



Roj: **SAP TO 301/2015 - ECLI:ES:APTO:2015:301**

Id Cendoj: **45168370012015100163**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **26/03/2015**

Nº de Recurso: **244/2014**

Nº de Resolución: **89/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **URBANO SUAREZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

TOLEDO 00089/2015

Rollo Núm.244/2014.-

Juzg. 1ª Inst. Núm..3 de Toledo.-

J. Ordinario Núm..... 511/2011.-

SENTENCIA NÚM.89

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCION PRIMERA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. EMILIO BUCETA MILLER

D. URBANO SUAREZ SANCHEZ

Dª GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE

En la Ciudad de Toledo, a veintiséis de marzo de dos mil quince.

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. 244 de 2014, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm.3 de Toledo, en el juicio ordinario núm. 511/11, en el que han actuado, como apelante BANKINTER, S.A., representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Dorrego Rodríguez y defendido por el Letrado Sr. Conde Herrero; y como apelados, Dª Bernarda, D. Cristobal y D. Donato, representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Tardío Sánchez y defendidos por la Letrado Sra. Rivas Gómez de Llanera.

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.3 de Toledo, con fecha 25 de octubre de 2013, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo FALLO dice: "Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda que



motivó la incoación de los autos civiles del JUICIO ORDINARIO 511/11 seguidos ante este Juzgado a instancia de DON Cristobal , DON Donato Y DOÑA Bernarda , representado por la Procuradora Da Dolores Rodríguez Martínez y asistido por el Letrado Da. Emilia Zaballos Pulido, contra BANKINTER, S.A., representado por la Procuradora Da. Teresa Borrego Rodríguez y asistido por el Letrado D. Alipio Conde Herrero, y:

1- DECLARO LA NULIDAD del préstamo hipotecario en

multidivisa formalizado en Escritura Pública otorgada

ante el Notario del limo. Colegio de Madrid Da ANA

VICTORIA GARCÍA-GRANERO COLOMER de fecha 17 de ABRIL de

2.008, con número 1.194 de su protocolo.

2- ACUERDO LA RESTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE LAS PARTES de las

prestaciones que hubieses sido objeto del contrato anulado, con sus intereses, es decir, que los actores deberán restituir a la entidad bancaria demandada la cantidad de 280.000 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 17 de abril de 2.008, mientras que la entidad bancaria demandada deberá restituir a los actores la cantidad de 67.498,68 euros, en concepto de capital e intereses satisfechos por los actores a la fecha de 01/09/2011, así como aquellas cantidades que se hayan abonado con posterioridad, más la cantidad de 5.713,00 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 la cancelación registral del préstamo hipotecario en multidivisas de fecha 17 de abril de 2.008, respecto de la finca registral número NUM000 (vivienda sita en CALLE000 n° NUM001 , Gandía, Valencia) y de la finca registral n° NUM002 (plaza de aparcamiento) sita en CALLE000 n° NUM001 , Gandía, Valencia; registro Propiedad de Gandía n° 1. Y de la finca registral n° NUM003 , vivienda en CALLE001 n° NUM004 planta NUM005 , Toledo.

4- CADA PARTE ABONARÁ LAS COSTAS CAUSADAS 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 veinticinco de octubre de dos mil trece dictó el Juzgado de Primera Instancia número Tres de los de Toledo por la que, estimando en parte la demanda interpuesta por Cristobal , Donato y Bernarda , declaraba la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en fecha diecisiete de abril de dos mil ocho, acordaba la devolución mutua de prestaciones y ordenaba la cancelación registral del mismo.

La sentencia de instancia se basa, para realizar la declaración de nulidad, que los actores no fueron informados debidamente de las consecuencias que para las obligaciones de amortización del préstamo tenía el hecho de que se había concertado, como primera opción, la devolución en divisas, lo que podía suponer, en función del tipo de cambio, que al final de la vida del préstamo el capital que debía ser amortizado superase al capital prestado.

