

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección 28 Refuerzo

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931830

Fax: 912749985

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0094972

Recurso de Apelación 1949/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 33 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 525/2016

APELANTE: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. JOSE ANDRES CAYUELA CASTILLEJO

D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. JOSE ANDRES CAYUELA CASTILLEJO

APELADO: BANKINTER S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA N° 343/2020

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 diez de febrero de dos mil veinte.

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 525/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 33 de Madrid a instancia de D./Dña. [REDACTED] apelante - demandante, representado por el/la Procurador D./Dña. JOSE ANDRES CAYUELA CASTILLEJO y defendido por el/la Letrado D./Dña. CESAR DE VEGA RUIZ contra BANKINTER S.A. apelado - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES y defendido por el/la Letrado D./Dña. JOSE LUIS TERRON GUIJARRO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 12/12/2017.

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. PEDRO POZUELO PÉREZ**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 33 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 12/12/2017, cuyo fallo es el tenor siguiente:

“Desestimo la demanda planteada por D. [REDACTED] Y D. [REDACTED] frente a BANKINTER S.A., declaro no haber lugar a la misma absuelvo a la demandada de los pedimentos frente a ella deducidos, todo ello con expresa condena en costas a la actora.”

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.- Que por la representación procesal de don [REDACTED] y doña [REDACTED] se formuló demanda contra la mercantil Bankinter cuya pretensión esencial era la declaración de nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes con fecha 31 de enero de 2008, en lo relativo a la denominada opción multidivisa, por entender que se trataba de cláusulas no negociadas individualmente y sobre las cuales no se había producido una información correcta acerca de las consecuencias de las mismas, lo que dada las características de los contratantes incurrían en abusividad por lo que debía declararse su nulidad y expulsarlas del contrato.

La mercantil demandada se personó en autos, contestó la demanda oponiéndose a la misma, aduciendo que los contratantes eran perfectamente conocedores de las circunstancias y características del denominado préstamo multidivisa, que eran plenamente conscientes que se endeudaba en una divisa diferente del euro y que por lo tanto conocían la naturaleza y circunstancias del producto, por lo que solicitaba la desestimación de la demanda.

La sentencia de instancia desestimó la demanda interpuesta y contra la misma se interpone por los demandantes el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Que sobre la naturaleza y características de las denominadas hipotecas multidivisa, ya se ha pronunciado esta Sección de refuerzo, entre otras en su sentencia de fecha 27 Junio 2019, y allí hemos tenido ocasión de decir que:

“.....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 suple 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 multdivisa.

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, 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.

La anterior doctrina jurisprudencial debe complementarse con la expuesta por el Tribunal Supremo, entre otras muchas en las sentencias 380/2016, de 3 de junio ; 450/2016, de 1 de julio ; 66/2017, de 2 de febrero ; 104/2017, de 17 de febrero y 414/2018, de 3 de julio , conforme a la cual resulta improcedente la acción de nulidad por error vicio del consentimiento cuando la acción ejercitada tiene por objeto la nulidad de una cláusula aislada, no de la totalidad del contrato. Así, viene a decir el TS que " Lo que permite anular una concreta cláusula de un contrato predispuesto es la acción de nulidad por abusividad propia de la normativa sobre condiciones generales de la contratación, pero no una acción de anulabilidad por error vicio del consentimiento, que solo podía determinar la anulación del contrato en su totalidad “.

TERCERO.- Que la sentencia de instancia razona su opinión desestimatoria de la demanda sobre la base de que se había dado por parte de los empleados de la mercantil demandada la información correcta y conveniente, que la lectura de las cláusulas de la escritura era clara y que de la misma podía extraerse fácilmente el conocimiento del tipo de préstamo y del tipo de operación jurídica que se estaba concertando, y a pesar de enfocar la naturaleza jurídica de la operación concertada de acuerdo con las previsiones contenidas en la sentencia número 608/2017, sin embargo mantiene que no se había producido ningún error en el consentimiento ni se había producido vicio en la declaración de voluntad.

Las conclusiones a las que llega la sentencia de instancia, muy estimables no pueden prosperar ni ser atendidas.

