

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección 28 Refuerzo

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931830

Fax: 912749985

37007740

N.I.G.: 28.013.00.2-2016/0003357

Recurso de Apelación 254/2018 Negociado 5

O. Judicial Origen: Juzgado mixto nº 04 de Aranjuez
Autos de Procedimiento Ordinario 648/2016

APELANTE: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS
PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO JOSE AGUDO RUIZ

APELADO: BANKINTER SA
PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

SENTENCIA 875/2019

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

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

D./Dña. RAMÓN BADIOLA DíEZ

D./Dña. LUIS AURELIO SANZ ACOSTA

D./Dña. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

En Madrid, a diecisiete de julio 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 648/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 04 de Aranjuez a instancia de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS apelante - demandante, representado por el/la Procurador D./Dña. FRANCISCO JOSE AGUDO RUIZ y defendido por el/la Letrado D. IVAN SÁNCHEZ MORENO contra BANKINTER SA apelado - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL y defendido por el/la Letrado D. JUAN AGUADO DOMINGO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 11/09/2017.

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. LUIS AURELIO SANZ ACOSTA**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 04 de Aranjuez se dictó Sentencia de fecha 11/09/2017, cuyo fallo es el tenor siguiente:

“Que desestimando la demanda interpuesta por D. Francisco José Agudo Ruiz en representación la ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) que actúa en defensa de los derechos e intereses de sus asociados D. [REDACTED] y Dª [REDACTED] con la asistencia letrada de D. Iván Sánchez Moreno contra BANKINTER S.A. representado por el procurador D. Francisco José Abajo Abril, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra, con expresa condena en costas a la parte demandante.”

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, 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.- En el escrito inicial que encabeza este procedimiento, se promovió en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS, que actúa en defensa de D. [REDACTED] y Dª [REDACTED] demanda de juicio ordinario contra la entidad BANKINTER S.A., en ejercicio de una acción de nulidad de la cláusula multidivisa obrante en el préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes con fecha 25 de abril de 2008 por error en el consentimiento y, subsidiariamente, por ser una condición general de la contratación que no reúne el requisito de transparencia por falta de información; y se dictó sentencia, desestimando la demanda, con imposición de costas a la actora.

Disconformes los demandantes, ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS, que actúa en defensa de D. [REDACTED] y Dª [REDACTED] se formula recurso de apelación alegando, en síntesis, los siguientes motivos de apelación:

1º.- Indebida estimación de la excepción de caducidad.

2º.- Incorrecta inaplicación de la Ley del Mercado de Valores, obviando que estamos ante un instrumento financiero complejo.

3º.- Error en la valoración de la prueba, por cuanto de lo actuado y frente a lo que se expone en la sentencia de primera instancia, no recibieron la información suficiente para entender la

naturaleza y consecuencias de la hipoteca multidivisa contratada, ni se advirtió el perfil conservador de los prestatarios, todo lo que supone la existencia del error-vicio del consentimiento imputado en la demanda y la falta de transparencia del cláusulado multidivisa.

La apelada, BANKINTER S.A., interesó la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Hemos de manifestar, en primer lugar, que la acción por error vicio, entablada por los actores y rechazada por la sentencia apelada es inviable, lo que hace inútil el análisis de su ejercicio extemporáneo, al rechazar el Tribunal Supremo declarar la nulidad parcial de un contrato cuando concurra error por vicio del consentimiento al afectar a elementos esenciales del contrato que viciarían la totalidad del mismo y no sólo del cláusulado multidivisa. En este sentido, el Tribunal Supremo señala en sus sentencias de 1 de julio de 2016 y 2 de febrero de 2017 lo siguiente: “Aunque el incumplimiento de los deberes de información sí podría tener incidencia en la apreciación del error vicio, la nulidad por este vicio del consentimiento debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no sólo de 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: «Como 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». En cuanto se había pedido en la demanda únicamente la nulidad de la cláusula relativa al derivado implícito, y no del resto del contrato, el motivo debe desestimarse porque el incumplimiento de los deberes de información invocados en ningún caso podría justificar lo pedido en la demanda”. También la de 8 de junio de 2017.

Procede, por tanto, centrarnos en los aspectos del recurso referentes a la acción subsidiaria de nulidad de condiciones generales de la contratación por abusividad y falta de transparencia y, desde este punto de vista, debe comenzar por afirmarse que la acción entablada no está caducada, pues la declaración de nulidad pretendida es la de pleno derecho o absoluta (en nulidad parcial, pues se refiere tan solo al cláusulado multidivisa) y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, lo que determina que no esté sujeta al plazo de caducidad del artículo 1301 del Código civil y ya en este punto debe revocarse la sentencia.

TERCERO.- Analizando el resto del recurso de apelación cabe decir que aduciéndose error en la valoración de la prueba, debe significarse que ha de ser respetada la valoración probatoria de los órganos judiciales en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica. Por tanto, debe respetarse el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o valoración en conciencia de las pruebas practicadas, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, como tiene declarando el Tribunal Constitucional (sentencia 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994), salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el

propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, porque prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente.

