hemos venido decir que:

“...la conocida popularmente como "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank OfferdRate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario.

Los riesgos de este instrumento financiero difieren de los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros, pues al riesgo de variación del tipo de interés se suma el tipo de cambio de la divisa elegida que se aplica, y que sirve 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, todo lo que puede suponer, en caso de que la divisa elegida se haya apreciado frente al euro, que 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, que puede llegar a ser desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos (en este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de Junio de 2.015).

Para resolver los diversos problemas que plantea esta figura son esenciales las importantes Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 y Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 , 31 de octubre de 2018 , 26 de noviembre de 2018 y 14 de marzo de 2019 . De las mismas se desprende la siguiente doctrina:

1º) El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores .

El Tribunal Supremo continúa la doctrina sentada en la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre , que modificó la inicialmente establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, acomodándose a la jurisprudencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14 , que declaró que el artículo 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".

2º) las "cláusulas multdivisa" del contrato celebrado por las partes son condiciones generales de la contratación .

Las "cláusulas multdivisa" no son cláusulas negociadas, sino condiciones generales de contratación. El hecho de que el cliente tomara la iniciativa de contratar o que hubiera antes acudido a otros bancos para interesarse sobre las condiciones del préstamo hipotecario en divisas no elimina la caracterización de estas cláusulas como condiciones generales de contratación.

Argumenta el TS que "En definitiva, como dijimos en nuestra anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo (la que los prestatarios necesitaban refinanciar), el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento "divisa extranjera" que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento "divisa extranjera" en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato".

3º) el control de transparencia y abusividad de las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisa y al cambio de una divisa a otra .

Tanto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017, como la STS de 15 de noviembre de 2017, coinciden en que el clausulado **multidivisa** integra el objeto principal del contrato y por ello queda excluida la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas **multidivisa** "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible" (el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13 , señala que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"). Ahora bien, las Sentencias referidas establecen que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales que definen el objeto principal del contrato, no puede reducirse sólo al carácter comprensible de las cláusulas en un plano formal y gramatical, sino el nivel de información debe entenderse de manera que permita al consumidor alcanzar un conocimiento real de las mismas y comprender todas sus consecuencias económicas y jurídicas. En ese sentido, el apartado 15 del fundamento octavo de la STS de 15 de noviembre de 2015 dice al respecto que "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 el mismo sentido, en los apartados 44 a 51 de la sentencia del TJUE, se indica 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" (apartado 49); "el prestatario deberá 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" (apartado 50).

El Tribunal Supremo señala que la obligación que recae en la entidad de crédito de informar sobre los riesgos que se derivan del juego que la moneda nacional del préstamo y de las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro, incide tanto en las cuotas del préstamo como en el capital pendiente de devolución (apartados 25 y 26). El consumidor puede conocer que las divisas fluctúan, pero debe ser advertido de que la variación de las cuotas puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos (apartado 27). El riesgo de recálculo al alza del capital pendiente podía implicar la facultad de resolver anticipadamente el préstamo si este superada en un determinado porcentaje el valor de tasación de la finca, riesgo del que debe ser informado el consumidor (apartados 30).

En definitiva, tanto el TS como el TJUE concretan que la entidad debe proporcionar información al consumidor sobre los riesgos derivados del tipo de cambio y de la incidencia, tanto en la cuota como en el capital pendiente de devolución, de la fluctuación de las divisas. Por otra parte, el TS recuerda su tan conocida doctrina relativa a que la intervención del Notario no sule por sí solo el cumplimiento del deber de transparencia y el hecho de que el contrato permita cambiar de divisa no excluye el riesgo derivado de la fluctuación.

En cuanto al contenido del carácter abusivo de la cláusula, de las dos sentencias referidas se desprende que si el profesional cumple con el deber de transparencia, entendido como lo hemos expuesto, queda excluida la abusividad, que no puede ser apreciada por referirse a un elemento esencial del contrato.

