



Roj: **SAP SG 198/2017 - ECLI: ES:APSG:2017:198**

Id Cendoj: **40194370012017100197**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Segovia**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2017**

Nº de Recurso: **178/2017**

Nº de Resolución: **155/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO PANDO ECHEVARRIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SEGOVIA

SENTENCIA: 00155/2017

N10250

C/ SAN AGUSTIN Nº 26 DE SEGOVIA

-

Tfno.: 921 463243 / 463245 Fax: 921 463254

EQC

N.I.G. 40185 41 1 2016 0000408

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000178 /2017

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de SANTA MARIA LA REAL DE NIEVA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000321 /2016

Recurrente: BANKINTER,S.A.

Procurador: JOSE MIGUEL RAMOS POLO

Abogado: JOSE MARIA REGO ALVAREZ DE MON

Recurrido: Emiliano , Marina

Procurador: ALFREDO JESUS POLO ALONSO

Abogado: HELENA MIÑAMBRES GOMEZ

SENTENCIA Nº 155 / 2017

CIVIL

Recurso de apelación

Número 178 Año 2017

Juicio Ordinario 321/2016

Juzgado de 1ª Instancia de

SANTA MARÍA LA REAL DE NIEVA

En la Ciudad de Segovia, a treinta de junio de dos mil diecisiete.



La Audiencia Provincial de esta capital, integrada por los Ilmos. Sres. D. Ignacio Pando Echevarria, Pdte.; D. Jesús Marina Reig y D^a M^a Asunción Remirez Sainz de Murieta, Magistrados, ha visto en grado de apelación los autos de las anotaciones al margen seguidos a instancia de D. Emiliano Y D^a Marina , contra **BANKINTER, S.A.**; sobre juicio ordinario, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia, recurso en el que han intervenido como apelante, la demandada, representada por el Procurador Sr. Ramos Polo y defendida por el Letrado Sr. Rego Alvarez de Mon y como apelados, los demandantes, representados por el Procurador Sr. Polo Alonso y defendidos por la Letrado Sra. Miñambres Gómez y en el que ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Presidente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de Primera Instancia de Santa María la Real de Nieva, con fecha seis de febrero de dos mil diecisiete , fue dictada Sentencia , que en su parte dispositiva literalmente dice: FALLO: Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el Procurador D. Alfredo Jesús Polo Alonso, en nombre y representación de D. Emiliano y D^{ña}. Marina , defendidos por la Letrada D^{ña}. Helena Miñambres Gómez; contra la entidad financiera BANKINTER S.A., representada por el Procurador D. José Miguel Ramos Polo y defendida por el Letrado D. Rego Alvarez de Mou:

- 1).- Declaro la nulidad de la cláusula **multidivisa** incorporada en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria en divisas, condenándose a la entidad demandada a la eliminación de la precitada cláusula de la escritura de fecha 17 de Julio de 2008, objeto del presente procedimiento, manteniéndose su vigencia con la aplicación del Euribor más el diferencial pactado.
- 2) Condeno a la entidad demandada a recalcular y rehacer, con exclusión de la cláusula **multidivisa**, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con el demandante contabilizando el capital que, efectivamente debió ser amortizado de haber sido este referenciado en Euros y Euribor.
- 3) Condeno a la entidad bancaria demandada a restituir a los actores las cantidades que se hubieran abonado en exceso por la aplicación de la cláusula desde su primera cuota abonada más los intereses legales generados.
- 4) Condeno a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se interpone recurso de apelación por la representación de la entidad bancaria demandada contra la sentencia dictada en la instancia, en que estimando la demanda, declaraba la nulidad de la cláusula **multidivisa** incorporada a la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por los actores, condenando a recalcular los cuadros de amortización en euros y referenciados al Euribor, con devolución de las cantidades que hubieran abonado en exceso.

Por la parte apelante se alega en primer lugar la caducidad, por entender que le juez de instancia ha valorado erróneamente el *dies a quo* . En segundo lugar se niega que el contrato **multidivisa** tenga un carácter complejo y por el contrario es de fácil comprensión. En tercer lugar se considera que los demandantes tenían pleno conocimiento del producto contratado y sus riesgos, y que prestaron pleno consentimiento. En cuarto lugar se alega que con posterioridad al contrato los demandantes continuaron ratificando el contrato al no reclamar pese a los cambios en las cuotas. En quinto se alaga inexistencia de error en su consentimiento. En sexto la imposibilidad de realizar previsiones sobre el cambio. En séptimo se alega la inviabilidad de la nulidad parcial por no ser posible la integración del contrato. Finalmente se discute la pericial aportada de contrario respecto del capital pendiente de la hipoteca.



