



AUD. PROVINCIAL SECCION N.5
OVIEDO

SENTENCIA: 00399/2017

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) /17

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO
DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO
DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº , procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo, Rollo de Apelación nº /17, entre pares, como apelante y demandante Don representado por el Procurador Don y bajo la dirección de la Letrado Doña Y como apelado y demandado , representado por el Procurador Don y bajo la dirección del Letrado Don

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo dictó sentencia en los autos referidos con fecha dieciocho de julio de dos mil diecisiete, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimando íntegramente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales Don en nombre y representación de Don contra , debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, todo ello sin expresa condena de costas."

TERCERO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Don y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes.





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

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

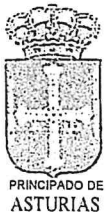
PRIMERO.- Don [redacted] formuló demanda frente a [redacted] en base a lo siguiente:
El 29 de mayo de 2.006 había concertado un contrato de préstamo con dicha entidad bancaria, con garantía hipotecaria, para la adquisición de vivienda en la modalidad de multidivisa, sin que en momento alguno se le hiciera oferta vinculante por la entidad bancaria, ni se le advirtiera claramente de los riesgos que dicha modalidad conllevaba, ni el funcionamiento del préstamo, de manera que no fue consciente de lo que estaba firmando.

Señala además que la cláusula multidivisa así como las relacionadas con ella resultan oscuras y ambiguas, de manera que de haber conocido el riesgo real nunca hubiere suscrito el préstamo de tales características.

Solicitó se declarase la nulidad de dicha préstamo por error en el consentimiento; subsidiariamente, la nulidad de la cláusula multidivisa y a ella vinculadas asimismo por error, y subsidiariamente su nulidad por abusividad, condenando a la demandada a eliminar de la escritura de préstamo la opción multidivisa, procediendo al recálculo de la operación desde la fecha de su otorgamiento en euros y con aplicación del índice de referencia del Euribor, al que se adicionará el pactado en la escritura, con minoración de las cantidades amortizadas en concepto de principal e intereses, también reconvertidos a euros.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda; y así en cuanto a la nulidad por error vicio señaló que la acción habría caducado, y respecto de la abusividad, por cuanto la cláusula multidivisa resultaba entendible, siendo además que existía un convenio entre la entidad bancaria y el sindicato de pilotos, al que el actor pertenecía, y que comprendía numerosas ofertas, y que el demandante debía conocer. Frente a esta resolución se alza el actor.

SEGUNDO.- En cuanto a las hipotecas multidivisas, han sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de nuestros Tribunales, y respecto a esta Audiencia cabe señalar por más recientes las sentencias de la Sección Sexta de fechas 23-6-17 y 6-10-17, así como de la Sección Séptima de 13-7-2.017. Su mecanismo ya ha sido explicado en la recurrida, con transcripción de la cláusula 1-3, que se da aquí por reproducida.





Comenzando por la cuestión referente a la caducidad de la acción de nulidad derivada de un presunto error vicio, cabe señalar que el TS ya en la sentencia de 12-1-2.015, luego reiterada por otras resoluciones posteriores, señala que a los efectos de fijar el inicio del cómputo (recordemos de cuatro años) a que se refiere el art. 1.301 del CC, lo ha de ser el momento en que el contratante pudo conocer las circunstancias sobre las que versa su error y no en la de la consumación del contrato o del cumplimiento efectivo de la totalidad de sus prestaciones. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en La sentencia de 13-2-2.017 o la de 26-1-2.017, en la que señaló: "El T.S., en su sentencia de 12-01-2.015, establece un novedoso criterio (reiterado después por las de 7-07 y 16-09-2.015) sobre la interpretación del término "consumación" del art. 1.301 del CC a los efectos de la determinación del día inicial del cómputo del plazo para el supuesto de relaciones contractuales complejas, como son las derivadas de contratos bancarios, financieras o de inversión, de acuerdo con el cual, incontrovertible que no puede ni debe confundirse perfección con consumación (ni aún con agotamiento del contrato) pues corresponden a momentos distintos, se concluye que la "consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo".

