



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.



SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
Avda. Tres de Mayo nº3
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 34 94 19-20
Fax.: 922 34 94 18
Email: s04audprov.tfe@justiciaencanarias.org
Proc. origen: Procedimiento ordinario N° proc. origen:
0002514/2018-00
Juzgado de Primera Instancia N° 1 (Antiguo mixto N° 1)
de San Cristóbal de La Laguna

Rollo: Recurso de apelación
N° Rollo: 0000013/2020
NIG: 3802342120180007325
Resolución: Sentencia 000515/2021

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidente

Don Juan Luis Lorenzo Bragado

Magistrados

Doña María del Carmen Padilla Márquez

Doña María Paloma Fernández Reguera

En Santa Cruz de Tenerife, a 17 de mayo de 2021.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA núm. 1 DE SAN CRISTÓBAL DE LA LAGUNA, en los autos núm. 2514/2018, seguidos por los trámites del juicio Ordinario, sobre nulidad condiciones generales de contratación y promovidos, como demandante, por

, representada por la Procuradora doña Sonia González González y dirigida por la Letrado doña **Carolina García Santos**, contra la entidad CAIXABANK, S.A., representada por la Procuradora doña Ana Jesús García Pérez y dirigida por la Letrado doña Ana Vicuña Fernández, ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente la Magistrado doña María Paloma Fernández Reguera, con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrado-Juez doña María Mercedes Santana Rodríguez dictó sentencia el veintiséis de abril de dos mil diecinueve, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la



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.



Procuradora **DÑA. SONIA GONZÁLEZ GONZÁLEZ** en nombre y representación de

asistido de la Letrada **DÑA. CAROLINA GARCÍA**

SANTOS contra **CAIXABANK S.A.** representada por la Procuradora **DÑA. ANA JESÚS GARCÍA PÉREZ** y asistida por el Letrado **D. IGNACIO TRILLO GARRIGUES**, sobre nulidad de condiciones generales de contratación y en su consecuencia debo declarar la nulidad parcial de la estipulación referente a la multidisiva inserta en el contrato de préstamo suscrito entre actor y demandada en fecha de 21 de agosto de 2008, en virtud de la cual, se estableció que el préstamo se confería en yenes y debía ser devuelto en yenes, eliminando las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que quedará como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros en los términos previstos en la cláusula 1ª C, condenando a la demandada a devolver las cantidades abonadas de más por la aplicación de dicha cláusula de referencia del préstamo en divisas, todo ello a determinar en ejecución de sentencia, mediante la realización del cálculo matemático consistente en restar al importe realmente abonado, el importe que se hubiera abonado de haber estado el préstamo denominado en euros, todo ello con las consecuencias inherentes a dicho cálculo en cuanto a la denominación en euros del capital pendiente de pago y a su reducción: a indemnizar al actor por los daños y perjuicios causados por la cláusula que se declara nula, mediante el abono de los intereses legales de las cantidades abonadas de más desde la 13 fecha de cada pago hasta su respectiva devolución, mediante aplicación del tipo de interés del dinero, así como cuantas comisiones se hayan cobrado por el cambio de divisas durante la vida del préstamo, a determinar en ejecución de sentencia y a realizar un nuevo cuadro de amortización en euros, desde el comienzo del préstamo y mediante la aplicación de las cláusulas del contrato cuya vigencia se mantiene y a liquidar el préstamo en lo sucesivo, mediante aplicación del mismo. Igualmente declarar la nulidad parcial de la cláusula de gastos, la 5ª al imponer al consumidor los gastos de constitución, por lo que se deberá condenar a la demanda al abono de 831,35 euros, esto es 50% de gastos de Notario y gestoría así como el 100% de gastos de Registro

Todo ello con expresa condena en costas en esta primera instancia. ».