En efecto, 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.

La sentencia de esta sección 28 de 12 de septiembre de 2019, establece claramente cuáles son los requisitos de información que deben darse por parte de los empleados de las entidades bancarias para entender cumplido con el control de transparencia:

“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 tenor de las pruebas practicadas en primera instancia, lo cierto es que la entidad recurrente no consigue demostrar, a juicio esta Sala, que se haya dado la información relevante y necesaria para que los actores pudieran conformar correctamente la operación que se estaba concertando. En este sentido no hay ningún indicio de que se hayan hecho simulaciones anteriores acerca de cómo la denominación en otra divisa distinta del capital del préstamo, y dada la fluctuación de la divisa, supone que se produzca un constante recálculo del capital del préstamo, de tal manera que a medida que se va produciendo las fluctuaciones de la divisa el capital del préstamo en su relación con el euro va cambiando y ello puede ocurrir que caso de que se produzca una apreciación súbita y al alza de la divisa en la que está nominado el préstamo, se produzca consecuencias perversas en la economía del contrato que los consumidores no pudieron prever a la hora de concertar el mismo.

Igualmente no consta ninguna mención acerca de cómo funciona el mecanismo de cambio de divisa y su relación con las obligaciones contraídas por los prestatarios, pues si bien es cierto que como afirma la sentencia número 608/17 del Tribunal Supremo este mecanismo de cambio de divisa podría mitigar los riesgos de una brusca fluctuación al alza de la divisa la que se denomina el contrato, sin embargo debe explicarse claramente a los prestatarios que

al producirse el cambio de divisa, por decirlo de alguna manera, se “consolidan” las pérdidas que se hubieran tenido en la anterior divisa elegida.

La parte demandada y de alguna manera la sentencia asume el criterio expuesto por la demandada, estima que con las pruebas obrantes en autos y en esencia la declaración de testigos empleados de la entidad financiera, la lectura la escritura, y los actos posteriores traducidos en los distintos extractos mensuales que se venían remitiendo los prestatarios y asimismo la novación que los mismos habían hecho el préstamo, era la prueba más que suficiente del conocimiento por parte de los actores de las características del contrato..

Desde luego tales alegaciones no pueden prosperar ni ser atendidas. Respecto a las declaraciones de los empleados es conocida la doctrina emanada de diversas secciones de las Audiencias Provinciales, que dicha prueba no basta para entender que se han cumplido con la información necesaria para superar el control de transparencia, toda vez que los empleados de las entidades financieras son personas que tienen una relación con los hechos a más de la relación de dependencia con una de las partes. Además, resulta que en este caso las declaraciones que se toman por parte del supuesto empleado de la entidad financiera se refieren a otro empleado distinto quizá por un lapsus de la juzgadora y no de la empleada que realmente participó en la contratación.

Por lo que hace a la lectura la escritura y en relación de la misma, ello no supe de ninguna las maneras la información precontractual que debe ofrecerse por los empleados bancarios. En este sentido, la sentencia 608/2017, y sobre este particular, lectura de la escritura expone:

37.- En la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, declaramos que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia.

38.- En el caso objeto del recurso, ha quedado fijado en la instancia que Barclays no hizo entrega a los prestatarios del folleto informativo y la oferta vinculante exigidos en la Orden de 5 de mayo de 1994. Por tanto, que en la escritura se afirme por el notario «que he examinado la oferta vinculante relativa a este préstamo y no he encontrado discrepancia entre sus condiciones financieras y las cláusulas financieras de esta escritura» solo puede significar que Barclays exhibió al notario una oferta vinculante que no había entregado a los prestatarios, como ha reconocido en este litigio, en el que ha negado incluso que tuviera obligación de entregarla.

39.- En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo.

Ciertamente, en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, dijimos 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) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]».

Pero en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, afirmamos que 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. 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, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional.

Por último, resulta irrelevante como ya sido confirmado por diversas resoluciones tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias, que hayan sido los propios prestatarios los que han acudido a la entidad financiera a interesarse por las circunstancias y características de los préstamos multidivisa, ello no elimina el carácter de concertación de cláusulas predispuestas por las entidades financieras, no pudiendo equipararse al contrato suscrito por negociación.