La falta de información sobre los riesgos en los términos expuestos no produce como efecto directo la nulidad sino que posibilita la apreciación del carácter abusivo de la cláusula, esto es, la falta de transparencia es el punto de partida del control de abusividad entendido en el sentido del artículo 3.1.º de la Directiva y artículo 82 de la LGDCU.

*Y es que de las sentencias referidas se entiende que para apreciar el carácter abusivo de la cláusula **multidivisa** no basta con constatar que la entidad de crédito ha incumplido el deber de informar sobre los riesgos de la operación en los términos que hemos reseñado al analizar el control de transparencia, sino que es necesario un plus de reproche o deslealtad en la actuación de profesional. El examen de la buena o mala fe de la entidad de crédito exige tomar en consideración "todas las circunstancias del litigio" y, en especial, "la experiencia y los conocimientos del profesional en lo que respecta a las variaciones de los tipos de cambio y a los riesgos inherentes a la suscripción" de este tipo de contratos. A partir de ello, habrá que determinar si el consumidor conformó de forma adecuada su voluntad y aceptó todos los riesgos (juicio de relevancia). La Sentencia del TJUE se refiere*

a ese juicio de relevancia para afirmar que: "para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual" (apartado 57).

Como circunstancias relevantes para valorar la buena fe del profesional y el desequilibrio, podemos señalar las siguientes:

- La Sentencia del TJUE prioriza la experiencia y los conocimientos de la entidad de crédito en lo que respecta a las variaciones del tipo de interés.

Podrá tenerse en cuenta, a este respecto, informes sobre la evolución de tipos de cambio que se hubieran hecho públicos o que pudieran estar a disposición del profesional. También puede ser un indicio relevante la evolución de la divisa en los meses inmediatamente anteriores y posteriores a la celebración del contrato.

- El perfil del consumidor, esto es, su formación en general y la financiera en particular; si está previamente informado sobre esta modalidad de préstamo; la moneda en la que percibe su salario y, más en general, si está acostumbrado a negociar o a utilizar divisas extranjeras.

- El nivel de ingresos del consumidor y la repercusión que sobre ellos puede conllevar una alteración sustancial en el importe de las cuotas como consecuencia de la evolución del tipo de cambio.

- Las razones que pueden haber llevado al consumidor a suscribir un préstamo multdivisa, como puede ser su pertenencia a colectivos que han firmado acuerdos con entidades financieras.

- El grado de información sobre los riesgos inherentes al producto proporcionado al consumidor en el momento de contratar. La falta absoluta de información, en atención a las particulares circunstancias del consumidor (supuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 de un prestatario que percibe su salario en euros, que destina el préstamo a cancelar préstamos anteriores y, en definitiva, que se encuentra en una situación económica difícil que le aboca a una ejecución hipotecaria), puede determinar por sí sola el carácter abusivo de las cláusulas **multidivisa**.

La carga de la prueba de esas circunstancias le corresponde al predisponente.

En cuanto a la iniciativa para contratar el producto y su valor, la STS de 21 de abril de 2018 señala que " el hecho de que fueran los demandantes quienes acudieron al banco para contratar un préstamo hipotecario en divisas o que otros bancos ofrecieran también ese tipo de préstamos, y los demandantes hubieran acudido antes a otro banco para interesarse por este producto, no elimina el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran la reglamentación contractual, a menos que el banco pruebe que hayan sido el fruto de la negociación con el cliente, lo que en este caso no ha sucedido, y por otra parte no sería creíble a la vista de la complejidad de las "cláusulas multdivisa " y de que los prestatarios eran simples consumidores, sin poder de negociación.

3.- En la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, tratamos extensamente esta cuestión y a ella nos remitimos, porque los argumentos allí expresados son plenamente aplicables a este recurso.

De lo dicho en esa sentencia nos basta con recordar que "la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

Asimismo, afirmamos en dicha sentencia:

"b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

" c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios".

