



Roj: **SAP ZA 3/2017 - ECLI:ES:APZA:2017:3**

Id Cendoj: **49275370012017100003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zamora**

Sección: **1**

Fecha: **03/01/2017**

Nº de Recurso: **263/2016**

Nº de Resolución: **1/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ESTHER GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE  
Z A M O R A

Rollo nº: RECURSO DE APELACIÓN Nº 263/16

Nº Procd. Civil : 548/15

Procedencia : Primera Instancia de Zamora nº 3

Tipo de asunto : Ordinario

Este Tribunal compuesto por los Señores Magistrados que se expresan al margen, han pronunciado

E N N O M B R E D E L R E Y

la siguiente

**SENTENCIA Nº 1**

Ilustrísimos/as Sres/as

Presidente

D.JESÚS PÉREZ SERNA.

Magistrados/as

D. .PEDRO JESÚS GARCÍA GARZÓN

D<sup>a</sup>. ESTHER GONZÁLEZ GONZÁLEZ

En la ciudad de ZAMORA, a 3 de enero de 2017.

Vistos ante esta Ilustrísima Audiencia Provincial en grado de apelación los autos de procedimiento Ordinario nº 548/15, seguidos en el JDO. 1A. INST. Nº 3 de Zamora , RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 263/16; seguidos entre partes, de una como apelante BANKINTER, S.A., representado por el/la Procurador/a D. JOSÉ MIGUEL RAMOS POLO, y dirigido por el/la Letrado/a D. JOSÉ MARÍA REGO ALVAREZ DE MON, y de otra como apelado D. Amadeo , representado/a por el/la Procurador/a D. LUIS ANGEL TURIÑO SÁNCHEZ y dirigido/a por el/la Letrado/a D. LUIS FELIPE GÓMEZ FERRERO , sobre nulidad de cláusula tercera del contrato de préstamo de hipoteca multidivisa.

Actúa como Ponente, el/la lltmo/a Sr./a. D<sup>a</sup> . ESTHER GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



PRIMERO .- Por el JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.º 3 de Zamora, se dictó sentencia de fecha 19 de abril de 2016 , en el procedimiento Ordinario nº 548/15, cuya parte dispositiva, dice: "FALLO: Que debo estimar y estimo sustancialmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Don Luis Angel Turiño Sánchez en nombre y representación de Don Amadeo contra Bankinter S.A. y declaro la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario hipoteca multidivisa de 20 de agosto de 2008 en los contenidos relativos a la opción multidivisa, debiéndose efectuar un nuevo cálculo de las cuotas del préstamo hipotecario por la entidad demandada y la obligación de restituirse recíprocamente las cantidades entregadas compensándose las cantidades abonadas por el actor con la cantidad prestada con expresa condena en costas a la parte demandada."

SEGUNDO .- Contra mencionada resolución interpuso la parte demandada, el presente recurso de apelación que fue sustanciado en la instancia de conformidad con lo establecido en el art. 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; se elevaron los autos, correspondiendo a este Tribunal su resolución, dando lugar a la formación del presente rollo y, no habiéndose celebrado vista pública ni solicitado práctica de prueba, quedó el procedimiento para votación y fallo, señalándose el día 15 de diciembre de 2016.

TERCERO .- En la tramitación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones de carácter legal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- OBJETO DE RECURSO Y POSICIÓN DE LAS PARTES.

Es objeto de recurso la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Zamora, en fecha 19-4-2016 , por la que se estimó la demanda interpuesta por D. Amadeo frente a Bankinter, S.A., en ejercicio de la pretensión de que se declarase la nulidad parcial de la Escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 28 de agosto de 2008, con los efectos pretendidos en la misma.

El recurso de apelación alega, en primer término, una serie de consideraciones respecto al perfil del prestatario y el estado actual del crédito, para insistir en la concurrencia de caducidad de la acción, la normativa aplicable, la falta de la condición de consumidor del prestatario y subsidiariamente la inexistencia de desequilibrio para el demandante y cumplen con los cánones de transparencia exigidos y la inexistencia de error en el consentimiento al acreditarse que el actor tenía pleno conocimiento de la mecánica del préstamo y en definitiva, los efectos de la declaración de nulidad, la ratificación del consentimiento, la inaplicabilidad del Fallo, impugnándose la imposición de costas.