Por su parte la recurrente estima que no existió ese déficit de información ya que les fue entregada a los demandantes una oferta vinculante, lo que les permitía conocer con detalle las condiciones, por lo que ha existido un error en la valoración de la prueba.

Habida cuenta cual es el motivo de impugnación una vez más hemos de traer a colación cual es el criterio de esta Sala acerca de los límites que el error en la valoración de la prueba tiene en orden a sustentar sobre el mismo un motivo de recurso.



En la sentencia 249/2012 de 27 de septiembre, en la que se recordaba que la sentencia 158/2012 de 16 de mayo, ya se indicó que "Acercas del error en la valoración de la prueba esta sala tiene definido de un modo muy claro cuales son los límites que en nuestro ordenamiento tiene la apelación; así en la sentencia 71/2012 de 29 de febrero se dice "La sentencia 36/2012 de 8 de febrero se manifiesta en el siguiente sentido "una vez más hemos de recordar, con la sentencia 4/2012 de 10 de enero "Acercas del error en la valoración de la prueba esta Sala ha sostenido con reiteración que partiendo de que el recurso de apelación no es un segundo juicio no puede pretenderse que el Tribunal realice un proceso de valoración de todos y cada uno de los medios que se han practicado puesto que la función que cumple es la de comprobar si se ha aplicado de un modo correcto la regla de valoración y si el derecho se ha aplicado de un modo correcto. En palabras de la sentencia 248/2011 de 18 de octubre "La sentencia 3/2001 de cuatro de enero recuerda que hemos señalado con reiteración, sobre el error en la valoración de la prueba como medio de combatir una sentencia, entre otras muchas, en la sentencia 257/2010 de 19 de noviembre "esta Sala ha dicho con reiteración, entre otras en las sentencias 8/2009 de 2 de febrero, 100/2009 de 30 de marzo, 36/2010 de 2 de febrero y 208/2010 de 30 de septiembre que a apelación no es un segundo juicio, por lo que no es posible pretender una total y nueva valoración de los medios de prueba, sino una forma de controlar el acierto a la hora de aplicación de las reglas de valoración; es por ello por lo que solo puede hablarse de error cuando se haya omitido la valoración de un medio, o se haya tenido en cuenta otra, que tengan incidencia en el resultado de los hechos que se han de declarar probados, cuando se haya infringido alguna norma que determine el valor que se ha de dar a un concreto medio o cuando el juzgador de instancia haya alcanzado conclusiones ilógicas, absurdas o contrarias a las leyes de la física. Por tanto el que una parte discrepe acerca de cómo debió valorarse un medio de prueba de los que se hayan practicado, o cual haya de ser, si es que se presentan varias opciones, la conclusión que la prueba ha de arrojar no puede ser invocado como forma de discrepar acerca de la valoración de la prueba". Añadiendo la sentencia 208/2010 que "Puede aun añadirse que si se trata de pruebas personales la posibilidad de reexamen por el Órgano de apelación es nula toda vez que para ello debería contarse con la intermediación que a tal tipo de pruebas es inherente, de suerte que solo cuando se trate de prueba que esta Sala pueda examinar, y aun sin perder de vista cual es la solución que se haya dado en la instancia, podría triunfar un recurso basado en el error facti."

Como luego se verá en el punto esencial de hechos, la existencia de elementos de conocimiento por los demandantes de las consecuencias que para ellos tenía la celebración del contrato, no existe el error que se pretende sino solo una falta de prueba por la parte apelante que, de acuerdo con el art. 217 de la L.E.C., correctamente aplicado en la sentencia, ha de cargar con las consecuencias de la no acreditación del hecho en que fundamenta su aseveración.-