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día diecisiete de mayo del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La representación procesal de interpone demanda, por los trámites del Procedimiento Ordinario, en la que solicita, entre otros pedimentos y por lo que nos interesa a efectos del recurso de apelación interpuesto, la nulidad parcial de la estipulación referente a la "multidivisa" inserta en el contrato de préstamo suscrito por las partes en fecha 21 de agosto de 2008, en virtud de la cual se estableció que el préstamo se confería en yenes y debía ser devuelto en yenes, por ser cláusula abusiva con obligación de la parte demandada a realizar un nuevo cuadro de amortización del préstamo referenciado en euros desde el comienzo del préstamo y mediante la aplicación de las cláusulas del contrato cuya vigencia se mantiene y a liquidar el préstamo mediante aplicación del mismo.

La sentencia de instancia declara la nulidad parcial de la estipulación referente a las multidivisas inserta en el contrato de préstamo suscrito entre las partes, debiendo eliminarse las referencias a la denominación en divisas del préstamo que quedará como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros en los términos previstos en la cláusula 1ª C, condenando a la demandada a devolver las cantidades abonadas de más por la aplicación de dicha cláusula de referencia del préstamo en divisas, todo ello en ejecución de sentencia.

Disconforme la parte demandada con el fallo de la sentencia, interpone recurso de apelación, interesando la desestimación de la demanda reiterando las mismas causas de oposición que las alegadas en el escrito de contestación a la demanda, y mediante la alegación de error en la valoración de la prueba, sostiene en orden a la iniciativa en la contratación que fue precisamente el demandante, por intermediación de conocidos suyos, quien se interesó pro la suscripción de un préstamo en modalidad multidivisa; que se enteró de la información precontractual mediante la recepción de la oferta vinculante días antes a la firma ante el Notario que advirtió expresamente del riesgo de fluctuación de la divisa, aparte de las explicaciones dadas e información de riesgos contenidas en la propia escritura, y por todo ello considera que se ha superado el control de transparencia reforzado y el control de abusividad, con el consiguiente cumplimiento de toda la normativa por parte de la entidad financiera.

SEGUNDO.- Que planteados los términos del debate, en primer lugar debemos comenzar diciendo que en este concreto caso no cabe duda del carácter del actor como consumidor y de la cláusula como condición general de la contratación al no haber sido objeto de una negociación específica (fuera o al margen de la posibilidad de optar por la divisa y de su cambio posterior), de manera que se encuentra sujeta al control de transparencia (art. 80 de la LDCU). Este control, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", tiene por objeto, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, 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 las presupuestas o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Por ello, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para



impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de un cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido, y tal y como se expone en la sentencia de instancia, se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51, de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13 , párrafo 70, y de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17 , caso OTP Bank.

En base a toda la Jurisprudencia desarrollada tanto por el TJUE como por nuestro Tribunal Supremo, y que ha sido analizada en la sentencia de instancia, debemos llegar a la conclusión de que la cláusula controvertida, considerada en sí misma y si bien puede ser clara y comprensible en su redacción, no lo es tanto en exponer la significación y el alcance económico que la cláusula pueda tener, de manera que su eficacia y validez dependerá de la información que se haya ofrecido al cliente, y ello con repercusión no solo en el posible error que puede generar en el cliente determinante de la anulabilidad del contrato, sino en la falta de transparencia que determina su carácter abusivo y su nulidad de pleno derecho según el precepto citado (art. 83 de la LGCU).

TERCERO.- La parte recurrente considera que, a la vista de la información sobre las liquidaciones periódicas enviadas a los demandantes durante la vigencia del contrato informó al cliente durante la ejecución del préstamo de la incidencia que en su coste efectivo podría tener las diferentes divisas, cumpliéndose con las exigencias de necesarias, y por lo tanto, proporcionó información transparente y de calidad sobre todos los elementos que intervienen en la determinación de las cuotas mensuales y sobre los distintos niveles de riesgo vinculados a la fluctuación de la moneda, atendido el perfil de los actores.

Esta conclusión no puede ser confirmada. El planteamiento que subyace en el razonamiento del recurrente refleja un entendimiento incorrecto del deber activo de información, propio del control de transparencia, que se impone a la entidad de crédito. Es necesario que se acredite que se proporcionó la información adecuada, y no es suficiente para satisfacer el control de transparencia con una invocación a la información que el consumidor haya podido obtener con posterioridad, con la remisión de las liquidaciones una vez concertado el contrato de préstamo.

