



Roj: **SAP TO 700/2014 - ECLI: ES:APTO:2014:700**

Id Cendoj: **45168370012014100340**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **29/07/2014**

Nº de Recurso: **189/2013**

Nº de Resolución: **130/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **URBANO SUAREZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

TOLEDO 00130/2014

Rollo Núm.189/2013.-

Juzg. 1ª Inst. Núm..7 de Toledo.-

J. Ordinario Núm..... 884/2011.-

SENTENCIA NÚM. 130

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCION PRIMERA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. URBANO SUAREZ SANCHEZ

Dª GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE

En la Ciudad de Toledo, a veintinueve de julio de dos mil catorce.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 189 de 2013, contra la **sentencia** dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 7 de Toledo, en el juicio ordinario núm. 884/11, en el que han actuado, como apelante BANKINTER S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Dorrego Rodríguez y defendida por el Letrado Sr. Conde Herrero; y como apelados, D. Eladio y Margarita, representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Rodríguez Martínez y defendidos por la Letrado Sra. Zaballos Pulido.

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. URBANO SUAREZ SANCHEZ, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES:

PRIMERO: Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm.7 de Toledo, con fecha 19 de junio de 2013, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo FALLO dice: "Que estimando en parte la demanda presentada por la representación procesal de D. Eladio y de Dª Margarita frente a la entidad BANKINTER S.A.:



1.- Declaro la nulidad del préstamo hipotecario en **multidivisa** contenido en escritura pública otorgada ante el Notario del Ilmo. Colegio de Madrid D. Ignacio CARPIO GONZÁLEZ de fecha 20 de 2.007, con número 2.028 de su protocolo.

2.- Acuerdo la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del contrato anulado, con sus intereses, es decir, que los actores deberán restituir a la entidad bancaria demandada la cantidad de 115.000 euros, que según consta en la escritura de préstamo hipotecario acompañada como documento número tres de la demanda fue entregada a los prestatarios al momento de otorgar dicha escritura pública, más intereses legales desde la fecha de la escritura, el día 20 de junio de 2.007, mientras que la entidad bancaria demandada deberá restituir a los actores la cantidad de 38.412,38 euros, en concepto de capital e intereses satisfechos por los actores a la fecha de la celebración de la audiencia previa, así como aquellas cantidades que se hayan abonado con posterioridad, más la cantidad de 3.293,07 euros, en concepto de comisiones y gastos indebidamente generados para la formalización del préstamo declarado nulo, con sus correspondientes intereses legales desde la fecha en que se efectuaron los correspondientes pagos.

3.- Acuerdo en consecuencia la cancelación registral del préstamo hipotecario en divisas de fecha 20 de junio de 2.007, inscripción en el Registro de la Propiedad de Illescas, en la finca registral NUM000 de Yeles (Toledo), inscripción 5º.

4.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".-

SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por BANKINTER S.A., dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.-

SE REVOCAN EN PARTE y en la forma que luego se dirá, los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, que habrán de ser completados en la forma que se exprese, si bien se ratifican los antecedentes de hecho, que relatan la dinámica procesal, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Bankinter S.A. recurre en apelación la sentencia que en fecha diecinueve de junio de dos mil trece dictó el Juzgado de Primera Instancia número siete de los de Toledo por la que, estimando en parte la demanda interpuesta por Eladio y Margarita, declaraba la nulidad del préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes en fecha veinte de junio de dos mil siete.

El primero de los motivos de recurso denuncia, como ya se hizo en la instancia, que la acción ejercitada, que el Juez a quo considera es la de anulabilidad del art. 1300 del Código Civil, se ha ejercitado pasado el plazo de cuatro años a que se refiere el art. 1301 ya que en el momento de presentar la demanda, diez de noviembre de dos mil once, habían ya transcurrido los cuatro años fijados como plazo.