Es claro que en el caso que se enjuicia el demandante debió tener conocimiento de la cuota que iba satisfaciendo mes a mes, lo que implicaba su consciencia de la fluctuación de la divisa concertada, y ello conforme a la documental obrante en autos.

Sea como fuere, lo que si es claro es que necesariamente tuvo que ser consciente de ello con anterioridad al plazo cuatrienal, máxime cuando la cuota a abonar, y de eso tenía que ser consciente, iba fluctuando conforme a la cotización de la divisa elegida (en el caso francos suizos) con relación al euro. Por ello, se ratifica lo acordado en este extremo en la recurrida.

TERCERO.- Pasando, pues, al examen de la acción en la que se postula la nulidad por falta de transparencia, y en obvia referencia a la cláusula multidivisa, en el presente caso el capital del préstamo ha sido de 373.680 francos suizos, por su contravalor en euros de 240.000, y que en principio se ha de mantener durante los 25 años de vida del préstamo, si bien con la opción de cambio de divisa, como se apunta en la cláusula 1-3, de manera que la cuota fijada en francos se paga en euros y si a la hora de la amortización de la cuota correspondiente en francos suizos se hubieren revalorizado respecto al euros, el prestatario habrá de abonar más euros a fin de desembolsar la cuota a pagar en francos, y viceversa.

Resulta obligado hacer referencia a la sentencia del TJUE de fecha 20-9-2.017 (asunto C-189/16, Ruxandra Paula Andriciuc y otros/Banca Româneasc, S.A., ECLI: EU:C:2.017:703) que aborda la cuestión de las multidivisas en un asunto en el que los demandantes estaban obligados a reembolsar las cuotas



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

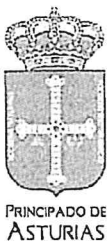


mensuales de los créditos en la divisa contratada, francos suizos, recayendo sobre ellos la consecuencia del tipo de cambio.

Señala el Tribunal que la cláusula multidivisa está comprendida en el concepto de objeto principal del contrato en el sentido del art. 4, apartado 2 de la Directiva 93/13, que debe interpretarse en el sentido de que el objeto principal del contrato comprende en este caso una cláusula no negociada individualmente y según la cuál el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato, por lo que no puede considerarse como abusiva si está redactada de forma clara y comprensible. Sin embargo, más adelante señala que esta exigencia no puede reducirse sólo al carácter comprensible en un plano formal y gramatical, sino que toda vez que el sistema de protección de la Directiva se basa en que el consumidor se halla en inferioridad respecto del profesional en lo referente, en particular, al nivel de información, tal exigencia ha de entenderse de modo extensivo, de manera que el contrato ha de exponer de modo transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula, de modo que el consumidor está en condiciones de valorar, con basa a criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él, lo que ha de ser examinado a la luz de los elementos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad e información proporcionadas por el prestamista.

Se afirma más adelante en dicha resolución que es jurisprudencia reiterada de dicho Tribunal que el consumidor disponga antes de la celebración del contrato de información sobre las condiciones contractuales y consecuencias de su celebración, y así decidir si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano, basándose en esa información; siendo así que en el concreto caso examinado ha de señalarse que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que puedan tomar decisiones fundadas y prudentes de comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo extranjero. De este modo, el profesional deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción del préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto en el que el prestatario no perciba sus ingresos en dicha divisa.

Por tanto, señala esta sentencia que esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas potencialmente significativas de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.





Reviste, por ello, una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2.013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2.016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 50).

CUARTO.- Lo que antecede ha de enlazarse con el contenido de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, lo que nos ha de llevar a dirimir si se han cumplido los controles de incorporación y de transparencia reforzada o comprensibilidad.