4.- Que hayan sido los demandantes quienes, atraídos por las ventajas que se predicaban de las hipotecas en divisa extranjera, acudieran al banco a interesarse por el producto tampoco enerva el carácter de condición general de las cláusulas del contrato, puesto que no elimina las características de este tipo de cláusulas como son la generalidad, la predisposición y la imposición. Naturalmente, lo que ha de ser objeto de imposición para que estemos ante una condición general no es la celebración misma del contrato (estaríamos en tal caso en un supuesto de vicio del consentimiento) sino la concreta reglamentación contractual que integra tal contrato, y eso tiene lugar en estos supuestos de contratación en masa tanto cuando es el empresario quien tiene la iniciativa de dirigirse al potencial cliente como cuando es este quien acude al empresario a interesarse por su producto o servicio.

5.- De aceptar el razonamiento del banco recurrido se llegaría al absurdo de negar en todo caso el carácter de condiciones generales a las cláusulas de los contratos predispuestos por los empresarios para la contratación en masa cuando fuera el cliente el que acude al establecimiento a interesarse por el producto y ha examinado las ofertas de otros competidores, lo que es frecuente en los sectores en los que hay un consenso sobre el carácter de condiciones generales de las cláusulas utilizadas en los contratos suscritos entre el empresario y el cliente, como es el caso de los contratos bancarios, de seguros, suministro eléctrico o telefonía.

6.- En definitiva, como dijimos en nuestra anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo (la que los prestatarios necesitaban refinanciar), el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento "divisa extranjera" que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento "divisa extranjera" en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato."

En cuanto al momento del juicio de abusividad hay que estar a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, sin que pueda depender de acontecimientos posteriores, como pudiera ser las variaciones del tipo de cambio.

. La STJUE de 20 de septiembre de 2017 se extiende de forma notable en interpretar la forma en la que debe llevarse a cabo el control de transparencia, así como la finalidad que el mismo persigue. En cuanto a esta última, expresa en el apartado 476 que "incumbe al juez nacional, (...) verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso". Por consiguiente,

el objetivo último del control de transparencia consiste en determinar si el consumidor se ha encontrado al contratar en situación de poder conocer y comprender adecuadamente todos aquellos elementos que tienen incidencia en las obligaciones asumidas. Ello incluye, en un contrato como es el préstamo multidivisa, los riesgos asociados al producto contratado.

11. *La STJUE hace referencia, en el apartado 49, a la extraordinaria importancia de esos riesgos, a la que también nosotros nos referíamos en nuestra Sentencia de 26 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:4033), con alusión a 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. Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva 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", así como 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". En el considerando trigésimo, la Directiva añade que "[d]ebido 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. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio".*

En los arts. 13.f/ y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.

12. *En suma, esa Directiva nos sirve para justificar que lo pactado no es algo corriente, al menos en las relaciones entre una entidad bancaria y un consumidor y menos aún cuando el consumidor se encuentra en una situación tan vulnerable como es la que se produce en el momento de la solicitud de financiación para la compra de su vivienda habitual. Por tanto, lo que pone de manifiesto esa Directiva es que en estas situaciones se produce una situación de vulnerabilidad extraordinaria del consumidor que hace precisa una intervención del legislador para remediarla, al menos hacia el futuro. Y, en cuanto al pasado, esto es, respecto de los contratos ya celebrados, la enseñanza de la Directiva 2014/17/UE sirve al juez para justificar la idea de que al contrato se asocia una importante situación de riesgo para el consumidor, lo que ha de conducir a extremar la interpretación de las garantías relativas a la forma en la que se produjo la prestación de su consentimiento contractual.*

13. *La doctrina que emana de la STJUE de 20 de septiembre es particularmente elocuente respecto de ese punto, al poner mucho énfasis en los deberes de lealtad y diligencia que pesan sobre el Banco, deberes que comportan unas especiales obligaciones de información que el Banco debe prestar al consumidor. A pesar de que en la STJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14) se afirmara que el préstamo multidivisa no es un producto de inversión, razón por la que no le resultan de aplicación la normativa MiFID (esto es, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financiero), ello no impide que la intensidad y calidad de la información que el Banco debe suministrar al cliente se aproxime mucho a la que es propia de los productos de inversión, porque los riesgos son similares.*

14. El alcance de ese derecho de información constituye uno de los pilares fundamentales (no el único, como veremos) de la doctrina que establece la STJUE de 20 de septiembre de 2017. En el apartado 47 se expresa que esa información debe permitir "... a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar" el coste total del préstamo, lo que incluye las consecuencias económicas adversas y desconocidas en el momento de contratar que se puedan derivar de la evolución de los mercados de divisas.