A los efectos que ahora interesan, asumiendo que sea cierto que la acción que se ejercita es la de anulabilidad a la que se refiere el juzgador de instancia, hemos de recordar que el art. 1300 del Código Civil establece que pueden ser anulados, por tanto no son nulos de modo absoluto, los contratos en los que concurren todos los requisitos que el art. 1261 exige para que nazcan pero que, en relación con alguno de los elementos, se da, en el momento en que ha de concurrir para la correcta formación del negocio, una circunstancia que lo vicie de modo que al no ser su otorgamiento fruto de una absoluta libertad la parte afectada puede conseguir que se declare ese extremo y se anule lo acordado. También es de recordar que el art. 1301 establece que el plazo que tiene la parte afectada por la anulabilidad para pedir la declaración de nulidad del contrato es de cuatro años el cual se mide de un modo diferente en función de cual de los elementos sea el afectado, en lo que interesa a esta resolución, en donde se denuncia un vicio de consentimiento, los cuatro años se computan desde que el contrato se consuma, art. 1301.

Pues bien como ha dejado claro el Tribunal Supremo no puede confundirse consumación con perfección; esta se produce tan pronto como concurren todos los elementos necesarios para que el contrato exista, en tanto que la consumación se produce cuando las partes han completado el cumplimiento de sus obligaciones, así la sentencia 569/2003 de 11 de junio señala "Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuándo se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de junio de 1984 que «es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con



más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 Jun. 1897 y 20 Feb. 1928), y la sentencia de 27 Mar. 1989 precisa que «el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que solo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes», criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 May. 1983 cuando dice: «en el supuesto de entender que no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 Jun. 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...». Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 Jun. 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo», y la sentencia de 20 Feb. 1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea, hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó».

La sentencia citada también establece como entender la dicción del art. 1301 y así continua "tal doctrina jurisprudencial ha de entenderse en el sentido, no de que la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato, sino de que la misma podrá ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1301 del Código Civil .

Los hechos sobre los que aplicar esta doctrina son: en fecha uno de julio de dos mil tres Eladio y Margarita adquirieron una vivienda cuyo precio debía abonarse mediante la subrogación en un préstamo con garantía hipotecaria concedido por Bankinter a la constructora. En escritura de la misma fecha los hoy litigantes novaron el contrato de préstamo. Mediante escritura de veinte de julio de dos mil siete se procedió a la celebración de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, el que es objeto de este procedimiento. En dicho contrato, y en lo que ahora interesa se estableció que los apelados debían devolver la suma prestada en un plazo de veinticinco años, concluyendo el veinte de junio de dos mil treinta y dos.

Siendo ello así es claro que la sentencia acierta cuando establece que aun no había transcurrido, ni al momento de presentarse la demanda ni siquiera aun hoy, el plazo de cuatro años, tantas veces referido, porque quedando pendientes de pago cuotas de amortización por parte de los prestatarios el contrato aun no se ha consumado.

El motivo se desestima.-

SEGUNDO: importante es determinar si, como se afirma en la sentencia, la acción que se ejercita es la de anulabilidad del art. 1300 u otra y ello porque si bien en cuanto al plazo de ejercicio, como se ha visto, ello carece de relevancia en este caso, no sucede lo mismo con los criterios sobre los que ha de valorarse el contrato.

En este sentido esta Sala entiende que existe una errónea identificación de la acción puesto que a los hechos que se recogen en la sentencia la normativa de aplicación es la Ley 26/1984 General para la defensa de los consumidores y usuarios y que regula los derechos de estos. Norma que era la vigente al tiempo de celebrarse el contrato cuya nulidad se reclama. La citada Ley es de preferente aplicación.

Tras la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre ello no ofrece dudas porque el art. 59 establece, que "1. Son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario.

2. Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos.

La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensado en esta ley, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, la regulación sectorial podrá elevar el nivel de protección conferido por esta ley siempre que respete, en todo caso, las disposiciones del derecho de la Unión Europea.

3. Los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación" y del que con total claridad resulta que el Decreto Legislativo es norma especial y de aplicación preferente, es de reseñar que el apartado segundo establece que es norma, la que protege a los consumidores, de aplicación a tales contratos y que la normativa común solo lo es en defecto de dicha ley o de otra ley especial. Por tanto en orden de prelación a la hora de aplicarlas, primero está la ley específica, luego otras leyes especiales, sectoriales



en función del contrato o servicio prestado, y siempre y cuando suponga un mayor nivel de protección, y por último la normativa del Código Civil.