SEGUNDO. - En lo que respecta a la caducidad, por la parte recurrente se muestra de acuerdo con la doctrina jurídica de la que parte el juzgador, plasmada en la STS del Pleno de 12 de enero de 2015 , 7 de julio de 2015 o 16 de septiembre de 2015 , en que se determina que el día inicial del plazo de caducidad será el de suspensión de las liquidaciones de beneficios, la aplicación de medidas de gestión acordadas por el FROB, o cualquier otra similar que permita conocer al consumidor la real consecuencia del contrato suscrito.

En realidad el debate tiene un contenido esencialmente fáctico, cual es el de determinar en qué momento pudo la parte conocer, más allá de toda duda, que la cláusula **multidivisa**, lejos de producirle una aminoración de la carga hipotecaria, le suponía un aumento y que implicaba elevaciones muy sustanciales en sus pagos. El juez a quo se plantea la disyuntiva si el plazo debe computarse desde el momento en que finalice el contrato en el año 2028, pues hasta entonces se habrá estado produciendo la fluctuación de la divisa, o bien, de forma restrictiva, desde que los prestatarios tuvieron conocimiento de las consecuencias derivadas del préstamo en divisas y por tanto la constancia del error cuando constataron en encarecimiento de las cuotas. El juez acoge la primera opción al hallarnos ante contratos de tracto sucesivo, y por entender insuficientes la metra remisión de los extractos para darse cuenta del error.

Se estima que la tesis adoptada por el juez de instancia debe ser aceptada. No debemos olvidar que la jurisprudencia de la Sala Primera en relación con el *dies a quo* en los contratos bancarios introducida a raíz de la STS 12 de enero de 2015 , perseguía precisamente el efecto contrario que la parte pretende con su aplicación en este caso: se trataba de ampliar la posibilidad de los consumidores de poder reclamar por vicio de consentimiento en la contratación de productos financieros en los que el resultado real de la inversión se conocía de forma diferida a la fecha de contratación. En este caso la parte pretende adoptar esa doctrina para limitar esa posibilidad de impugnación.

En todo caso al cuestión de la caducidad en los contratos de tracto sucesivo y concretamente en hipotecas ha sido resuelta en la reciente STS 371/2017 de 9 de junio , que establece: A la misma solución final se llega, por lo demás, como hizo la sentencia de primera instancia y sostiene el recurrente en el segundo motivo del recurso, que se admite, si se identifica el momento de consumación del contrato a partir del cual se computan los cuatro años, según establece el art. 1303 CC , con el momento del cumplimiento completo de las prestaciones, lo que, en el caso concreto, según la fecha prevista en el contrato, tuvo lugar el 15 de noviembre de 2012. La acción, en definitiva, se ejerció dentro del plazo previsto por el art. 1301 CC . En este sentido la recurrente sostenía que la sentencia de segunda instancia, que revocaba la de primera: 2. Contradice la doctrina del Tribunal Supremo en lo que respecta al cómputo del plazo establecido en el art. 1301 del Código Civil de 4 años para los contratos bilaterales y sinalagmáticos con prestaciones recíprocas para ambas partes hasta la finalización del mismo. Así ha de tenerse por conculcada la doctrina sentada en este aspecto por el Alto Tribunal en, entre otras, sus sentencias: n.º 569/2003, de 11 de junio (documento 5) y la sentencia de 27 de marzo de 1989 (documento 6).

Por tanto, la doctrina aplicada por el juez de instancia es correcta.

TERCERO. -Entrando en el fondo, por la parte se niega que el contrato **multidivisa** tenga un carácter complejo y que por el contrario es de fácil comprensión.

En cuanto a la primera cuestión, la misma ya ha sido objeto de estudio en la STS 323 /2015 de 30 de junio , reproducida sustancialmente en la sentencia de instancia, lo que obvia su transcripción en este momento. La recurrente opone a esta sentencia lo que dispone la jurisprudencia del TJUE, que en su sentencia de 3 de diciembre de 2015 (caso Banif Plus), denegaba que se tratasen de actividades de inversión ni por tanto constituyen un instrumento financiero. El Tribunal Supremo aún no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la posible afectación que en su doctrina deba tener esta resolución del tribunal Europeo, pero sobre ella se han pronunciado distintas Audiencias, y así la parte cita una sentencia de la AP Madrid en que se niega tal condición al préstamo **multidivisa**, y por tanto a la aplicación del normativa MIDiF, mientras que otras, como la SAP Valladolid scc. 3ª de 4 de mayo de 2017 , manifiesta que: Ciertamente es que La STJUE de 3 de diciembre de 2015 sostiene que los préstamos multidivisas no son un instrumento financiero en tanto que las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un servicio o una actividad de inversión y concluye que las entidades financieras no están sometidas a las obligaciones en materia de la evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 del Directiva MIFID . Tampoco serán de aplicación las obligaciones de información que prevé la LMV para productos de inversión comercializados por las entidades bancarias en España. Ahora bien, esta aparente contradicción entre la sentencia de TJUE y el TS, ha de resolverse a favor del segundo pues el hecho de que el TJUE, como máximo intérprete de la Directiva, haya dicho que en ella no se incluyen las hipotecas multidivisas, esto es, en ese ámbito mínimo de la Directiva, no resulta incompatible con el hecho de que el TS, competente para interpretar la legislación española, si incluye la hipoteca **multidivisa** como un producto derivado, complejo en el ámbito de la LMV. Una Directiva comunitaria y la ley estatal que la transpone son instrumentos diferentes. La Ley estatal tiene que respetar el contenido



mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación más amplio permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye.