En fin respecto a la novación que al parecer se ha llevado a cabo del capital del préstamo, dicha circunstancia es irrelevante, pues la necesidad de información y la obligación de informar por parte de la entidad financiera es previa a la celebración del contrato, por lo que resulta inocuas las decisiones que se han tomado con posterioridad tales como grabaciones cambio de divisa etc.

Ello lleva como corolario a que se ha producido un agravamiento de las condiciones financieras a las que están sometidas los prestatarios, y que por tanto el incumplimiento del control de transparencia determina como parece patente la declaración de abusividad del préstamo

Que lo atinente a las consecuencias de la nulidad del clausulado multidivisa, debe procederse a la expulsión del mismo y a la nulidad parcial del contrato.

Es cierto que los prestatarios, quizá llevados por las primeras declaraciones jurisprudenciales acerca de naturaleza de este tipo de préstamos, residen la acción dentro del error vicio del consentimiento, pero sin embargo los mismo y hacen referencia al incumplimiento de las obligaciones de transparencia y en ningún caso solicita la declaración de nulidad de la totalidad del clausulado contractual, o por otra manera la nulidad del préstamo.

En este sentido y como afirma la sentencia 608/17 que se ha citado con anterioridad, ya afirma que:

“” 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 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.

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 Káslerné Rábai*, asunto C-26/13), apartados 76 a 85.”.

CUARTO.- Que visto el contenido de la presente las costas de la primera instancia deberán serle impuestas a la parte demandada sin que haya motivos que justifiquen un especial pronunciamiento respecto de las de la alzada.

FALLO: Que estimando como estimamos el recurso apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr Cayuela Castillejo, en nombre y representación que ostenta contra la sentencia dictada en las presentes actuaciones por la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número 33 de los de esta Capital de fecha 12 de diciembre de 2017 a que el presente rollo se contrae, debemos estimar el mismo, y, en consecuencia, con revocación de la meritada resolución debemos declarar y declaramos la nulidad parcial del préstamo hipotecario a que se refiere el presente litigio en lo referido a la denominada opción multidivisa declarando que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado en euros, la cantidad amortizada, también en euros en concepto de principal e intereses, debiendo con subsistir el contratos y los contenidos declarados nulos. Igualmente, que el capital y las amortizaciones deben realizarse en euros utilizando como tipo de interés el fijado en la escritura de préstamo en relación con la variabilidad de los mismos, Euríbor +0 40, todo ello con expresa imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada sin que haya motivos que justifiquen un especial pronunciamiento respecto de las de la alzada

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 5399-0000-00-1949-18, 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.: 28.079.00.2-2016/0094972

Recurso de Apelación 1949/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 33 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 525/2016

APELANTE: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. JOSE ANDRES CAYUELA CASTILLEJO

D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. JOSE ANDRES CAYUELA CASTILLEJO

D./Dña. [REDACTED]

APELADO: BANKINTER S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

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 veinticuatro de febrero 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: 27/02/2020 14:24

Mensaje

IdLexNet	202010325795476	
Asunto	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 10/02/2020)	
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	CAYUELA CASTILLEJO, JOSE ANDRES [1236]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	SAMPERE MENESES, MARIA DEL ROCIO [519]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
Fecha-hora envío	26/02/2020 20:18	
Documentos	4485081_2020_I_254386954.RTF(Principal)	
	Hash del Documento: 8317798663f189beea7b0d008ad4acf79bd338cc	
	4485081_2020_E_36781200.ZIP(Anexo)	
Datos del mensaje	Hash del Documento: 68441144149e1807c7432ecbd534de6a9506994e	
	Procedimiento destino	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 1 N° 0001949/2018)
	Detalle de acontecimiento	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 10/02/2020)
	NIG	2807900220160094972

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
27/02/2020 10:41	CAYUELA CASTILLEJO, JOSE ANDRES [1236]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
27/02/2020 08:56	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPARTE A	CAYUELA CASTILLEJO, JOSE ANDRES [1236]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

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