Ciertamente, el recurso de apelación tiene un carácter ordinario y, por ende, puede oponerse cualquier motivo de impugnación, incluida la errónea valoración probatoria con plenitud de cognición, sin que a tal efecto sea obstáculo el principio de inmediación pues, a la entrada en vigor de la LEC 1/2000, de 7 de enero, dicha inmediación también la ostenta el tribunal de apelación a través del soporte audiovisual donde deben recogerse y documentarse los juicios y vistas orales en los que se practica la prueba en primera instancia, de manera que el órgano de apelación puede apreciar directamente la práctica de todas las pruebas e incluso la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha señalado que el recurso de apelación es un recurso ordinario *“que permite una plena ‘cognitio’ de la Audiencia Provincial con competencias plenas en la valoración de la prueba”* (sentencias de 21 de diciembre de 2009 y 22-11-12).

Entrando a conocer de la acción de nulidad por abusividad entablada y que es objeto del recurso, debemos señalar 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"*.

En este punto no lleva razón la recurrente como vemos, pero su acción no solo se funda en dicha naturaleza y normativa incorrectamente aplicada, sino en esencia en la normativa nacional y comunitaria de transparencia de las condiciones generales, que es la que estamos estudiando.

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

Las "cláusulas multidivisa" 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 multdivisa 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 multidivisa, 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 multidivisa" 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.

Aplicada la anterior doctrina caso de autos no coincidimos con la Juez a quo en que haya prueba suficiente de la información al consumidor sobre los riesgos del contrato. 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 el cliente hubiera 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.

Ya hemos visto en la doctrina del Tribunal Supremo antes expuesta, que no es relevante a los efectos de eliminar el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran la reglamentación contractual que la iniciativa contractual fuera de los clientes, 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.

No es relevante la declaración testifical de los empleados de la entidad por su evidente conflicto de intereses con su empleador. Conforme a la STS de 4 de diciembre de 2015 *"los testigos eran los empleados del Banco demandado responsables de la sucursal en la que se ofreció a la demandante la celebración del contrato de swap y que por tanto estaban obligados a suministrarle la información que la demandante afirma que no le fue facilitada. En tales circunstancias, considerar insuficiente la declaración de estos testigos para acreditar que se facilitó a la demandante una información adecuada de la naturaleza y riesgos del producto que se le ofertaba no solo no es irracional y arbitraria, sino que es perfectamente lógica."*

Por otro lado, de la propia escritura de la hipoteca tampoco se deduce en absoluto el cumplimiento de la transparencia en los términos referidos. En cuanto a la intervención del Notario, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017, se señaló que en la contratación de préstamos hipotecarios puede ser un elemento a valorar la labor del Notario que autoriza la operación en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo), pero tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. En estas circunstancias, cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual.". En este caso, como ya hemos dicho, la información precontractual es insuficiente a los efectos de cumplir el control de transparencia, por lo que la intervención del Notario no puede suplir aquella falta de información.

No es desde luego 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 los clientes carecen absolutamente de

formación bancaria, siendo. [REDACTED] Carretillero y D^a [REDACTED] autónoma. No consta que la moneda en que perciben sus ingresos sea otra que el euro, ni desde luego se ha probado, que estén acostumbrados a negociar o a utilizar divisas extranjeras.

Tampoco se ha acreditado un alto nivel de ingresos de los clientes, que pueda minorar 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.

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.

En cuanto a los efectos las STS antes referidas admiten la nulidad parcial y la transformación a euros denunciada. Así, la sentencia de 31 de octubre de 2018 señala: *“Procede, en consecuencia, declarar la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.*

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

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

32.- *Lo realizado en esta sentencia, como ya se hizo en la anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre , constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio , que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias.*

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

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

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

Por todo ello, el recurso de apelación debe estimarse y la sentencia dictada ser revocada, acordando estimar la demanda, declarando la nulidad del clausulado multidivisa del préstamo hipotecario litigioso, con los efectos interesados.

CUARTO.- Habiéndose estimado la demanda interpuesta, de conformidad a lo dispuesto en el art. 394 de la LEC, se imponen las costas a la demandada.

De conformidad con el Art. 398.2 en relación con el Art. 394, ambos de la LEC, no se imponen las costas de esta alzada al estimarse las pretensiones del recurso.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

FALLAMOS

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la **ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS**, que actúa en defensa de **D. [REDACTED]** y **D^a [REDACTED]** contra la sentencia núm. 121-2017, de fecha 11 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Aranjuez, en autos núm. 648-2016, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, **REVOCAMOS** expresada resolución, acordando **ESTIMAR** la demanda interpuesta por la **ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS**, que actúa en defensa de **D. [REDACTED]** y **D^a [REDACTED]** y, en su virtud, declarar la nulidad parcial del préstamo hipotecario de fecha 25 de abril de 2008, 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, condenando a la demandada **BANKINTER S.A.** a reconfigurar el contrato de préstamo de tal forma que la cantidad adeudada sea el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado (130.000 €), la cantidad amortizada hasta la fecha por los actores, también en euros, en concepto de principal e intereses, subsistiendo el contrato, sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo se concedió por 130.000 €, y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipos de interés la referencia utilizada en la propia escritura de préstamo, esto es Euribor mas 0,50 puntos, devolviéndose los gastos y comisiones de cambio aplicadas una vez eliminado el contenido nulo, condenando a la demandada a sufragar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

Todo ello con imposición de costas de la primera instancia a la entidad demandada y sin hacer imposición de costas de esta alzada a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con expresión de la obligación de constitución del depósito establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta añadida por la Ley Orgánica 1/2009, en los casos y en la cuantía que la misma establece.

En su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente Resolución para ejecución y cumplimiento, interesando acuse de recibo a efectos de archivo del Rollo de Sala.

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 5399-0000-00-0254-18, 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.