15. El deber de prestar información que pesa sobre el Banco se proyecta en una doble dirección: de una parte, como exigencia del deber de lealtad de quien se encuentra en clara posición de ventaja hacia quien está en clara posición de desventaja, implica que el Banco ponga en conocimiento del cliente toda aquella información relativa al conocimiento de los mercados de divisas a las que haya podido tener acceso de forma ordinaria, esto es, sin un especial esfuerzo o inversión de medios por su parte; de otra, ese deber de información se ha de acomodar a las concretas circunstancias de cada consumidor, a su grado de información y conocimiento de los mercados, para asegurarse (le entidad financiera) de que ambas partes prestan de forma efectiva el consentimiento sobre un mismo objeto, determinado previamente con la necesaria claridad.

TERCERO. – En primer lugar conviene aclarar, y siguiendo entre otras las directrices de la SAP Barcelona 13 Noviembre 2019

Como hemos dicho en resoluciones anteriores (por ejemplo, núm 135/2017, de 22 de enero de 2018, ECLI:ES:APB:2018:140), en nuestra opinión, el planteamiento del conflicto no debe ser el de examinar la acción de nulidad de la cláusula multdivisa desde la óptica de la acción de error en el consentimiento , como hace la actora en la demanda, si bien es cierto que ejercita esta acción acumuladamente con otras .

6. Si lo que la demanda pretende es la nulidad de una concreta estipulación (o de varias de ellas), no la nulidad del contrato de préstamo, creemos que lo razonable no es examinar esa cuestión desde la perspectiva de los vicios en el consentimiento, que solo es propia del examen de la validez del negocio jurídico, no así de la que corresponde al examen de la validez de sus concretas estipulaciones. Y, como indica el art. 9.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), es la nulidad de una condición general lo que puede determinar la nulidad del contrato, cuando afectara a uno de los elementos esenciales del mismo, en los términos del artículo 1261 del Código Civil. Si bien, en este caso, estamos hablando de los efectos de la nulidad de la estipulación que pueden determinar también la del contrato. Pero ello no autoriza a poder aplicar, al menos de forma directa, la doctrina de los vicios del consentimiento al examen de la validez de las condiciones generales, ya que se trata de una doctrina sobre la validez del negocio jurídico.

7. Por tanto, si de lo que se trata es meramente de analizar la validez de unas concretas condiciones generales, habrá que estar a las acciones de impugnación propias de las condiciones generales, que son las que se regulan en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, concretamente, la acción de no incorporación (art. 7) y la acción de nulidad de la estipulación (art. 8). La nulidad parcial de un contrato, esto es, la nulidad de alguna de sus estipulaciones que no afecte al propio contrato, solo se admite de forma excepcional en nuestro ordenamiento, en los casos en los que expresamente lo dispone el legislador, entre los que no se encuentra la impugnación de cláusulas predispuestas con carácter general. Cuando nuestro Código Civil regula la nulidad por vicios en el consentimiento no se refiere nunca a la nulidad parcial sino que lo hace siempre a la nulidad del contrato. Y ello debe entenderse sin perjuicio de que, como veremos, y ya hemos

adelantado en parte, la doctrina sobre los vicios de la voluntad, y particularmente sobre el error, no es completamente ajena al examen de la validez de las cláusulas, al menos en el caso del préstamo **multidivisa**, sino que entre ambas existe un importante paralelismo. Como hemos anticipado, no se aplica de forma directa la acción de nulidad con fundamento en los vicios en el consentimiento, sino que se hace una aplicación indirecta de la doctrina de los vicios, porque, como se analizará más adelante, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente, la causa directa de nulidad de las estipulaciones multidivisa reside en la falta de transparencia y la existencia de falta de transparencia se conecta esencialmente con el grado de información recibido por el consumidor y con la trascendencia que el eventual déficit de información pudiera haber tenido sobre la correcta formación de la voluntad negocial por parte del consumidor adherente.