Pues bien, como dijimos aunque la Ley 26/1984 no contiene una norma similar si que es posible deducir su preferente aplicación de lo que se establece en su art. 1,1 habida cuenta de la remisión que realiza en primer lugar al art. 53,3, de la Constitución, que establece que las decisiones de los Tribunales han de garantizar la efectividad de los derechos, pero también por su relación con lo que se dispone en el art. 2, al regular cuales son los derechos de los consumidores que el legislador estima como "básicos", y entre ellos recoge, en el inciso f) del apartado primero la protección jurídica, y del apartado segundo al exigir que la protección sea prioritaria cuando guarden relación con bienes y servicios de uso común, ordinario o generalizado. De esa conjunción cabe inferir que los derechos básicos, que la ley reconoce, han de garantizarse en todo el territorio nacional, art. 139 de la Constitución, y han de estar garantizados por el Estado, art. 138, lo que solo puede conseguirse si las normas que regulen, en los distintos sectores, las relaciones económicas a que se refiere el art. 128, citado en el art. 1, son imperativas.

Tampoco se puede olvidar, y ello lo recoge la propia Exposición de Motivos de la Ley, que el art. 51,1 de la Constitución impone a los poderes públicos la defensa de los consumidores y usuarios de modo que la interpretación de las normas ha de hacerse con ese principio. Y, en fin, lo establecido en el art. 10 bis 3 al señalar que las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán de aplicación cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato refuerza el carácter imperativo de las normas y no solo dentro del reducido marco a que se refiere el precepto.

Por tanto, si existe el deber de garantizar los derechos de los consumidores y usuarios, y si una ley reconoce cuales son esos derechos, que además proclama como prioritarios e irrenunciables, art. 2,2 y 3 de la Ley, forzosamente hemos de partir de que el legislador ha querido dar a dicha norma el carácter de imperatividad que permita lograr los fines que enuncia, lo que antepone su aplicación a cualquier otra, como es el Código Civil, sin perjuicio de las relaciones que puedan establecerse entre ellas.

Por otro lado hemos de recordar que el citado art. 2 ha de ser interpretado a la luz de la directiva 93/13 de 5 de abril del Consejo de la Unión Europea tal y como se ha encargado de recordar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un modo uniforme y más recientemente en la sentencia de diecisiete de julio de 2014, dictada en un procedimiento prejudicial, en donde se recuerda que la Directiva es imperativa, con lo que también han de serlo, porque en otro caso deberían dejarse de aplicar y hacerlo de forma directa con la Directiva, las normas nacionales que regulen la materia, con mayor rigor, y en palabras de la propia sentencia "A este respecto, procede recordar de entrada que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información (sentencia Barclays Bank, C-280/13, EU:C:2014:279, apartado 32, y Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 44).

23 Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 40 y jurisprudencia citada).

24 En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (sentencias Aziz, EU:C:2013:164, apartado 46, y Barclays Bank, EU:C:2014:279, apartado 34).".

Y dado que la doctrina recogida en dichas resoluciones impone que el examen de la abusividad de una cláusula se puede realizar aun de oficio forzoso será reconocer que la Ley estatal que regule los derechos de los consumidores y usuarios es imperativa y preferente y que la errónea denominación por las partes, y aun por el Juez de instancia, acerca de la naturaleza de la acción no impide que se examine cual es la que en realidad se corresponde con los hechos denunciados en la demanda.

Por otro lado el cambio en cuanto al enfoque jurídico que ahora se indica no supone falta de congruencia. Como recuerda la sentencia 834/2009 de 22 de diciembre "como declaran las SSTs de 21 de julio de 2000, 17 de diciembre de 2003, 6 de mayo de 2004, 31 de marzo de 2005, 17 de enero de 2006, 5 de abril de 2006, 23 de mayo de 2006 y 18 de junio de 2006, entre otras muchas, la incongruencia, como vicio interno de la sentencia, existe cuando se concede más de lo pedido por el actor o menos de lo aceptado por el demandado; cuando no se resuelve sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso; cuando se aprecian



excepciones no opuestas por la parte demandada, salvo cuando puedan estimarse de oficio; o, finalmente, cuando se altera por el Tribunal la *causa petendi* [causa de pedir] como fundamento jurídico-fáctico de las peticiones deducidas en el proceso, generando la consiguiente indefensión para la otra parte.

Esta última infracción es la que en este motivo se imputa a la sentencia recurrida.