Ciertamente en relación al requisito de incorporación (art. 5 y 7 de la LCGC), que conforme a la jurisprudencia del TS, por todas sentencia de 29 de abril de 2.015, atiende fundamentalmente a una mera transparencia documental o gramatical; y así se afirma en la sentencia de la Sección Sexta de esta Audiencia de 23-6-2.017, que el propio TS en su sentencia de 9 de mayo de 2.013, concretamente en su parágrafo 202, recoge que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1.994 garantiza razonablemente los requisitos exigidos por la LCGC, para la incorporación de estas cláusulas de determinación de intereses variables. Ahora bien, ello no supone que cuando no conste que se haya llevado a cabo de forma pormenorizada toda la información precontractual que se exige en tal normativa, (falta de prueba en parte justificada en este caso por el tiempo transcurrido desde la suscripción de los prestamos hipotecarios, cercana a los 9 años, cuando se presenta la demanda)-, pueda concluirse sin mas que las cláusulas referidas a la multidivisa no superen en este caso el control de inclusión. Lo relevante para estimar cumplido este requisito es que el contenido de las cláusulas y la información previa suministrada permita a los prestatarios conocer que se trataba el concertado de un préstamo a interés variable, teniendo un conocimiento real y razonablemente completo del tipo de interés a que estaba sometido y con ello la circunstancia de cómo podía éste incidir en la economía del contrato y en el coste para ellos del mismo. Esto es, que se trataba en este caso de un préstamo otorgado en divisa extranjera, en el que el principal se recibía en francos suizos, cuyas cuotas de amor izaclon, incluido el interés pactado referenciado el Libar 12 meses mas cuarenta centésimas por ciento, habían de ser abonadas también en esa divisa, con la alternativa del Euribor 12 meses más idéntico porcentaje, si en el curso del contrato el cliente decidía volver a referenciarlo en Euros.



En la cláusula financiera 1.1, y así sucede en el caso presente, se formaliza el préstamo en francos suizos con un importe de 373.680, que equivalen a 240.000 euros. En la

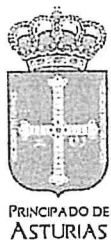
cláusula 1.3 denominada Multidivisa, se recoge que "La prestataria podrá, con un mínimo de tres días hábiles de



antelación al vencimiento de cada cuota de amortización, solicitar la sustitución de la divisa por otra de las cotizadas en España, incluido el euro", indicándose también que "la sustitución deberá afectar al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar utilizado y reflejado en una sola divisa", explicitándose igualmente en la misma el riesgo de tipo de cambio que supone esta modalidad de préstamo multidivisa en los siguientes términos "Por tanto, la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo". Gramaticalmente las cláusulas son claras y permiten conocer con su simple lectura, unida a la propia denominación del contrato, Préstamo multidivisa, que el pago de las amortizaciones debía hacerse en la divisa elegida, así como que el cambio de divisa afectaba no sólo al importe de las cuotas de amortización, sino también al principal del préstamo y por ello al saldo pendiente en cada momento.

Respecto al requisito de transparencia reforzada, también exigible a toda cláusula predispuesta en contratación con consumidores, la sentencia del TS de 25 de abril de 2.015, con amplia cita de precedentes, tiene señalado que "Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una 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".

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley Española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá "basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él."



Por su parte, la reciente sentencia del TS de 15-11-2.017, que resolvió un supuesto como el presente, señaló entre otras cuestiones lo siguiente: "45.- Es cierto que el considerando trigésimo de la Directiva 2.014/17/UE del Parlamento Europeo y



del Consejo, de 4 de febrero de 2.014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, tras hacer referencia a los «importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera», afirma que «el riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos».

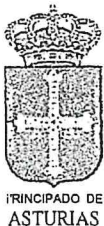
Esta previsión se concreta en el art. 23 de la Directiva. Pero la exigencia de medios de limitación del riesgo tales como la posibilidad de cambiar la divisa en la que está representado el capital del préstamo, y en concreto cambiar a la moneda en que el prestatario tiene sus ingresos, no releva al Banco de sus obligaciones de información precontractual. Esta cláusula no se prevé como alternativa a la obligación de informar al prestatario sobre los riesgos. Se trata de exigencias cumulativas.