Por su parte la apelada contesta al recurso alegando que la Sentencia lo que concluye es que la entidad demandada omitió sus deberes a la hora de explicar de una forma mínimamente aceptable la trascendencia y significado económico del producto que le ofreció. Se parte en el escrito de oposición al recurso, de la Sentencia de fecha 12-1-2015 del TS y de la de esta Sala de fecha 9-7-2015 sobre la caducidad y se indica que no existe contradicción entre la Jurisprudencia del TS y del TJUE respecto de la aplicabilidad de la normativa MDIF. Así mismo se alega que es a la parte demandada a la que corresponde acreditar el destino del préstamo en cuanto a la condición de consumidor, la complejidad y dificultad para la comprensión del producto de que hablamos y la falta de prueba de la información sobre los efectos en cuanto al incremento del importe del capital de la hipoteca y los riesgos de la misma, la concurrencia de error invalidante y la aplicabilidad del fallo, con oposición a la no condena en costas que se pretende de contrario.

SEGUNDO.- SOBRE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Como se señala por la sentencia recurrida y venimos reiterando esta Sala y otras Audiencias Provinciales, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, una cosa es la perfección del contrato y otra su consumación, distinción que es importante en los contratos de tracto sucesivo, en el que se mantienen en el tiempo las obligaciones asumidas contractualmente, por lo que y aplicando lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil , el plazo de caducidad de cuatro años comenzará a computarse cuando se haya producido el completo cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto del contrato. En este sentido pueden citarse, además de las Sentencias reseñadas en el escrito de oposición a la apelación como la del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de fecha 12 de enero de 2015 , reiterada en la de 7-7-2015 y de la Sala de 9 de Julio de 2015 , las del propio Tribunal Supremo de 11 de Junio de 2003 , 11 de Julio de 1984 o 5 de mayo de 1983 y de otras Audiencias Provinciales como la de Valladolid de 4 de octubre de 2016 , Madrid sección 11 del 01 de julio de 2016 , entre otras muchas.

En todas ellas se mantiene que el inicio del plazo ha de coincidir con el hecho de que se produzca un evento que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error y en este caso, por muchas consultas on line que haya hecho el



demandante, que por otra parte no se sabe para qué o si tienen que ver con el préstamo hipotecario del que tratamos, lo cierto es que desde el momento en el que se evidencian los efectos perjudiciales para el mismo y que según la Sentencia pudiera haberse producido en 2015. En este punto se alega por la entidad que ese conocimiento hubo de ser previo porque ya había habido fluctuaciones en años anteriores, pero lo cierto y verdad es que la documentación aportada por dicha parte no evidencia el pleno conocimiento del contratante de las consecuencias económicas de que tratamos, en un plazo cuatro años anteriores a la interposición de la demanda.

#### TERCERO.- CONFIRMACIÓN O RATIFICACIÓN DEL CONTRATO

Respecto de la alegación de confirmación o ratificación del contrato, en atención al cumplimiento del contrato, son reiteradas las resoluciones de las Audiencias Provinciales que desestiman tal alegación y que compartimos.

Como se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 5-4-2016 , "La confirmación de un contrato es una declaración de voluntad - expresa o tácita- por la cual se opta por dotar al contrato viciado de una eficacia definitiva, haciendo que cese la situación de incertidumbre propia de la anulabilidad, por lo tanto, para valorar si un acto realizado por el legitimado para ello tiene carácter confirmatorio , hay que atender, como dice el propio artículo 1311 del Civil, a la voluntad del legitimado de querer confirmar el negocio anulable, inferida de manera necesaria de dicho acto. No cualquier acto posterior confirma un negocio que adolece de alguna causa de anulabilidad, sino solo aquel que se haya realizado por el legitimado para impugnarlo con ánimo de querer purificarlo".

La conclusión de que por el hecho de que el prestatario haya venido cumpliendo el contrato e incluso que en el procedimiento ejecución abonara todo lo reclamado, no puede entenderse como un acto de confirmación del contrato, sino de evitación de los perjuicios que pudieran suponer el incumplimiento de lo pactado.