Sin embargo, como declara la STS de 8 de marzo de 2006, no es exigible el rigor formal de una correspondencia exacta con las peticiones de las demandas, proyectadas en sus suplicos, sino que la sentencia, adecuadamente coherente con la exposición fáctica y la fundamentación jurídica, ponga de relieve que se resuelve sobre lo que en definitiva se reclama, al margen de consideraciones abstractas sobre la naturaleza o la estructura de la pretensión deducida. En el caso examinado la demanda pretendió la declaración de nulidad de determinadas cláusulas contractuales contenidas en los documentos ofrecidos a los clientes del establecimiento financiero fundándose en su carácter abusivo. Este carácter abusivo se apoyaba no solamente en su contenido sino también en las condiciones en que se habían celebrado los contratos y en su falta de transparencia. La sentencia de apelación, al abordar estas últimas cuestiones, afirma que la normativa sobre información y transparencia, aun cuando no citada inicialmente, sin embargo fue apuntada por la actora al describir los motivos por los que interesaba la declaración de nulidad.

En suma, la demanda versó desde el primer momento en torno a la validez de las cláusulas contractuales cuya nulidad se pretendía por imponer condiciones abusivas sin la debida transparencia y no puede decirse que los elementos fácticos que sustancialmente integran la pretensión hayan sido alterados por haber hecho más hincapié en la apelación en uno o en otro de los aspectos de la fundamentación jurídica mediante la que trataba de obtenerse la declaración de nulidad. No se aprecia, en consecuencia, la incongruencia denunciada, por no haberse variado la *causa petendi*, y haberse desenvuelto la argumentación de la Audiencia (al igual que la del Juzgado, aunque llegara parcialmente a una conclusión distinta), dentro del margen de calificación de los hechos que brinda al juzgador el principio *iura novit curia* [el tribunal conoce el Derecho] para la calificación de los hechos y la selección de la norma aplicable, que permite al tribunal fundar su decisión en preceptos jurídicos distintos de los invocados siempre que no se alteren sustancialmente los hechos que fundamentan la pretensión (SSTS de 24 de julio de 2006, 6 de abril de 2005, 16 de marzo de 2007, RC n.º 717/2000, 18 de junio de 2007, RC n.º 4408/2000, 8 de noviembre de 2007, RC n.º 4341/2000, 5 de diciembre de 2007, RC n.º 2748/2000, 22 de enero de 2008, RC n.º 5501/2000)." y esta Sala para nada ha modificado ni los hechos ni tampoco la pretensión de la parte, que es la declaración de nulidad del contrato por contener una cláusula que establece la forma de retribución del préstamo que fue firmada por los actores con insuficiente información

Así pues creemos que tanto la parte actora cuanto el Juez a quo no han acertado a la hora de definir la acción que resulta de los hechos que la demanda recoge. Y ello tiene importancia porque no se habrán de tener en cuenta solo las normas nacionales sino también las directivas y otras normas generales emanadas de la Unión Europea y, por supuesto, la doctrina que haya dictado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de las mismas y como garante de la uniforme aplicación de los principios que de ellas resulten a todos los estados miembros.

En este sentido lo que se ha de examinar es si del conjunto del contrato resulta que exista alguna cláusula que resulte abusiva, si bien ello con referencia a la información facilitada a los actores, y si ello afecta a todo el contrato, o solo a la cláusula en cuestión debiendo mantener el resto de lo pactado.

Con esto se da respuesta a las alegaciones de la parte recurrente de si la normativa que el Juez a quo ha tenido en cuenta a la hora de valorar si la cláusula es abusiva es o no de aplicación puesto que la Ley especial es imperativa, por tanto su no aplicación es un error en la aplicación del derecho, y dado que de oficio se debe aplicar ha de poder hacerse en cualquier estado del procedimiento. Lo esencial será que se respeten los hechos, esto sí que no pueden ser modificados pero el determinar la norma que a los mismos es de aplicación no supone incongruencia en tanto en cuanto la causa petendi solo se relaciona con la acción ejercitada cuando cabe la posibilidad de optar entre varias por la más adecuada pero no cuando de lo que se trata es de aplicar la norma imperativa que es la única que puede tenerse en cuenta en función de los hechos. Dicho de otro modo, si examinados los hechos, y en función de la petición de la parte, es posible conceder, o denegar, lo pedido sobre la base de varias disposiciones y ninguna es imperativa, el no atenerse a la calificación jurídica realizada en la sentencia de instancia supondrá incongruencia, pero si los hechos no se modifican y la petición puede concederse sobre la base de normas imperativas, el apartarse de la calificación jurídica de la instancia no vulnera derecho alguno.