Es más, la Directiva contempla que se establezca, como mecanismo de limitación de riesgos la posibilidad de cambiar la moneda en que está representado el capital del préstamo en un contexto normativo de refuerzo de la información que debe facilitarse durante la ejecución del contrato. El art. 23.4 de la citada Directiva prevé: "En lo que se refiere a los consumidores que tengan un préstamo en moneda extranjera, los Estados miembros se asegurarán de que el prestamista les dirija advertencias regulares, en papel o en otro soporte duradero, como mínimo cuando el valor del importe adeudado por el consumidor del préstamo o de las cuotas periódicas difiera en más del 20% del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de crédito y la moneda del Estado miembro que estaba vigente en la fecha de celebración del contrato de crédito. En la advertencia se informará al consumidor del incremento del importe adeudado por este, se mencionará cuando proceda el derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ello, y se explicará cualquier otro mecanismo aplicable para limitar el riesgo de tipo de cambio a que esté expuesto el consumidor".

46.- Además, la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo.

La conversión de la divisa en que está representado el capital se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en el que esta conversión tenga lugar, por lo que se consolida la revalorización de la divisa y, por tanto, del aumento de la equivalencia en euros (o en la nueva divisa) del importe del capital pendiente de amortizar, pues se traslada a la nueva divisa escogida el incremento producido como consecuencia de la apreciación de la divisa.

Para hacer realizar esta conversión, el prestatario debe estar al día en el pago de las cuotas del préstamo y además





debe pagar una comisión por hacer uso de esta posibilidad, pues así lo prevé la escritura.

El prestatario no puede realizar ese cambio en cualquier momento, sino solo al inicio de cada nuevo «periodo de mantenimiento de moneda e interés» en que se divide la vida del préstamo. En este caso, esos periodos eran mensuales. Pero una devaluación significativa de la moneda funcional respecto de la divisa puede producirse en cuestión de semanas.

47.- Sólo se evita el hipotético riesgo de una apreciación de la divisa en el futuro. Pero si el prestatario ignora, porque no ha sido informado adecuadamente, que cuando haga uso de esa facultad de cambio de divisa consolidará el aumento de valor de la divisa en que estaba denominado el préstamo, es posible que cuando pretenda hacer uso de esa facultad porque la cuota mensual de reembolso se haya incrementado significativamente, el incremento de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar sea ya considerable.

48.- Sólo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato.

Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque ésta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización.”.

QUINTO.- En el presente caso la prueba practicada en el juicio, y en concreto las declaraciones prestadas por el demandante y empleado de la entidad bancaria, han sido divergentes, y sobre todo y en lo que aquí interesa en lo que respecta a la información previa, señalando aquél que acudió a la entidad bancaria a solicitar un préstamo hipotecario y al comprobar su profesión de piloto de Iberia le hablaron de la hipoteca multidivisa en base a un Convenio existente, señalándole que le podría resultar más barata, pero que no le dieron cumplida información sobre ella.



El empleado de la entidad declaró que, al contrario, el actor fue al Banco solicitando la hipoteca multidivisa y conociendo el Convenio con el Seppla, que se le explicó el funcionamiento y los riesgos, al depender de la cotización de una divisa, y se aseguraron que el cliente comprendía que el cambio podía afectar a la cuota y que en ese momento le

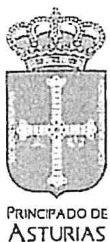


resultaba favorable. Se le hicieron cálculos, aunque no hubo oferta vinculante porque no era obligatoria en aquel momento.

En el trance de resolver si realmente existió una clara y precisa explicación previa a la celebración del contrato, la cuestión ha de decidirse conforme a los criterios de la carga de la prueba, y siendo el cliente un consumidor, ha de corresponder a la entidad bancaria acreditar que realmente la misma existió. En este sentido, no aparece ni fue aportado a autos oferta previa u otro documento del que colegir que se dieron explicaciones preliminares oportunas, fuera obviamente de que en efecto el hecho de la dependencia de la cotización va ínsito en el modelo del préstamo hipotecario, y aunque se diga que se hicieron cálculos y simulaciones sobre los posibles comportamientos de la divisa y su repercusión, tampoco se puede tener por justificado de modo fehaciente.