SEGUNDO: Es preciso determinar cual es el marco normativo que se ha de tener en cuenta y que, según se recoge en el fundamento de derecho quinto de la sentencia, sería el de considerar a los demandantes consumidores y usuarios. Si ello es así no tiene sentido hablar de nulidad o anulabilidad sobre la base del Código Civil ya que, a juicio de esta Sala, la normativa que regula los derechos de los consumidores es imperativa y por tanto se ha de aplicar de oficio aun cuando las partes no lo soliciten, siempre y cuando las bases fácticas recogidas en los respectivos escritos se correspondan con el ámbito de aplicación del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre. Así lo dijimos en la sentencia 130/2014 de 29 de julio "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 registrarán, 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"

En este caso no se discute que el préstamo objeto de esta litis se concertó para financiar la adquisición de una vivienda y una plaza de garaje, por tanto fines distintos a la actividad mercantil o industrial que harían que el contrato quedase excluido de la aplicación del Real Decreto Legislativo citado.

Y siendo ello así resulta de todo punto irrelevante si se produjo una oferta vinculante o no o si la misma cumplía con la normativa establecida en alguna disposición de rango administrativo porque lo esencial es acreditar si la información suministrada era o no suficiente. En este orden de cosas hemos de estar de acuerdo con la Juez a quo a la hora de establecer que no existió, a los efectos de este procedimiento, tal oferta, por más que se empeñe la parte recurrente en afirmar lo contrario no se ha traído la misma, y ello solo tiene dos explicaciones, o no la hubo o es que su contenido era perjudicial para sus intereses.

No puede argumentarse que en la escritura pública se recoge ese conocimiento porque es sabido que las escrituras públicas hacen fe en juicio de aquello que el art. 319 de la L.E.C. señala y entre los aspectos referidos no esta la veracidad de su contenido en cuanto a las manifestaciones de las partes, ello, sin perjuicio, de que en puridad la escritura no es sino un contrato de adhesión, cuyo contenido se ha trasladado al Notario, baste ver que no dice en ningún sitio que la misma haya sido elaborada y redactada por el fedatario público, y desde luego que fue la parte apelante quien lo redactó no ofrece la menor duda, por tanto el argumento de la existencia de la oferta vinculante carece por completo de acreditación

Partiendo de ello es evidente que el comportamiento de Bankinter contraviene lo establecido en el art. 8 d) del Real Decreto Legislativo, que reconoce el derecho del consumidor a obtener toda la información que se necesaria para que pueda hacerse una idea correcta de las obligaciones que asume. No se le facilitó esa información, al menos no se ha probado que así fuese.

No se escapa a esta Sala que en el exponendo III se dice que los prestatarios reconocen que el préstamo está formalizado en divisas y por tanto que asumen el riesgo de que pueden alterarse los tipos de cambio y ello suponga que el contravalor en euros pueda ser superior al límite de doscientos ochenta mil euros fijados. De ser ello cierto es claro que los actores sí conocían que a lo largo del contrato podría suceder que por alteración del tipo de cambio el capital en euros fuera superior al que se indica en la escritura como recibido

Pues bien eso no es cierto, no es verdad que el préstamo se concertase en divisas, como dice el referido exponendo, puesto que en el exponiendo I lo que se dice es que se reciben doscientos ochenta mil euros, es decir, no es que reciban yenes u otra divisa convertible, y se fije un equivalente en euros, sino que se concierta en euros y luego se fija el contravalor en yenes. Ello se repite en la cláusula financiera primera en donde se dice que los actores reciben un préstamo de doscientos ochenta mil euros, por tanto la cláusula del exponiendo III es en sí misma contradictoria porque en el párrafo primero se dice que no se producirá elevación del límite pactado inicialmente, y ese limite no puede ser otro que el importe en euros fijado, y luego se dice que puede producirse la alteración del mismo a resultas de la evolución de los tipos de cambio, lo que no puede ser así en función de lo establecido en el párrafo primero. Insistimos, el valor de referencia no es los cuarenta y cinco millones doscientos cincuenta y tres mil seiscientos cincuenta y seis yenes, tan es así que incluso en la propia determinación del importe en la citada divisa se hace la salvedad de que esa cifra, la referida a los yenes, es el equivalente a los doscientos ochentas mil euros, y que ese contravalor lo es a los meros efectos informativos pero que puede ser distinto en el momento de confirmación de la disposición.