#### CUARTO.- **NO** RMATIVA QUE RESULTA DE APLICACIÓN.

El recurso de apelación alega la inaplicabilidad de la normativa MDIF al préstamo multidivisa de que tratamos, en atención a lo que se recoge en la Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 , que concluía que el artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 , relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidades.

Frente a esta interpretación del TJUE, el Tribunal Supremo, en aparente contradicción, ha señalado que la hipoteca multidivisa como un producto derivado, complejo debe incluirse en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores y decimos que en "aparente contradicción" porque una Directiva comunitaria y la ley estatal que la transpone son instrumentos diferentes, de tal manera que 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. Además debe ponerse de manifiesto que la propia Sentencia del TJUE hace referencia a la obligación de los Jueces nacionales de comprobar, en cada caso concreto, si en una hipoteca multidivisas hay un servicio de inversión y eso es precisamente lo que lleva a cabo el Tribunal Supremo que concluye en el sentido señalado anteriormente.

#### QUINTO.- CONDICIÓN DE CONSUMIDOR DEL PRESTATARIO.

La definición legal de consumidor nos viene dada en el artículo 3 del Texto refundido de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios cuando establece que son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Por tanto para que pueda negarse tal condición al actor debería acreditarse que el mismo, cuando formalizó el contrato de que tratamos, lo hizo con la finalidad de destinar el dinero objeto de préstamo a su actividad profesional y esta circunstancia, cuya prueba incumbía a la entidad demandada no se ha conseguido.

Teniendo en cuenta que los dos bienes gravados con hipoteca son dos viviendas, una de las cuales es donde el demandante tiene establecido su domicilio y que no existe ninguna mención en la Escritura Pública, ni en la documentación aportada a que el destino



del préstamo fuera la actividad profesional o el oficio del prestatario, porque la mención en el documento de solicitud a que tiene como profesión la de dentista, no significa que el préstamo se solicite para la actividad, debe mantenerse la condición de consumidor.

#### SEXTO.- DEBER DE INFORMACIÓN DE LA DEMANDADA Y ERROR EN EL CONSENTIMIENTO.

Además de que compartimos la posición mantenida por nuestro Tribunal Supremo en relación a la naturaleza jurídica del contrato de que tratamos y la aplicabilidad al mismo de la normativa relativa al Mercado de Valores y MDIF, es que al margen de ello, la obligación de información por parte de la recurrente a los clientes sobre las características de los productos que se contratan y sus consecuencias económicas, deviene de las exigencias de la buena fe recogidas en el artículo 7 del Código Civil ( STS 20-1-2014 ) y de la aplicación del derecho civil respecto de los contratos, en concreto el artículo 1201 del Código Civil .

Y es que, como se señala en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (sección 3) de 4 de octubre de 2016 la viabilidad de la acción de nulidad basada tanto, en la falta de transparencia y abusividad, de las cláusulas como en la existencia de un error vicio de consentimiento, gira en torno a la demostración de que el cliente bancario recibió toda la información que le era necesaria para conformar un juicio cabal y completo de la operación a realizar, y esta obligación de informar recae sobre la entidad financiera por ser la que la conoce y debe transmitir tales conocimientos a la otra parte contratante de acuerdo con el principio general de buena fe y lealtad negocial y el deber específico que le venía impuesto por la legislación sectorial a fin de tutelar los intereses de sus clientes y garantizar que estos tengan perfecto conocimiento de las características y riesgos que tenga el producto que se les ofrece por la entidad.

Además, el deber de información se encuentra recogido en los artículos 12 , 18.2 , 59 60 y 80 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, cuyo artículo 79 , antes de la modificación operada por la Ley 47/2007, Ley 7/1998, de 13 de abril , sobre Condiciones Generales de la Contratación y su control de transparencia en contratos celebrados con consumidores, además de la Sentencia dictada el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de fecha 30 de abril de 2014 y las posteriores que la ratifica, como la de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14 .

