



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

CELIA CEBRIAN ORGAZ
Procuradora de los Tribunales
Tel./Fax: 976392422 Mov.: 679173317
E-Mail: celia@cebrianprocuradores.com

Abogado: DOÑA MARIA BARBERAN
Ref.: Mi ref.: A1384
Notificado: 08/02/17

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 2
ZARAGOZA**

AUTO: 00087/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, SECCION SEGUNDA

N10300

C/ GALO PONTE, 1, PLANTA 3

Tfno.: 976.208035-031-034 Fax: 976.208032

N.I.G. .

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000685 /2016

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 18 de ZARAGOZA

Procedimiento de origen: PIEZA DE OPOSICION A LA EJEC. HIPOTECARIA 0000257 /2015

Recurrente: BANKINTER S.A.,

Procurador: OSCAR DAVID BERMUDEZ MELERO, CELIA CEBRIAN ORGAZ

Abogado: ANA BELEN BLASCO CEBOLLA, PATRICIA GABEIRAS VÁZQUEZ

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

AUTO NÚMERO: 87/2017

Ilmos. Señoras:

Presidente:

D. JULIAN CARLOS ARQUE BESCOS

Magistrados:

D. FRANCISCO ACIN GAROS

D. MANUEL - DANIEL DIEGO DIAGO

En ZARAGOZA, a siete de febrero de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- VISTO en grado de apelación ante esta Sección Segunda, de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PIEZA DE OPOSICION A LA EJEC. HIPOTECARIA 257/2015, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 18 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el **RECURSO DE APELACION (LECN) 685/2016**, en los que aparece como parte apelante, **BANKINTER, S. A.** representado por el Procurador de los tribunales, D. Oscar David Bermudez Melero, asistido por la Letrado D.ª Ana Belén Blasco Cebollada, y como parte apelante D.ª Procuradora de los tribunales, D.ª Celia Cebrián Orgaz, asistido por la Letrado D.ª Patricia Gabeiras Vázquez, en cuyos autos, con fecha 18-05-2016, recayó Auto, cuya parte dispositiva dice: "1.º Declaro de nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 8 de octubre de 2008 identificada en esta resolución, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa.- 2.º Declaro de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (300.000 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de 300.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés el previsto en la cláusula financiera tercera para la disposición en euros.- 3.º Una vez la ejecutante aporte nueva liquidación del



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



saldo deudor a fecha de presentación de la demanda, que justifique el vencimiento anticipado del préstamo, y certificación notarial de haberse practicado conforme a lo pactado por las partes y a lo dispuesto en la presente resolución, continuará el presente procedimiento por la cantidad que resulte.- Y todo ello sin imposición de las costas procesales causadas con la oposición.”.

SEGUNDO.- Contra dicho Auto ambas partes presentaron escritos de interposición del recurso de apelación, de los que se dio traslado a las partes, presentando dentro del término de emplazamiento escrito de oposición. Seguidamente se remitieron los autos a esta Sala para la resolución de la apelación.

TERCERO.- Recibidos los autos y comparecidas las parte ante esta Sala, se incoo el correspondiente rollo, designándose Magistrado Ponente y, no habiéndose solicitado prueba ni considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación y votación el día 01-02-2017.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

Ha sido ponente en esta apelación el Ilmo. Sr. Presidente D. MANUEL DANIEL DIEGO DIAGO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto que no se opongan a la presente resolución.

PRIMERO.- Es objeto de los recursos interpuestos por la representación procesal de BANKINTER SA y de D^a el auto de 18/5/2016 que declaró la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por los litigantes en todos los contenidos relativos a opción multidivisa, lo que conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, continuando el procedimiento de ejecución una vez aporte la ejecutante nueva liquidación del saldo deudor a fecha de presentación de la demanda, que justifique el vencimiento anticipado del préstamo y certificación notarial de haberse practicado conforme a lo pactado por las partes y lo dispuesto en la resolución recurrida.

Argumentó Bankinter en su recurso, en el que interesaba que la ejecución siguiera adelante tal y como se despachó: limitación de las causas de oposición a aquellas que constituyan el fundamento de la ejecución o hubiesen determinado la cantidad exigible, excluyendo cualquier otro motivo, incluidos la abusividad de cláusulas pactadas, no siendo el procedimiento de ejecución hipotecaria el cauce adecuado para valorar la validez del contrato, ni del consentimiento de una de las partes, por lo que debería mantenerse la validez de las cláusulas en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa; que la liquidación es correcta y valora los pagos efectuados por el ejecutado, reduciéndose de forma notoria el capital debido a la fecha de cierre, siendo cuestión distinta que una vez realizada la



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Denunció la ejecutada la nulidad radical del despacho de ejecución por la nulidad del acta de fijación del saldo deudor por referirse a una cuenta distinta del préstamo, incumpliendo así los requisitos formales de los arts. 550 y ss. LEC.