8. A lo expuesto debemos añadir que la cuestión relativa a la validez de las hipotecas multidivisa o de las cláusulas contractuales relativas al pacto multidivisa ha sido objeto en los últimos años de diversidad de pronunciamientos, tanto por parte del Tribunal Supremo como del Tribunal de la Unión Europea, en la mayor parte de los cuales se plantean en sustancia las mismas cuestiones que en el presente proceso. Por tanto, aunque la demanda no se haya acomodado a los términos en los que se ha venido planteando la cuestión ante esos órganos, creemos que no existe un gran inconveniente para aplicar la doctrina que dimana de las diversas resoluciones que han dictado, alguna de ellas reciente y de gran impacto en nuestro tema.

El planteamiento de la cuestión es, en tales resoluciones, desde la perspectiva de lo previsto en el art. 4.2 de la Directiva 1993/13, esto es, desde la perspectiva del control de transparencia, como corresponde a una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato, como es la cláusula multidivisa. Seguiremos en lo sustancial ese mismo esquema argumentativo.

9. Ello determina una consecuencia práctica importante, cual es que no puedan ser estimados los motivos de la impugnación relativos a la caducidad de la acción, y a la prestación de un consentimiento viciado por error, motivos que solo tienen justificación desde la perspectiva de la acción de vicios en el consentimiento. A la acción de nulidad de las cláusulas ni se aplica la caducidad o la prescripción (salvo en cuanto a los efectos) ni tampoco la doctrina sobre la confirmación del contrato, instituciones ambas propias de las acciones de anulabilidad, resultando ello extensible al resto de alegaciones de la actora en relación a la acción de nulidad radical por vulneración de normas imperativas.

La sentencia de instancia en este sentido enfoca correctamente el problema, y con independencia de que concretamente el fallo parece deducirse que se aprecia una acción de nulidad parcial, realmente dada la fundamentación jurídica de la sentencia, parece evidente que lo que está cogiendo en realidad es una nulidad de las cláusulas por ser las mismas abusivas conforme a los dictados de la jurisprudencia más reciente

Que la vista las anteriores consideraciones, resulta evidente que lo verdaderamente relevante a los efectos de la nulidad interesada por la demandante consiste en determinar si la citada opción o clausulado multidivisa fue objeto de una particular e individualizada negociación con los demandantes -prestatarios- y si estos, en cuanto consumidor medio sin especiales conocimientos financieros, recibieron una información previa, veraz, adecuada y suficiente sobre dicho producto a fin de que pudiera comprender el alcance y la trascendencia jurídica y económica del mismo, sus riesgos implícitos y las pérdidas que podría conllevar su contratación por las oscilaciones del tipo de interés y cotizaciones de la divisa.

En concreto esta Secc 28 en su sentencia de fecha 12 de Septiembre de 2019, ha venido a afirmar que:

“En la contratación de los préstamos hipotecarios multidivisa, y a criterio de esta Sala, resulta esencial para poder determinar si la cláusula es o no transparente que al prestatario se le hayan realizado simulaciones de los distintos escenarios que podrían darse en función de la evolución de la cotización de la divisa de referencia con respecto al euro, y que además exista constancia documental de que se hayan realizado las simulaciones de los distintos escenarios que pueden darse en atención a la evolución de la cotización de la divisa por parte de los empleados de la entidad bancaria demandada responsables de la comercialización. El cumplimiento de este requisito es fundamental para poder ejercitar un control adecuado de la transparencia de la cláusula, pues cualquier consumidor medianamente informado no puede ignorar los efectos que produce la cláusula multidivisa tanto en el incremento de las cuotas de amortización como en el capital del préstamo, si además del contenido de la información sobre el préstamo hipotecario y sus condiciones que obran en la escritura notarial, se le realizan distintos ejemplos que pongan de manifiesto la evolución económica del préstamo en función de las distintas alternativas que se presenten, según la divisa de referencia se deprecie o aprecie respecto del euro. En atención a dichos ejemplos el prestatario podrá comprobar que en el peor de los escenarios, que es cuando la divisa de referencia se revaloriza frente al euro, las condiciones del préstamo son más gravosas para su economía, puesto que ello supondrá un incremento tanto de las cuotas de amortización como del capital.