No pasa por alto esta Sala que lo que en este caso se discute es si la cláusula por la que se establecía la forma en que se fijaba la forma de calcular y cuantía de la devolución del importe del préstamo, más los intereses remuneratorios, forma parte del precio o retribución del contrato y que, por tanto, en principio no puede ser abusiva ya que el art. 4,1 de la Directiva las excluye, sin embargo ello es así cuando se refiere a las cláusulas



previstas en el art. 3, que son abusivas por su propia naturaleza y aun cuando por parte del profesional no haya mediado incumplimiento de las obligaciones y haya actuado de buena fe, pero no cuando se trata de cláusulas a las que se les aplique el apartado segundo del mismo art. 4 ya que en tal caso, si media una falta de información, o de algún otro modo, en el momento de la perfección del contrato, por parte del profesional se incumple el deber de buena fe y de facilitar cuanta información sea necesaria para la formación del consentimiento del consumidor, en tales casos aun cuando se refiera a aquellas que delimitan el precio o las obligaciones principales de las partes contratantes, es de aplicación la Directiva.-

TERCERO: Determinado ya el marco jurídico que ha de tenerse en cuenta para la resolución del recurso no queda sino establecer cuales son los hechos que la sentencia da por probados, que en gran medida no se discuten por las partes.

Así se considera probado porque es un hecho que no se ha discutido la existencia del contrato de préstamo, con garantía hipotecaria, suscrito en fecha veinte de junio de dos mil siete, así como tampoco se discute el contenido de la escritura.

Según la misma los actores reciben, en la divisa acordada y como principal, el contravalor de ciento quince mil euros, habiendo pactado que la moneda a la que se convierte es el yen japonés, por lo que el préstamo queda fijado en diecinueve millones doscientos treinta y dos mil ciento diecisiete yenes. Se establecía que en la cuenta en que se ingresó el capital se adeudarían los "intereses, comisiones y gastos de cualquier naturaleza producidos por la correspondiente divisa".

El pago que debía realizar en trescientas cuotas que suponían, según la estipulación segunda, ochenta mil quinientos cuarenta y dos yenes que incluye la parte de amortización de capital y del pago de intereses.

La cláusula tercera recogía el cálculo de intereses y se establecen dos formas en función del tipo de moneda en que deba restituirse el principal; si se trata de moneda extranjera el interés se calcularía sobre el libor con un diferencial de más uno con veinticinco puntos, si se tratase de euros el cálculo se realizaría tomando en cuenta el euribor con un diferencial de cero sesenta y cinco puntos.

Para el supuesto de devolución en yenes se establecía que, además del pago de los intereses, según el cálculo referido, se añadirían "cuantos gastos, corretajes, comisiones e impuestos de todo tipo que se originen y deban ser pagados por Bankinter para la obtención de dichos recursos".

A juicio de esta Sala el punto central del debate está en determinar si la cláusula por la que se fija el pago de las cuotas adolece o no de la falta de claridad que en la demanda se indica o si, por otros medios, los actores podían tener el conocimiento suficiente acerca de cuales serían los concretos conceptos y cifras aproximadas, que deberían abonar.