En la escritura de préstamo con garantía hipotecaria consta la afirmación de quedar formalizado inicialmente el préstamo en 42.683.610 yenes (300.000 euros) mediante ingreso en la c/c nº , efectuándose el pago de las cuotas de amortización en dicha cuenta o en cualquiera otra que señale Bankinter, aludiéndose, expresamente a la apertura en los libros de determinada oficina de Bankinter de otra cuenta señalada como nº la cual será, a efectos de vencimiento y reclamación del saldo, la que figure en la certificación que Bankinter presente para su intervención ante fedatario público.

En el Acta Notarial de fijación de saldo alude el Notario ha haber sido requerido para autorizar el documento fehaciente de liquidación relativo a la escritura pública con garantía hipotecaria con número de cuenta nº (precisamente la mencionada en la escritura que se abriría a tales efectos) habiendo sido entregados al Notario, además de la certificación del saldo exigible, los cambios de divisas aplicados y tipos de interés no reflejados en forma explícita en el contrato (es decir aquellos pactos sobre devengo y cálculo de intereses tanto en divisas como en euros con referencia de determinados índices - Libor, Euribor - publicados) y el histórico de movimientos de la cuenta en que se efectuaba el pago de las cuotas de amortización que no era otra que la c/c nº . Concluyendo el Notario la corrección de los cálculos efectuados conforme a lo pactado en el título ejecutivo.

No existe incumplimiento formal alguno a este respecto.

TERCERO.- Para la resolución de ambos recursos asumiremos y reproduciremos en su práctica integridad los, a nuestro juicio, acertados argumentos del auto de 7/4/2016 de la Sección 12 de la A. Prov. de Madrid (Roj: AAP M 252/2016) que resolvió la controversia planeada en una ejecución hipotecaria amparada en escritura de préstamo multidivisas en yenes japoneses en la que la ejecutante era, precisamente, Bankinter, S. A., es decir un supuesto prácticamente idéntico al sometido a la consideración de esta Sala.

En la sentencia se hace un resumen de las estipulaciones de la escritura similares a los de la objeto del recurso en lo relativa a: concebirse el préstamo en yenes; no constar que el destino del préstamo no lo fuera para financiar (o refinanciar) la compra de primera vivienda; ajustarse las cuotas mensuales inicialmente indicadas si se modificase el tipo de interés y/o la divisa; distinguirse en cuanto al interés remuneratorio según que el préstamo estuviera en divisas o en euros (en el primer caso el tipo de referencia era el LIBOR con un diferencial de 1,25 puntos netos y en el segundo el tipo de referencia era el EURIBOR con un diferencial de 0,95 puntos netos; preverse igualmente la posibilidad de cambio de moneda; establecerse determinadas



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

operación de conversión de la divisa fijada como referencia la cantidad debida pudiera ser superior a la inicialmente prestada; que los ejecutados eran concededores que el préstamo se formalizaba en divisas y de riesgos que ello conllevaba y que asumían; que Bankinter ha cumplido la normativa sustantiva bancaria aplicable, pues no resultaba aplicable la normativa MIFID, tal y como ha sentenciado el TJUE, se ha cumplido la normativa de consumidores y usuarios, se ha cumplido la ley de condiciones generales de contratación, sin que existan cláusulas contractuales oscuras o engañosas, se ha cumplido la orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; que es incierto que el cambio de divisa quede a merced de la entidad prestamista; que con la obligación impuesta en el auto recurrido de rehacer y aportar un nuevo cuadro de amortización de cantidades abonadas se está convirtiendo la hipoteca pactada en un producto totalmente nuevo desde su inicio.

Argumentó la Sra. en su recurso, en el que interesaba la nulidad radical del procedimiento de ejecución por no cumplir con los requisitos formales previstos en la LEC y subsidiariamente la declaración de nulidad de las cláusulas referidas al mecanismo multidivisa y del resto de las denunciadas en el escrito de oposición con sobreseimiento del procedimiento: no haberse pronunciado sobre la nulidad del acta de fijación del saldo deudor por referirse a una cuenta distinta del préstamo, incumpliendo así los requisitos formales de los arts. 550 y ss. LEC; la naturaleza del producto y deberes de información exigibles; la importancia de las cláusulas referidas a la multidivisa dentro del préstamo y su influencia directa en la determinación de la deuda, siendo la consecuencia de la declaración de nulidad el sobreseimiento; no haberse pronunciado sobre la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que otorga a la entidad ejecutante un poder exorbitante pudiendo elegir el momento en el que la divisa esté más apreciada para dar por vencido el préstamo, tal y como ha ocurrido en el concreto supuesto dejando al prestatario en una situación especialmente gravosa.