Se comparte el último razonamiento que esta resolución hace, en el sentido de la reiterada jurisprudencia del TJUE que dispone que la normativa tuitiva comunitaria es de mínimos y en nada se opone una legislación nacional que pueda establecer criterios más estrictos o que establezcan mayores garantías en favor de los colectivos que la normativa comunitaria pretende proteger.

También es cierto, sin embargo, que en tanto que la reforma del al LMV pretendía la incorporación de la normativa MIDiF al ordenamiento interno, parece que la interpretación de su alcance deba hacerse con arreglo a las decisiones del máximo órgano de interpretación de las misma, esto es el Tribunal de la Unión.

CUARTO.- En todo caso esta Sala estima que la discusión sobre esta naturaleza del contrato de préstamo con cláusula **multidivisa**, por más que sea interesante, no es esencial a la hora de resolver el recurso que nos ocupa.

Nos hallamos ante un crédito hipotecario concedido a consumidores, en el que por tanto le es aplicable plenamente la doctrina referente al doble control de transparencia establecido por el Tribunal Supremo, y la aplicación al supuesto que nos ocupa de la Directiva 1993/13, siendo indiferente que esta doctrina la apliquemos a una cláusula suelo o a una multidivisas. La necesidad de información suficiente es la misma en una y en otra y por lo tanto el elemento esencial que determinará el vicio en el consentimiento será la concreción de si la información suministrada ha sido suficiente. En este sentido, la STS 138/2015 de 24 de marzo, igualmente reproducida por la sentencia de instancia, hace referencia a la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, en que se afirma en relación con los préstamos multidivisas 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 un 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), y concluir 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»; recogiendo con ello la doctrina tradicional aplicable al resto de los contratos de préstamo hipotecario que han dado lugar al doctrina antes citada del Tribunal Supremo, que por sobradamente conocida se hace innecesario reiterarla en modo extenso.

QUINTO.- Con ello debemos entrar en el análisis conjunto de los siguientes motivos, por una parte la fácil comprensión del contrato, por otro el pleno consentimiento de los demandantes, tanto en la comercialización como en las advertencias del contrato, así como sus actuaciones ulteriores.

En cuanto a la fácil comprensión del contrato, la parte incluye una reproducción de distintas sentencias de audiencias provinciales que consideran que las cláusulas son fáciles de entender. Evidentemente toda esta doctrina sobra. El contrato está a disposición de la Sala y por tanto puede verificar por si misma tal circunstancia, sin necesidad de valoraciones interpuestas. El juez a quo discrepa de esa valoración de la parte y considera por contra que es escasamente comprensible en muchos de sus puntos. La Sala ratifica ese criterio. Nos hallamos ante una escritura de 72 páginas, en las que las cláusulas financieras ocupan 60 páginas. Este sólo hecho hace que cuando menos no se pueda considerar la lectura fácil. Pero es que en cuanto a su mismo contenido existen menciones que son de muy difícil comprensión sin unos profundos conocimiento financieros y que desde luego exigen una detallada explicación para su comprensión (p.e. El Banco se reserva el derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en EUROS, todas las disposiciones al cambio del día excedan de un 10,00 por ciento del límite actual del préstamo, y así muchas otras). Si tenemos en cuenta la cualificación de los contratantes, un mecánico y su esposa, ama de casa, residentes en un pequeño pueblo de Segovia, es evidente que la facilidad de comprensión que para el recurrente, esto es la entidad bancaria, es clara, dicta mucho de tal carácter desde el punto de vista del consumidor en concreto.



En cuanto al pleno consentimiento de los actores al contrato, nadie lo ha puesto en duda. Lo que se demanda es que ese consentimiento estuvo viciado por la ausencia de información suficiente. En este punto reviste especial trascendencia las declaraciones de los actores y del testigo, el empleado del banco que llevó a cabo la contratación. El juez de instancia desestima que su testimonio sirva para acreditar la completa información recibida, expresando que además de su relación profesional con la demandada, que hace dudar de la objetividad de su testimonio, nada aportó respecto al caso concreto, limitándose a manifestar generalidades, sin que recordase cómo se hizo esa contratación ni cómo se le explicó. Frente a esta afirmación, la parte recurrente no hace crítica alguna, y se limita a transcribir contestaciones parciales a algunas preguntas realizadas.