Pues bien a la vista las pruebas obrantes en autos, no puede decirse que la entidad financiera haya conseguido acreditar que se dio la información exigible y en la forma que la sentencia 608/2017 del Tribunal Supremo realiza.

En efecto todo el discurso argumentativo de la entidad financiera, se reduce esencialmente a considerar que como quiera que el banco tenía un convenio, un concierto con el SEPLA, precisamente a través de ese concierto es por lo que el demandante tuvo conocimiento la cláusula multidivisa, y a través de los documentos y los folletos que conformarían el acuerdo, el convenio con el sindicato al que pertenece el demandante el mismo tendría información suficiente sobre las características de la hipoteca.

Desde luego el motivo no puede prosperar ni ser atendido y ello por la poderosa circunstancia de que realmente son los empleados de la entidad financiera los encargados de dar la información pertinente y legalmente exigible, sin que puedan descargar su responsabilidad en la existencia de unos folletos de unos convenios con un sindicato concreto, en el caso el SEPLA, por otra parte se desconoce en qué forma y en qué medida el demandante pudo tomar conocimiento las circunstancias de la hipoteca multidivisa. A ello se añade que como puede verse de las características de dicho convenio, el mismo no se limita exclusivamente a la concertación de préstamos hipotecarios en la modalidad multidivisa, sino que abarca una gran cantidad de operaciones financieras que se ofrecen a los colectivos del sindicato en condiciones favorables, como puedan ser servicios de inversión servicios de tarjetas etc., que nada tienen que ver con una hipoteca multidivisa.

No es suficiente la previsión en la escritura de que el cliente asume los riesgos del cambio de las divisas. No hay prueba de que se informara de los riesgos derivados del tipo de cambio y de la incidencia, tanto en la cuota como en el capital pendiente de devolución, de la fluctuación de las divisas. No hay acreditación alguna de negociación individual en cuanto al modo en que operaba el elemento "divisa extranjera" en la posición jurídica y económica asumida por las partes en el contrato.

No hay en definitiva, la información precontractual necesaria, clara y adecuada, para que los clientes hubieran podido tener, al adoptar la decisión de contratar, conocimiento real y efectivo de la trascendencia económica y jurídica de la cláusula, y, singularmente, en concreto, por un lado, sobre la eventualidad de 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 el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa o de una fuerte apreciación de ésta respecto de aquél; y, por otro lado, sobre la circunstancia de que la fluctuación de la divisa implica también un recálculo constante del capital prestado, lo que podría determinar, en algún caso, que el capital pendiente de amortizar llegara a ser incluso superior al capital prestado, a pesar de haber hecho frente al pago de todas las cuotas. No se trata aquí de que la entidad bancaria no tenga control sobre los tipos de cambio, sino de que informe de los riesgos de la operación.

Tampoco existió información en el sentido requerido en el propio préstamo hipotecario, ni desde luego es suficiente a tal efecto, la remisión de extractos bancarios posteriores en orden a la evolución del préstamo.