Por su parte, la sentencia de 20-9-2.017 del TS, que cita la de 3-10-17 de la Sección Cuarta, señaló: "Reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración", y más concretamente, con relación a los préstamos en divisas, "las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario"; "el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos". Añade que este tipo de cláusulas hacen recaer el riesgo de tipo de cambio sobre el consumidor en caso de devaluación de la moneda, lo que puede generar la existencia de un desequilibrio importante en su perjuicio. Concluye, en fin, que debe verificarse "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".

Como señala la sentencia citada de 15-11-2.017, "Las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2.013, de 9 de noviembre, hemos fundado en los arts. 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, 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". En su apartado 39 señaló: "En la sentencia 138/2.015, de 24 de marzo, llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo.





Ciertamente, en la sentencia 171/2.017, de 9 de marzo, dijimos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]».

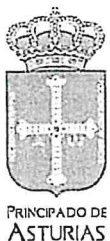
Pero en la sentencia 367/2.017, de 8 de junio, afirmamos que tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional.”.

La sentencia del TS de 12-1-2.015, por otro lado, puso de manifiesto la debilidad de la testifical de la sola declaración del empleado del Banco en orden a la justificación de haber facilitado la pertinente información sin ir acompañada de documental que pudiera avalarla, como así se señala en la sentencia antes referenciada.

En suma, no puede, en atención a todo lo expuesto, tenerse por acreditada la existencia de previa información suficiente, por lo que el recurso ha de estimarse.

SEXTO.- Llegados a este punto, ningún obstáculo existe para declarar la nulidad parcial del contrato, pues el mismo puede seguir subsistiendo en el resto entre las partes en los mismos términos. En este caso en el propio contrato de préstamo hipotecario se contempla el doble sistema, según sea su aplicación en euros o en divisas. De este modo, una vez suprimidas las cláusulas del mismo que atienden a su vinculación al sistema de divisas, con efecto retroactivo desde su inicio (art. 1.303 C.C. y doctrina señalada por el TJUE en sentencia de 21 de diciembre de 2.016), procede atender a lo postulado, en el sentido de que lo que procede es la subsistencia del negocio operando desde el inicio como un préstamo en euros, referenciado al euribor en las condiciones allí establecidas para tal caso, adicionando el diferencial pactado, minorando en dicho recálculo las cantidades amortizadas en concepto de principal e intereses.

En este sentido, la mencionada sentencia del TS de 15-11-2.017 apuntó, como efecto a la nulidad parcial del contrato, "que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.





La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarlo más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2.014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

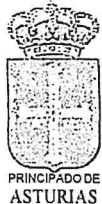
54.- Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1.170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo.

55.- Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Así lo ha declarado el TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2.014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13), apartados 76 a 85.

SÉPTIMO.- El acogimiento del recurso ha de conllevar la no imposición de las costas de esta alzada. En cuanto a las de la instancia, el hecho no desconocido por este Tribunal de la existencia de resoluciones con otros criterios, pero sobre todo teniendo en cuenta las propias circunstancias del caso puestas de relieve en líneas precedentes, aboca a hacer uso del criterio excepcional de la no imposición.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente





FALLO

Estimar el recurso de apelación interpuesto por Don [redacted] : contra el sentencia dictada en fecha dieciocho de julio de dos mil diecisiete por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se **REVOCA**, acordando en su lugar la nulidad de la cláusula multidivisa a la que se refiere la demanda, operando desde el inicio como un préstamo en euros, referenciado al euríbor en las condiciones allí establecidas para tal caso, adicionando el diferencial pactado, minorando en dicho recálculo las cantidades amortizadas en concepto de principal e intereses, condenando a estar y pasar por tal declaración a la demandada

No procede expresa condena en cuanto a las costas de ambas instancias.

Habiéndose estimado el recurso de apelación, conforme al apartado 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, procedase a la devolución del depósito constituido por la parte apelante para recurrir.

Contra esta resolución cabe recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, en su caso.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