En definitiva y examinada la prueba documental, no consta que con carácter previo a la suscripción del contrato la entidad bancaria hubiera informado de las características del producto y sus consecuencias económicas ya que no se han aportado por la entidad bancaria más documentos que la solicitud del prestatario, la oferta vinculante y las consultas realizadas por el demandante online en relación a la cuenta abierta en dicha entidad. No hay constancia ni de que se le facilitara folleto informativo alguno o simulaciones de los distintos escenarios que pudieran darse a lo largo de la vida del préstamo y no existe constancia de que la denominada "oferta vinculante" fuera entregada al prestatario y en ningún caso que éste hubiera tenido tiempo suficiente para examinarla con el tiempo y la dedicación necesarias ya que lleva fecha del día anterior al otorgamiento de la escritura notarial. En estas condiciones todas las manifestaciones del demandante en el sentido de conocer los riesgos de la operación y su significado, la renuncia al examen de la oferta vinculante y la exoneración de la entidad bancaria de cualquier tipo de responsabilidad, carecen de validez.

Por un lado nos encontramos con que toda esa documentación fue o redactada por la entidad o a su orden o encargo, como la escritura notarial y la prestación del consentimiento estaba claramente viciada por la falta de la información precisa sobre la naturaleza y los riesgos del producto que se estaba contratando y además la redacción de toda esa documentación resulta confusa y de difícil comprensión y así se habla de que la suscripción no supondrá la "elevación del límite pactado" , para posteriormente recogerse que se exonera a la entidad incluso en el caso de "la posibilidad de que el contravalor de la divisa elegida al inicio del préstamo pueda ser superior al límite pactado".

En estas circunstancias la sentencia ha de ser ratificada y no puede darse la trascendencia que se pretende, respecto de la negativa a que se aprecie la concurrencia de error en el consentimiento, al hecho de que estamos ante un consumidor con estudios superiores, porque es evidente que esos estudios de odontología, nada tienen que ver con el ámbito de la contratación de que tratamos.

#### SÉPTIMO.- EFECTOS DE LA NULIDAD.

Tanto en la alegación séptima como en la novena, se hace referencia a la improcedencia de la declaración de la nulidad parcial del contrato y de los efectos declarados en la Sentencia respecto de dicha declaración.

En este sentido se pronuncian muchas de las Audiencias Provinciales de nuestro país, por ejemplo la de Valladolid en la Sentencia ya citada o en la de 30 de Junio de 2016 , en las que se mantiene la posibilidad de aplicar el resto de las condiciones pactadas en el préstamo de que tratamos. La posibilidad de la nulidad



parcial se recoge en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y en el artículo 1303 del Código Civil en consonancia con el principio de la conservación del contrato, siendo admitida por la Jurisprudencia desde antiguo, bastando citar la Sentencia de 9 de mayo de 2013 . En el mismo sentido la de Burgos de fecha 5 de abril de 2016, en la que se hace referencia a la STJUE de 30 de abril de 2014 y fundamenta tal posibilidad en el hecho de que la nulidad total iría en contra de los derechos e intereses de los consumidores, en la medida a que se verían obligados a devolver de un sola vez la totalidad del préstamo, cuya devolución estaba programada para mucho tiempo después.

En relación a la redacción del Fallo de la Sentencia objeto de recurso, la misma concluye en el mismo sentido que todas las Sentencias citadas anteriormente, es decir, en la necesidad de que por la entidad bancaria recalcule el préstamo como si de una operación en euros se tratara. A tal fin los cálculos deberán referirse al tipo de referencia Euribor más el diferencial del 0,60 y deduciendo las sumas abonadas por los prestatarios.

OCTAVO.- La desestimación del recurso de apelación, conforme al criterio objetivo del vencimiento, consagrado en los artículos 394 y 398 de la LEC conllevará la imposición de las costas a la parte recurrente.

Vistos los artículos citados y demás normal de general y pertinente aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española y en nombre de SM el Rey,

### FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANKINTER S.A., contra la sentencia dictada en fecha 19 de abril de

2016 del año en curso, por el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Zamora, en Autos de los que dimana el presente rollo, confirmamos la referida resolución, con imposición de las costas a la parte recurrente.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

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 que fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente de la misma, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.