En este caso no se acredita que el demandante tuviera acceso a una oferta vinculante y texto proyectado en la escritura de préstamo durante los días previos a su firma, porque ni siquiera se aporta la supuesta oferta vinculante suscrita para determinar cual es el contenido de la misma, por lo que no se puede acreditar que se suministrara información suficiente en base a un documento que no consta en autos.



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.



Por lo que se refiere a las explicaciones proporcionadas al prestatario, si bien se afirma que el demandante recibió cumplida información sobre los riesgos inherentes al contrato con especial énfasis en los riesgos de fluctuación del tipo de interés y de las diferentes divisas frente al euro, así como en su repercusión en el contravalor en euros del préstamo y que, además, se le hicieron y exhibieron simulaciones explicativas en función de la evolución de la divisa, sin embargo, no se aporta documentación al respecto que le fuera entregada, ni consta en actuaciones simulaciones ni explicaciones que pudieran aseverar dicha afirmación, teniendo en cuenta que incumbe la carga de la prueba conforme determina el artículo 217 de la L.E.C., a la parte demandada a efectos de desvirtuar las manifestaciones de la contraparte, y ello independientemente de las declaraciones del testigo, D. Alberto, comercial de la entidad demandada que no recuerda si se envió documentación, o se advirtiera explícitamente de los riesgos que podía llegar a superar notablemente la cuota de amortización.

Se alude al perfil del demandante, para destacar, especialmente de _____ que es médico de profesión, al tiempo de la contratació

No obstante lo anterior, ello no exonera por sí a la entidad de su deber de información, ni permite presumir en el cliente el conocimiento cabal de los riesgos específicos de los préstamos multimonedas en un caso como el presente en que no ha existido siquiera un asesoramiento externo. Es cierto que la formación universitaria del prestatario permite presumir que tenía capacidad suficiente para entender la información sobre el funcionamiento y riesgos de las hipotecas multidisivas. El problema estriba en que no se ha acreditado que se le proporcionara información precontractual suficiente y adecuada, sin que su formación universitaria (ajena al ámbito financiero) y el mero conocimiento del riesgo de la fluctuación del tipo de cambio de la divisa les permitiera conocer, por sí solo, los específicos riesgos que suponía la contratación del préstamo hipotecario en divisas, y así no consta que se informara a la parte demandante de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos y que resultan menos evidentes. La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar.

Como dice la STS de 15 de noviembre de 2017: *“la percepción propia de un consumidor medio que concierne un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo. Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que la prestataria ha pagado las cuotas de amortización durante varios años, puede ocurrir que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se haya incrementado y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor”*.



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.



Por estas razones, es esencial que el banco informe al cliente sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo, o la trascendencia que el incremento del capital pendiente de amortizar, computado en euros, le supondrá en caso de que pretenda cambiar desde la divisa al euro.

También debe ser informado de que la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera otorga al banco la facultad de exigir nuevas garantías, así como de las consecuencias de no prestar esas garantías suplementarias.

En definitiva, las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos. Por otra parte, la intervención del notario no puede suplir la obligación de información precontractual que incumbe a la entidad bancaria prestamista.

CUARTO.-Que, al desestimarse el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, procede imponer las costas procesales a la parte apelante pro ser preceptivo. artículo 398 y artículo 394 ambos de laL.E.C.

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

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana Jesús García Pérez, en nombre y representación de la entidad BARCLAYS BANK SAU, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 1 de San Cristóbal de la Laguna, de fecha 26 de abril de 2019. en Autos de Procedimiento Ordinario núm.2514/2018, cuya parte dispositiva se confirma íntegramente.

2.- Se imponen las costas procesales a la parte apelante por ser preceptivo.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se interpondrán ante esta Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a partir de su notificación.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

Así por esta nuestra resolución, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.