SEGUNDO.- Sobre la cuestión de si en el procedimiento de ejecución hipotecaria, el deudor puede oponer motivos fundados en el art. 559 de la LEC, esto es, por defectos de forma o procesales y no de fondo del artículo 695 de la LEC, esta norma no lo resuelve expresamente, pero a pesar de la literalidad del artículo 695, que afirma sólo son admisibles las cuatro causas de oposición, y para los demás, el art. 698 de la misma Ley, remite al deudor al procedimiento declarativo, se estima que no existe impedimento en alegar los defectos procesales interesando la declaración de nulidad radical del despacho de ejecución y ello porque claramente el art. 695 de la LEC se refiere a motivos de fondo, con lo cual no excluye los motivos de forma, defectos formales que incluso puede y deben ser apreciados de oficio.

Conforme al artículo 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la demanda deben acompañarse el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que la ley exige, para despachar ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el art. y, en sus respectivos casos, los arts. 573 y 574 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



comisiones, interés de demora y causas resolución anticipada por la falta de pago de cualquiera de las cantidades debidas, ya sea por principal o por intereses..

Partiendo de la base de considerar consumidores a los prestatarios, pues nada en contra de tal condición consta en el proceso ni ha sido alegado por la ejecutante, debe considerar esta Sala, a la vista de los recursos de apelación interpuestos, la posibilidad de analizar lo interesado por la ejecutada, es decir si las cláusulas que han determinado la ejecución son o no abusivas y las consecuencias de ello.

En el supuesto resuelto por la A. Prov. de Madrid la sentencia de instancia en el particular relativo a la cláusula multidivisa había dado una respuesta negativa, remitiendo a las partes al juicio ordinario. En el supuesto que ahora resolvemos la respuesta de la sentencia de instancia ha sido positiva (declarando la abusividad), siendo tal la resolución combatida por el Banco a través de la apelación.

Ciertamente el examen a efectuar es necesariamente limitado, pues, tal y como se infiere del art. 695.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil y como por lo demás lo impone la congruencia con el tipo de proceso seguido, la oposición a la ejecución no puede constituir el examen general del contenido y génesis del contrato en su totalidad, sino que se ha de constreñir al de las cláusulas que han determinado la ejecutividad o han contribuido a fijar la cantidad reclamable.

La primera cuestión a tratar es si la propia conceptualización del préstamo en multidivisa constituye en el caso examinado una cláusula abusiva, con las consecuencias inherentes a tal consideración como son la nulidad de la misma, su inaplicación y, en su caso, la aplicación de la norma legal supletoria.

Si así fuera, la consecuencia es la inexigibilidad de la cantidad reclamada, pues la cantidad adeudada se debería reformular como si el préstamo se hubiera concedido únicamente en euros, y sería innecesario ya pronunciarse sobre otras cuestiones, pues debería en tal caso, decretarse el sobreseimiento de la ejecución.

CUARTO.- Por lo que respecta al concepto, funcionalidad y regulación de la denominada hipoteca multidivisa, hemos de partir de las consideraciones contenidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.015.

Dicha Sentencia define este contrato, diciendo que "lo que se ha venido en llamar coloquialmente " 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 período suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)", y señala que ".- Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados



en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo", situación ésta que, como se describió en anterior apartado de esta resolución, es la contenida en el caso examinado.

Por otro lado, la normativa aplicable a este tipo de préstamo es tema tratado en la citada Sentencia del Tribunal Supremo, diciendo, al respecto, que "la Sala considera que la " hipoteca multidivisa " es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley .

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto".

Y, aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 3 de diciembre de 2.015 (asunto C-312/14) parece excluir del ámbito de la Directiva 2004/39 a las operaciones que se referencian en divisas, siempre que no haya un efectivo servicio de cambio, tal consideración no afectaría más que a

la aplicabilidad de la normativa MIFID pero dejaría siempre en pie los deberes de información y de transparencia exigibles conforme a la Directiva 93/13 cuya aplicabilidad al caso recuerda la propia Sentencia del Tribunal Europeo (párrafo 48).