Sobre este último extremo hemos de señalar que no está probado ese conocimiento por otros medios o procedimientos. Se afirma por la recurrente que con anterioridad se les hizo entrega de una oferta vinculante en donde se recogen todos los detalles de la operación, sin duda para dar cumplimiento a lo establecido en la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 en donde, con carácter de obligación se impone a las entidades de crédito el que hagan entrega de un documento con una oferta en donde consten todos los datos que la propia Orden establece en su Anexo II, art. 5 de la misma. Sin embargo esa no es la cuestión porque de lo que se trata no es de acreditar si se hizo o no entrega de la oferta vinculante sino de poder comprobar que dicha oferta se adecuaba a las prescripciones de la mencionada Orden y si la información era clara y comprensible para los apelados, y no podemos saberlo porque ni se aporta a este procedimiento, por cierto tampoco se aportó al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, ni consta en la escritura la transcripción de la misma, el Notario solo afirma que los demandantes dicen haberla recibido no que la hayan recibido y menos aun cual es el contenido. Pero es más, la oferta vinculante a que se refiere la Orden citada no es el folleto a que se refiere la Circular del Banco de España, la 8/1990 de siete de septiembre; por cierto parece que por el banco recurrente se ha incumplido la obligación que dicha Circular establece en cuanto a la conservación de un documento escrito firmado por el cliente en donde se recoja toda la información relativa a comisiones, tipos de interés etc., o eso o es que de modo consciente no se quiere aportar, lo que solo tiene sentido si es que resulta evidente que dicho documento no reúne las exigencias de claridad mínimas. En cualquier caso, lo que no puede es basarse la afirmación de cumplimiento de información en la mera alegación de parte cuando es la falta de diligencia a la hora de cumplir con sus obligaciones.

Por tanto lo que hemos de examinar es si la cláusula tercera tiene la claridad suficiente como para que por los actores se pudiera conocer todos los gastos que habrían de abonar en el supuesto de que decidieran la devolución en yenes del capital prestado.

A este respecto podemos ya afirmar que no es así. Como se ha visto todas la menciones que en la escritura se contienen y referidas al pago de cantidades distintas del capital y de los intereses se hacen de un modo



general; ni siquiera por indicación se señala cuales sean esos corretajes, comisiones o impuestos siendo que tal vez pudiera no conocerse cual sería la suma que en cada momento se tuviera que aplicar, pero desde luego lo que no es posible que la entidad recurrente no conociera de antemano cuales eran los conceptos mismos.

De manera muy especial no se informa que el tipo de cambio de la moneda puede afectar a la cantidad que al final debe devolverse, ni tampoco se les informa de cual era ese tipo de cambio en el momento de concertar el préstamo ni tampoco de cuales las previsiones acerca de su evolución. Ello es lo que ha provocado que ante la disminución del diferencial de cambio, de forma mas llana al haberse apreciado el yen en relación con el euro, haya aumentado la cifra de euros que se ha de invertir por los apelados para la compra de los yenes necesarios para devolver el préstamo.

Ello no se suple por la indicación final de que deberá abonar todos los gastos, comisiones y corretajes porque habiendo sido sencillo que se dijese que serían los que tuvieran relación con el tipo de cambio entre el euro y el yen sin embargo se habla, de un modo cuando menos falto de claridad, de "obtención de dichos recursos".

El art. 10 bis) de la Ley 26/1984 , apartado primero, contiene una mención a cuales son las condiciones que ha de cumplir una cláusula para que se adecue a la normativa de protección de los consumidores y usuarios y en el apartado cuarto se sanciona con la nulidad, se tendrán por no puestas, las que incumplan tales exigencias. En desarrollo de ese primer apartado se contenía un elenco de supuestos, que al igual que sucede con el art. 3 y anexo de la Directiva 93/13 , no es tasado sino enunciativo, en general era muy similar a las que el anexo considera cláusulas abusivas. Sin embargo dicha relación se refiere a las cláusulas abusivas por su contenido no por falta de información. En la directiva 93/13 se hace una distinción clara, como ya se indicó si, como es el caso, la abusividad se refiere a uno de los elementos que afectan al precio, la cláusula no es abusiva por su contenido pero puede serlo por no ofrecer al consumidor toda la información que resulta necesaria para que pueda formarse una idea correcta acerca de las obligaciones que asume. Y esa distinción se traslada al texto legal español porque el art. 10 establece cuales son las condiciones que han de revestir las cláusulas, en lo que ahora interesa el establece "1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual".

Es evidente que la cláusula tercera del contrato que es objeto de este procedimiento no reúne las condiciones de claridad y sencillez por la poderosa razón de que hay ocultación de información con el empleo de una fórmula general que no permite que los apelados pudieran saber ni cuales eran los gastos, comisiones, corretajes o impuestos ni menos aun cual era la cifra, aunque fuese aproximada, que de los mismos se les podía repercutir en los pagos. Y es más, el empleo de un índice de referencia, el libor, que a diferencia de lo que sucede con el euribor no es de conocimiento general, para un ciudadano medio, que no se relacione con actividades de inversión obligaba a la entidad recurrente a ofrecer un mayor detalle en las explicaciones de lo que ello comportaba para la vida del préstamo, en este sentido forzoso es que se hubiera informado a los actores acerca de cual era el tipo, en el momento de contratar, cual la evolución hasta el momento, cual la que se prevé, en función de la información con la que cuente el banco.