Como repetidamente tiene dicho esta Audiencia en sintonía con una no menos repetida doctrina jurisprudencial, el error en la valoración de la prueba como motivo de apelación únicamente puede prosperar cuando el tribunal de apelación advierta, en valoración e interpretación conjunta del material probatorio, que el Juzgador de origen se ha comportado de forma ilógica, arbitraria, contradictoria, sin respeto a las reglas que en nuestro ordenamiento procesal distribuyen la carga probatoria, y en este caso la parte no expone dónde se encuentra el error de valoración del juez de instancia, que esta Sala no aprecia.

Por tanto debemos ratificar su valoración, entendiendo que la parte demandada no ha cumplido con la obligación que el corresponde, derivada de la doctrina jurisprudencial del doble control de transparencia, de probar que los actores fueron suficientemente informados de las características del producto y las alternativas que le ofrecían.

Y se dice esta última frase pro que entendemos que de haberlo sido de forma real y fiel, no estaríamos en esta situación. Si leemos el contrato (y salvo que ello signifique algo distinto, en cuyo caso su redacción sería absolutamente oscura) en la cláusula tercera D), f. 27, de la escritura establece expresamente que igualmente, podrá convertirse a EUROS. La sustitución afectará al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar dispuesto en una sola divisa. Esta posibilidad, ejercitable al vencer cada periodo de amortización, habría permitido a la parte evitar el perjuicio económico sufrido. Evidentemente si no la ejercitó fue, o porque no la conocía, o porque fue engañado en su carácter, como el actor afirma, pues cuando supo de ella, después de suscrito el contrato y cuando las cuotas se dispararon, al acudir al banco le dijeron que no hiciese la conversión porque sería mucho peor para él. Evidentemente es la declaración de parte, pero pone de relieve un engaño por parte de los empleados de la entidad que le hicieron continuar en el error, sin que se haya demostrado que ello no sucediese así y se le brindase expresamente tal oportunidad de transformar el préstamo en euros, que a fin de cuentas es lo que se ve obligado a solicitar judicialmente.

Probada, a juicio de la Sala, la ausencia de información comprensible y veraz sobre el contrato de préstamo **multidivisa**, la nulidad que la parte solicita y el juez reconoce es correcta, sin que ninguno de los demás argumentos relativos a esta cuestión expuestos por al recurrente sean relevantes.

SEXTO.- Se impugna asimismo la sentencia alegando que la nulidad parcial es inviable, que la cláusula **multidivisa** es un elemento esencial del contrato y que lo que el juez hace al convertirla en euros y aplicar el Euribor es una integración del contrato, prohibido por el TJUE; y que al no solicitarse la nulidad total, ésta no puede ser declarada.

Esta tesis parte de un error básico, como es que no atiende al mismo texto del contrato de préstamo hipotecario suscrito. El juez no integra nada, el juez se limita a aplicar el contrato una vez suprimida la cláusula de pago en divisas.

Esta cláusula no es esencial en el contrato. Y la prueba de ellos es que en la cláusula tercera de las disposiciones financieras devengo y cálculo de intereses, se establecen dos escenarios perfectamente diferenciados: el pago en divisas (A) y el pago en Euros (B), junto con otro apartado (C) de dicado a los tipos de interés sustitutivos y otro más (D), fijando el régimen del cambio de moneda y comunicaciones.

Por tanto, previendo el propio contrato la posibilidad de transformación del pago en divisas en euros, y estableciendo unas reglas completas de pago de intereses en euros (básicamente el pago en euros, con un interés del Euribor más un diferencial de 0.75% y la posibilidad de bonificaciones), no cabe duda de que la nulidad parcial no implica la necesidad de integración alguna del contrato y que por tanto es prefecatammente posible adoptar dicha decisión, entendiéndose, claro está, que el recálculo al que se condena en la sentencia de instancia deberá tomar como base los dispuesto en dicho apartado B de la cláusula tercera de las condiciones financieras.

SÉPTIMO. - Por último se opone la parte recurrente al informe pericial del perito de la actora. Su motivo de recurso es una simpe, copia de lo que se dijo en la contestación a la demanda. Dado que el juez de instancia



nada menciona respecto del mismo, no es una cuestión que deba examinarse en la alzada, en la que como es vidente, lo que se hace es revisar la sentencia dictada en la instancia, y no examinar el contenido de la demanda.

OCTAVO.- Desestimado el recurso de apelación, las costas de esta alzada deberán ser impuestas a la parte apelante.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Bankinter S.A., contra la sentencia de fecha 6 de febrero de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Santa María de Nieva, en el juicio ordinario 321/2016; se conforma la misma, imponiendo las costas de esta alzada a la parte apelante.

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

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

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

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