QUINTO.- Desde la perspectiva de las normas de protección y tutela de los derechos del consumidor, la Aud. Prov. de Madrid, sección 12, en Autos de 9 de noviembre de 2.015 y 14 de enero de 2.016, examinando casos sustancialmente idénticos, consideró abusivo un préstamo de este tipo. Las líneas maestras de tal decisión se pueden sintetizar en las siguientes:

1ª Con independencia de la concreta alegación de la parte, se recuerda la facultad y deber del órgano judicial de examinar de oficio la posible abusividad de las cláusulas contenidas en condiciones generales de contratos celebrados entre un profesional y un consumidor (Sentencias del Tribunal Supremo de 9.5.2013 y 22.4.2015, recurso 2351/2012, y SSTJUE de 27.6.2000 y 14.6.2012), siempre y cuando se preserve el trámite de audiencia a las partes (artículo 83 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios, modificado por Ley 3/2014, de 27 de marzo).

2ª La denominación o representación del préstamo en una divisa extranjera forma parte de las prestaciones esenciales del contrato, de modo que, conforme al artículo 4.2 de la Directiva 9/13, queda excluido el posible examen de abusividad "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

3ª Ahora bien, la claridad exigible tiene una doble dimensión, afectante no sólo a la meramente gramatical sino muy especialmente también a la jurídica y económica, de manera que el contrato, predispuesto por el profesional, debe permitir al consumidor hacerse una idea exacta de la carga jurídica y económica que asume. Ello es particularmente exigible en los contratos que se refieren o versan sobre un producto financiero complejo como es el préstamo en divisa extranjera, garantizado además con hipoteca sobre la vivienda familiar, cuando el prestatario no recibe sus ingresos en esa divisa sino que tiene que adquirirla pagando su contravalor en euros, de manera que la operación de préstamo, por naturaleza conmutativa, se convierte en aleatoria.

4ª A tal respecto, el Tribunal Supremo ha consolidado ya su doctrina, estableciendo, en la Sentencia del Pleno de 24 de marzo de 2.015, por un lado, que a las condiciones generales que regulan el precio y su contraprestación, le es aplicable "un doble control de transparencia", puesto que "además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical", el control de transparencia que "tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato

celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo"

5º En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, instauró ya la misma interpretación de la Directiva, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo» (párrafo 73), por lo que concluye en el fallo que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo», doctrina que ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13.

SEXTO.- Pues bien, si combinamos la exigencia de información y la del doble control de incorporación y transparencia, resulta que ningún tipo de información, más allá del contenido de la propia escritura, se ha ofrecido a los prestatarios sobre una operación en sí misma de alto riesgo para sus intereses.

No se ha aportado por el BANCO, que es quien tiene la disponibilidad probatoria, el expediente formado para estudiar la solicitud y concesión del préstamo.

Y con solo el contenido escriturario, la claridad exigible no se da.

En el antes citado auto de la Sección 12 de la A. Prov. de Madrid de 9 de noviembre de 2.015, se decía que «el contenido de la escritura pública no supera el control de transparencia sobre los riesgos de recibir el préstamo en divisas y de su amortización en la misma forma, así como la cláusula de multidivisas, pues tal y como está redactada la escritura, su



lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo (la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo).

Y esta falta de transparencia afecta directamente a la cláusula Multidivisa y a la de fijación de interés remuneratorio".

SEPTIMO.- A ello debe añadirse que en esta clase de préstamo el vencimiento anticipado, por causa de cualquier incumplimiento por parte del prestatario del plan de amortización de capital o de pago de intereses, así como el incumplimiento de cualesquiera obligaciones de pago contraídas con el Banco (cláusula asimismo abusiva interpretada a la luz de la STJUE de 26 de enero de 2017 y de las en ella mencionadas), concebido como una facultad de la prestamista combinado con la denominación en divisas del préstamo, hace especialmente gravosa la condición del prestatario y concede al menos en abstracto, a la prestamista un poder jurídico exorbitante, pues pudiendo fijar el momento en que da por vencido el préstamo por falta de pago (o por cualquiera otra de las condiciones establecidas) puede elegir aquel en que la divisa esté más apreciada, lo que supone exigir y, si se paga, recibir un mayor cantidad, en términos reales y no meramente nominales, que la efectivamente pactada. Y ello es una disfunción más de la aplicación de una operación compleja allí donde no hay, por parte del consumidor, ánimo especulativo alguno, sino deseo de la máxima seguridad jurídica y económica, al estar comprometida en el cumplimiento de la obligación, su vivienda habitual.

OCTAVO.- Dicho lo anterior, queda aún por determinar la incidencia que la falta de información precontractual y la ausencia de transparencia en las complejas cláusulas de la escritura tenga sobre la ejecutividad del título presentado a ejecución, pues, como es sabido, el proceso de ejecución presenta caracteres diferenciados al de declaración.