A nivel jurisprudencial el T.J.U.E. ha señalado en su sentencia de 30 de abril de 2014 que la exigencia de que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible para el consumidor es una obligación que no se agota con que la misma lo sea desde el punto de vista gramatical sino que ha de suponer la exigencia de que exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera a la que se refiere la cláusula así como la relación entre ese mecanismo y lo establecido en otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo de manera que el consumidor pueda conocer y evaluar, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, cuales son las consecuencias económicas que el contrato le van a suponer.

Y la sentencia de 14 de marzo de 2013 señaló cuales eran los criterios que el Juez nacional debía tener en cuenta a la hora de valorar si una cláusula resultaba abusiva "Pues bien, con carácter general, para cualquier cláusula incluida en un contrato de consumo y no negociada individualmente, habrá que tener en cuenta los siguientes parámetros: (i) La naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato. (ii) Todas las circunstancias que concurran en su celebración. (iii) Respecto de los parámetros de la "buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato", la Directiva únicamente fija los conceptos abstractos, por lo que habrá que atender a "las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido", mediante un "análisis comparativo" con el que podrá valorarse "si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor



en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente ". (iv) Medios de los que dispone el consumidor " con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas ". (v) Para constatar si se han respetado las exigencias de la buena fe, el juez nacional debe comprobar " 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 "

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 vino a señalar cuales son los criterios que se han de respetar por una clausula contractual para estimar que la misma es clara y comprensible.

En este caso, como se ha visto, los prestatarios no podían hacerse una idea de cuales eran las consecuencias económicas que para ellos tenia el celebrar el contrato en yenes puesto que no se les informó ni tan siquiera de que el resultado final estaba afectado por el tipo de cambio que en cada momento existiera entre el yen y el euro; tampoco se les indicaron cuales eran, aparte de la comisión de apertura, las comisiones, corretajes e impuestos que podría repercutir el banco, lo que facultaba a este, por el carácter de indefinición de la redacción, a poder cargar el que tuviera por conveniente, y no solo en lo referido al importe o índice, de manera que a lo largo de toda la vida del contrato en ningún momento podían saber cual podría ser la futura cuota ni si, como ha sucedido, al final la suma que en euros han de aportar para la compra de yenes con que proceder al pago de las cuotas de amortización podía ser superior al capital prestado inicialmente; nótese que no se trata solo de los intereses, para los que la variación es algo que sí se determinaba, aunque fuera sobre bases de oscuridad, sino que el aumento podía darse incluso en relación con el capital mismo lo cual, aunque ello en este caso carece de relevancia, supone que en puridad no estamos ante un contrato de préstamo sino ante un producto financiero complejo y de inversión. Si a ello le sumamos que con el contrato se afectaba a la vivienda de los apelantes la única conclusión de todo ello es que hemos de concluir que la cláusula es nula por falta de información.-

CUARTO: Llegados a este punto hemos de determinar cuales son las consecuencias que la declaración de nulidad de la cláusula tiene.

La sentencia de instancia concluye en la nulidad del contrato, estableciendo la restitución recíproca y la cancelación de la anotación de la **hipoteca**. En modo alguno la conclusión de la sentencia es acertada.

El hecho de que una cláusula pueda ser considerada nula no supone, per se, que lo sea todo el contrato, conclusión a la que llega la sentencia de instancia. No existe respaldo legal alguno para tal consideración siendo que lo que se ha de determinar es si el contrato puede continuar vigente sin la cláusula nula.

Así lo establecía el apartado segundo del art. 10 bis) de la Ley de 26/1984 de 1º9 de julio "2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil . A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada".