Por tanto aun cuando ciertamente hubiera existido la entrega de la oferta vinculante dados los términos en los que se redactó el contrato hemos de concluir que o bien dicha oferta adolecía de los mismos vicios que se han expuesto y se recogen en la escritura o bien es que la oferta era distinta por lo que, de nuevo, no podemos estimar que el deber de información se haya cumplido.

Ello tiene, como lógica consecuencia, que el apartado A de la cláusula tercera es nulo porque no se facilitó a los apelados información suficiente como para que pudieran conocer todas las consecuencias que para ellos tenía el aceptar que la amortización se realizase mediante la compra de divisas. Y, además, porque en sí misma la cláusula es inaplicable, en función de la contradicción interna expuesta.-

TERCERO: Llegados a este punto hemos de discrepar por completo con la solución dada por la Juez a la cuestión. Entendemos que el contrato no es nulo solo lo es esa cláusula por lo que es preciso examinar si es posible el mantenimiento del mismo una vez que se tiene por no puesta. A esa cuestión se ha de responder de modo afirmativo.



Al igual que sucedía en el supuesto examinado en la sentencia 130/2014 de 29 de julio ya reseñada no toda nulidad de una cláusula lleva consigo la nulidad del contrato, es más, la normativa parte de la subsistencia del mismo integrándolo cuando ello sea posible

En la sentencia citada dijimos "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 19 de julio, (en la actualidad art. 83 del Real Decreto legislativo 1/2007) de similar redacción en la versión vigente al tiempo de la celebración del contrato, "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)."

El supuesto es idéntico al que nos ocupa. La determinación del cálculo de los intereses remuneratorios tiene una doble previsión en función de la moneda de amortización. Declarado nulo el apartado referido a la cancelación mediante la entrega de divisas queda vigente el referido a la devolución mediante la entrega de euros y en este punto no se advierte que dicho apartado adolezca de vicio alguno. Se establece el importe, doscientos ochenta mil euros y se fija el interés mediante el índice de referencia euribor más un diferencial de 0,75, y aun cuando no se fija el importe nominal del euribor en el momento de la firma del contrato es posible calcularlo porque se indica que el mismo será el que resulte de la publicación dos días antes a la fecha en que deba iniciarse un nuevo periodo podemos trasladar esa forma de determinación y se ha de tomar en cuenta el euribor dos días antes a la fecha del contrato como índice inicial.

Por tanto Bankinter deberá proceder recalcular el contrato desde el inicio del mismo como si solo se hubiera pactado la devolución del importe en euros más los índices de referencia expuestos en este fundamento, el tipo inicial según euribor de dos días antes de la firma del contrato más el diferencial de 0,75, y sucesivamente el que resulte de lo pactado en los periodos de devolución.-

CUARTO: No procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en ambas instancias, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.-



FALLO:

Que **ESTIMANDO EN PARTE** 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. 3 de Toledo, con fecha 25 de octubre de 2013, en el procedimiento núm. 511/11, de que dimana este rollo, y en su lugar:

1º) ESTIMAMOS EN PARTE la demanda interpuesta por D. Cristobal, D. Donato Y DOÑA Bernarda, y DECLARAMOS LA NULIDAD del apartado A) de la cláusula tercera del contrato de fecha diecisiete de abril de dos mil ocho, celebrado con la entidad BANKINTER S.A. manteniendo la vigencia del contrato.

2º) Por parte de Bankinter S.A. se procederá al recálculo de los intereses devengados desde el inicio del contrato aplicando lo establecido en el 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.-

FONDO DOCUMENTAL CEM