En este sentido, de la falta de claridad en la condición general de un contrato de adhesión suscrito por un consumidor pueden derivarse diversas consecuencias, pues puede fundar el error en el consentimiento, tal y como es la más frecuente alegación, o la nulidad por quebranto o vulneración de normas imperativas, o, en fin, la ausencia de vinculación a la cláusula abusiva, al no estar correctamente incorporada (artículo 5 de La Ley de Condiciones Generales de la Contratación y artículo 80 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

El examen de la abusividad, y a fortiori, el de no incorporación de una determinada cláusula no negociada individualmente en los casos del artículo 5 de la citada Ley de Condiciones Generales de la Contratación, forma ahora parte del ámbito de la oposición a la ejecución, determinando, en



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



este caso, el sobreseimiento de la misma, sin perjuicio de los efectos que deba surtir el contrato, tema que ha de ser resuelto en juicio declarativo, y sin necesidad ya ser exhaustivo en el examen del resto de motivos de oposición, pues la abusividad de la cláusula multidivisa supone de por sí la nulidad del proceso de ejecución basado en un título ejecutivo en la que la misma tiene una función decisiva en la determinación de la deuda, siendo superfluo, cuando se ha reclamado en virtud de una cláusula de ese tipo valorar si es proporcionado o no el vencimiento anticipado (asimismo calificado abusivo) ...

NOVENO.- Y tal conclusión de nulidad por abusividad y sobreseimiento es (asumiendo argumentos contenidos en voto particular de sentencia del Tribunal Supremo de 18/2/2016 superada por la del TJUE de enero de 2017 antes mencionada) la que más se ajusta al control de abusividad y doctrina jurisprudencial del TJUE en esta materia. La Directiva 93/13, en su artículo sexto, con claridad meridiana, establece que las cláusulas abusivas "no vincularán" al consumidor. Desvinculación que está en la esencia del carácter sancionador de la ineficacia declarada y que, a su vez, informa la función disuasoria que también descansa en el interés público que subyace en la declaración de abusividad de la cláusula. El TJUE ha concluido que las cláusulas declaradas abusivas no vinculen o afecten en modo alguno a los consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-680/10). De forma que esta función garantista, se consigue en aquellos regímenes jurídicos que sancionan las cláusulas abusivas con la figura jurídica de la nulidad de pleno derecho (STJUE de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10). Desvinculación plena que afecta tanto al ámbito "temporal" de la ineficacia resultante (desde el momento de la celebración del contrato), como al ámbito "material" de la misma, esto es, a la propia ineficacia del acto o negocio realizado cuya validez y eficacia traiga causa o se sustente directamente en la cláusula declarada abusiva. Con la consecuencia de no proceder interpretaciones integradoras del contrato que perjudican al consumidor, lo que no acontece en el supuesto de continuarse con una ejecución hipotecaria que representa la consecuencia más perversa para el consumidor, sin que este pueda hacer valer sus derechos en su caso con las garantías que le ofrece el juicio declarativo ordinario.

DECIMO.- Conforme al art. 561.2 de la LEC se impondrán a Bankinter, S. A. las costas de primera instancia. Conforme a los arts. 398.1 y 394.1 LEC se imponen a Bankinter, S. A. las costas procesales causadas por el recurso de apelación por ella interpuesto Conforme al art. 398.2 LEC no se imponen costas del recurso interpuesto por D^a

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SECCION SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA ACUERDA: Que con desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal de BANKINTER, S. A. y con estimación parcial del recurso interpuesto por la representación procesal de D^a contra el auto de 18/5/2016 a que el presente recurso se contrae , procede declarar la



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



abusividad de todo el contenido relativo a la opción multidivisa, así como de la cláusula de vencimiento anticipado por causa de cualquier incumplimiento por parte del prestatario del plan de amortización de capital o de pago de intereses así como el incumplimiento de cualesquiera obligaciones de pago contraídas con el Banco, declarando que no procede la ejecución instada a instancia de BANKINTER S.A. contra D^a y dejando sin efecto la despachada y sobreseyendo el procedimiento de ejecución hipotecaria, con imposición a BANKINTER, S. A. de las costas procesales causadas en la primera instancia.

Se imponen a Bankinter, S.A. las costas procesales causadas por el recurso de apelación por ella interpuesto y no se imponen costas del recurso de apelación interpuesto por D^a.

Devuélvase a D^a el depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia, juntamente con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así por este nuestro Auto, del que se unirá testimonio al rollo, lo acordamos, mandamos y firmamos.