Es también lo que propugna la Directiva 13/93 en su art. 6,1 "Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Es también lo que han declarado tanto el T.J.U.E. cuanto el Tribunal Supremo. El primero de ellos en su sentencia de 30 de abril de 2014 , entre otras muchas, en la que ha declarado que el art. 6,1 de la Directiva 93/13 /CEE ha de interpretarse en el sentido de que no se opone a que la legislación nacional establezca que la declaración de nulidad de una cláusula pueda no conducir como efecto a la total nulidad del contrato, siempre y cuando este pueda subsistir sin la cláusula declarada nula; en caso de que ello no sea posible el contrato mismo será nulo.

Por su parte el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la nulidad parcial de los contratos. Después de recordar que a diferencia de otros ordenamientos, como el italiano y el portugués que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, el nuestro carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio de conservación del contrato ante nulidades parciales del mismo, recuerda que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del favor negotio tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio . RC 911/2006 ;



261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007 ; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009 ; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009).

Pues bien, en este caso es perfectamente posible el mantenimiento del contrato.

Como se dijo más arriba el contrato preveía dos formas de calcular los intereses que como remuneración debía percibir Bankinter. Por un lado si el capital se prestaba en yenes entraba en juego el apartado a) de la cláusula tercera, que hemos declarado nulo, y si se hacía en euros era el apartado b)

En relación con este segundo modo de cálculo de la amortización no observamos que la forma de pactó adolezca de vicio o defecto alguno que comporte su nulidad. El capital estaba claramente determinado, en la cláusula primera se fijaba en ciento quince mil euros. La forma de cálculo de los intereses se hacía por referencia al euribor con un diferencial de cero con setenta y cinco puntos y, además, se determinaba que en el momento inicial el tipo de ese interés era del cinco por ciento, por cuanto que el euribor tenía un tipo de cuatro con veinticinco puntos. Se establece también que en las futuras revisiones el tipo a tener en cuenta era el euribor a un mes.

A diferencia de lo que sucedía con la cláusula cuando el préstamo se fijaba en yenes todos y cada uno de los conceptos estaban determinados desde el primer momento. Ninguno de ellos supone un conocimiento especial, no es baladí recordar que es frecuente la información que se ofrece, incluso por los medios generales de comunicación, de la evolución del tipo del euribor, de modo que en cada momento los demandantes podían conocer la parte que como intereses remuneratorios debían abonar.

Por otro lado no existe ningún elemento aleatorio, fuera de ese pacto de intereses, de modo que el capital prestado y pendiente de devolución en ningún caso aumentará, por mucho que variase el tipo de referencia solo afectara a los intereses.

Por tanto es perfectamente posible que el contrato se mantenga con lo pactado en el apartado b) de la cláusula tercera.

Por consiguiente la sentencia ha de ser revocada si bien la que ahora se dicta obligará a que por parte de Bankinter se realice un recálculo de todo el contrato con el fin de adecuar, desde el inicio, la remuneración del mismo con referencia al apartado b) de la cláusula tercera y en relación con la cantidad que haya sido abonada y que exceda de lo que se habría tenido que abonar, hasta el momento, por la nueva forma en que se ha de calcular deberá imputarse al capital.-

QUINTO: No procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta segunda instancia, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, ni tampoco en la primera, art. 394 de la L.E.C . puesto que la estimación parcial del recurso lleva consigo la estimación parcial de la demanda en tanto en cuanto ni se declara la nulidad del contrato ni tampoco procede la cancelación de la inscripción registral del derecho de **hipoteca**.-

FALLO:

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de BANKINTER S.A., debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE** la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm.7 de Toledo, con fecha 19 de junio de 2013 , en el procedimiento núm. 884/11, de que dimana este rollo, y en su lugar

ESTIMAMOS EN PARTE la demanda interpuesta por Eladio y Margarita y **DECLARAMOS LA NULIDAD** del apartado A) de la cláusula tercera del contrato de fecha veinte de junio de dos mil siete celebrado con la entidad BANKINTER S.A. manteniendo la vigencia del contrato.

Por parte de Bankinter S.A. se procederá al recálculo de los intereses devengados desde el inicio del contrato aplicando lo establecido en del apartado B) de la citada cláusula y el exceso que pudiera haber sido abonado se imputará al capital pendiente de amortización; todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ninguna de las dos instancias, y con devolución del depósito para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. URBA **NO SUAREZ SANCHEZ**, en audiencia pública. Doy fe.-