Por otra parte, y en lo que hace referencia a la abusividad de la cláusula, al objeto de determinar si el consumidor conformó de forma adecuada su voluntad y aceptó todos los riesgos (juicio de relevancia) entendemos que lo actuado pone de manifiesto, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato pues no consta que los clientes tuviesen formación bancaria. No consta que la moneda en que perciben sus ingresos sea otra que el euro, ni desde luego se ha probado, que esté acostumbrada a negociar o a utilizar divisas extranjeras, y el mero hecho de que el demandante tenga la condición de piloto comercial per se no lo convierte en un experto en el manejo de divisas. Por otra parte el mero hecho que algunas resoluciones de otras Audiencias Provinciales, en concreto la de Barcelona, hayan podido apreciar que en este tipo de contratos se han cumplimentado los criterios de transparencia, ello no implica que tales criterios deben llevarse a la generalidad los contratos multdivisas, pues esa esa propia Audiencia Provincial además de la sentencia que se cita en otras resoluciones así como otras Audiencias Provinciales, ha procedido a declarar la nulidad parcial y a declarar abusivas las cláusulas que conforman la opción multdivisa de contratos de préstamo en todo idénticos al que hoy ocupa la atención de la sala, y en los cuales el prestatario ostentaba también la condición de afiliado al SEPLA

Por otro lado, la cláusula que permite el cambio de divisas y el ejercicio de ese cambio no supone superación de la falta de transparencia inicial. Tampoco añade nada a la exigencia de información, aquí omitida, el hecho de que se acudiera a la hipoteca multdivisa, tras venir de una hipoteca anterior referenciada a euros. En última instancia no cabe duda que se produce unos perjuicios para los demandantes, quienes a pesar de haber sufragado durante casi 10 años las cuotas correspondientes del préstamo hipotecario, realmente han visto su deuda, en euros, disminuida en una cantidad verdaderamente escasa, y aun cuando el demandante pueda tener unos ingresos razonables por su profesión, lo cierto y verdad es que se produce un perjuicio evidente para los prestatarios al haber conseguido una disminución del capital del préstamo en una cantidad verdaderamente exigua.

Por todo ello el recurso debe ser desestimado y la sentencia confirmada.

CUARTO.- Que las costas de la presente alzada deberán ser de cuenta de la parte recurrente.

FALLO que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales señor Quiñones Bueno, en nombre y representación que ostenta contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de los de esta Capital de fecha 19 de febrero de 2018 a que el presente rollo se contrae y, en consecuencia, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la meritada resolución todo ello con expresa imposición a la recurrente de las costas del recurso

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 depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 5399-0000-00-1619-18, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección 28 Refuerzo

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931830

Fax: 912749985

37070870

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0177850

Recurso de Apelación 1619/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 08 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1056/2016

APELANTE: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

PROCURADOR D./Dña. JAIME QUIÑONES BUENO

APELADO: ASUFIN en nombre e interes de [REDACTED]

[REDACTED] Y [REDACTED] D./Dña. [REDACTED]

[REDACTED] y D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia certifico.

En Madrid a 23 de enero de dos mil veinte.

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMÓN. DE JUSTICIA DE LA SECCIÓN

Fdo.: D./Dña. JOSE ALFREDO RODRIGUEZ NUÑO

Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 24/01/2020 11:29

Mensaje

IdLexNet	202010318130162	
Asunto	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 20/12/2019)	
Remitente	Órgano	AUD.PROVINCIAL CIVIL/PENAL SECCION N.28 BIS de Madrid, Madrid [2807937728]
	Tipo de órgano	AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO AUD. PROVINCIAL CIVIL [2807900004]
Destinatarios	QUIÑONES BUENO, JAIME [2619]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	IGLESIAS ARAUZO, RAMON VALENTIN [2025]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
Fecha-hora envío	23/01/2020 21:45	
Documentos	4007895_2020_I_248474627.RTF (Principal)	
	Hash del Documento: f698d819fcaef074b60757f944dd69ee492fd78b	
	4007895_2020_E_35276373.ZIP (Anexo)	
	Hash del Documento: e0d5fba5845a33f8639abea86b99ec2365164b80	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 2 N° 0001619/2018)
	Detalle de acontecimiento	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 20/12/2019)
	NIG	2807900220160177850

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
24/01/2020 11:15	IGLESIAS ARAUZO, RAMON VALENTIN [2025]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
24/01/2020 09:39	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPARTE A	IGLESIAS ARAUZO, RAMON VALENTIN [2025]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.