



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4
OVIEDO**

AUTO: 00108/2015

N10300

C/COMANDANTE CABALLERO N 3-3

Tfno.: 985/968737-38-39 Fax: 985.96.87.40

N.I.G. 33004 41 1 2014 0021589

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000363 /2015

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de AVILES

Procedimiento de origen: EJECUCION HIPOTECARIA 0000072 /2014

Recurrente: BANKINTER S.A.

Procurador: JOSE ANTONIO MARQUES ARIAS

Abogado: JOSE LUIS REGUERO SIERRA

Recurrido:

Procurador: PILAR MONTERO ORDÓÑEZ

Abogado: JOAQUÍN DE LA RIVA ÁLVAREZ

NÚMERO 108

En Oviedo, a doce de noviembre de dos mil quince, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Eduardo García Valtueña, Magistrados ha pronunciado el siguiente:

A U T O

En el recurso de apelación número **363/15**, en autos de EJECUCIÓN HIPOTECARIA N° 72/14, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Avilés, promovido por BANKINTER S.A., demandante en primera instancia, contra D° y D^a, demandados en primera instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Eduardo García Valtueña.-



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Avilés se ha dictado Auto de fecha veinticinco de marzo de dos mil quince, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Acuerdo estimar la petición subsidiaria que se contiene en el escrito de oposición a la ejecución, promovida por el procurador Sr. D. José Ángel Muñiz Artime en nombre y representación de D. y D^a, y en consecuencia se declara la nulidad por abusivas de las cláusulas contenidas en la escritura de hipoteca que sirve de título a la presente ejecución, y que se concretan en el fundamento de derecho primero de la presente resolución, que quedan excluidas del contrato, con la consecuencia de que procede requerir a la parte ejecutante a fin de que presente nueva acta de determinación de saldo, debiendo recalcular las cuotas pagadas y determinar las cantidades debidas partiendo del préstamo en euros y del total de las cuotas ya abonadas igualmente en euros, con expresa imposición de las costas de este incidente a la parte ejecutante".-

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día once de noviembre de dos mil quince.-

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Bankinter, SA formula recurso de apelación contra el auto de fecha 25 de marzo de 2015 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número Dos de Avilés por el que se declara la nulidad por abusivas determinadas cláusulas relativas a yenes de un contrato de préstamo hipotecario multidivisa y ordenaba requerir al banco ejecutante a fin de que presente nueva acta de determinación de saldo, debiendo recalcular las cuotas pagadas y determinar las cantidades debidas partiendo del préstamo en euros y del total de las cuotas ya abonadas. En concreto anula las siguientes cláusulas: 1º El segundo párrafo de la cláusula financiera primera: "el préstamo inicialmente queda formalizado en veintitrés millones cuatrocientos veintinueve mil novecientos ochenta (23.429.980) yenes, (ciento cuarenta mil (140.000,00) euros), contravalor en divisas a efectos informativos, sujeto a confirmación en el momento de la disposición"; 2º tercer párrafo de la cláusula financiera

segunda: "El pago se efectuará a través de trescientas sesenta (360) cuotas mensuales de ochenta mil doscientos treinta con catorce (80.230,14) yenes, que incluyen la parte destinada a la amortización del capital y la que se aplica al pago de intereses, en la cuenta corriente señalada en la Cláusula Financiera 1ª o en cualquier otra que se señale en Bankinter"; y 3º la cláusula financiera tercera, apartado D, relativa a la opción de la prestataria de sustituir los yenes japoneses por otra divisa con cotización en España o por euros.

En su recurso el banco aduce que no es posible apreciar error en la prestación del consentimiento por los ejecutados, al no tener la condición de esencial y excusable y al haber sido otorgado ante un notario, ante el que los prestatarios tuvieron previamente a su disposición la escritura que se disponían a firmar, así como la imposibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato.

SEGUNDO.- El Tribunal Supremo ha abordado en su reciente sentencia de 30 de junio de 2015 la naturaleza jurídica de las denominadas hipotecas multidivisa, declarando su carácter bifronte, pues a la función de instrumento de financiero propia de un contrato de préstamo, se une la de instrumento financiero derivado y complejo por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. Se trata de un instrumento financiero derivado de carácter complejo sujeto a lo dispuesto en el art. 79.bis.8 en relación con el 2.2 de la Ley del Mercado de Valores y, en consecuencia, el prestamista está obligado a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto. Ciertamente es que tal normativa no resulta de aplicación al caso presente por su carácter posterior a la celebración del contrato de préstamo de veintiocho de junio de 2007, pero, caracterizado como producto financiero complejo, le resulta de aplicación el consolidado criterio jurisprudencial sentado por el Tribunal Supremo a partir de su sentencia del pleno STS de 20 de enero de 2014, sobre el contenido de los deberes de información de la entidad financiera cuando comercializa con clientes minoristas un producto financiero derivado y complejo y la incidencia del incumplimiento de esos deberes de información para la apreciación de error vicio del consentimiento determinante de

la nulidad del contrato. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2014, con anterioridad a la trasposición de esta Directiva MiFID la normativa del mercado de valores daba «una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza».

TERCERO.- No resulta preciso desarrollar, sin embargo, aquellas obligaciones derivadas del carácter de producto financiero complejo, por cuanto el planteamiento de los ejecutados en su oposición y el de la resolución recurrida no se refiere a la apreciación del vicio del consentimiento, respecto del que la parte recurrida indica que no ejercitó dado el limitado cauce que permite el art. 695 LEC como motivo de oposición. Los prestatarios, como consumidores, adujeron la falta de transparencia de las cláusulas impugnadas y eso fue lo que acogió el Juez en su la resolución recurrida, de forma que los motivos de apelación se construyen en realidad frente a una acción no ejercitada y unos fundamentos jurídicos dispares a los contenidos en la apelada.

Debe recordarse que este contrato y la posible alegación de la falta de transparencia de tales cláusulas fue recogida en la sentencia, ya invocada en su oposición por los ejecutados, del TJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, en la que se declara en relación con las citadas cláusulas que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y

comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Así las cosas, indiscutido el carácter de consumidores de los prestatarios, debe dejarse sentado que esta Sala comparte plenamente los razonamientos contenidos en la resolución apelada, por lo que no puede sino confirmarse, dado el planteamiento general y ajeno al debate que se hace en el recurso. Basta con constatar que el banco no ha justificado el cumplimiento de los deberes de información que le incumben con relación con el producto de riesgo, del que no consta haber realizado la más mínima información escrita o verbal, como tampoco realizado test de idoneidad y conveniencia a los ejecutados, ni, por último, entregada oferta vinculante. El contrato es en extremo farragoso y difícilmente comprensible por quien no tenga una previa formación o información sobre el mismo; y finalmente, resulta fácil que en los términos en que aparece redactado el contrato el consumidor no se apercebiera del riesgo que entrañaba la operación, máxime cuando no tenían formación idónea, ni experiencia en tales productos, como se afirma en la oposición a la ejecución, sin que se acreditara la contrario.

Por último, respecto de la posibilidad de acordar la nulidad parcial, debe recordarse que en un mismo contrato pueden coexistir pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad de éstos últimos trascienda a la totalidad del negocio (sentencias del T.S. de 23 de marzo de 1966 , 24 de noviembre de 1983 ó 18 de mayo de 2012). El art. 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en la redacción ofrecida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, establece que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Y nada impide la subsistencia del contrato en los términos acordados por la recurrida, manteniendo el adecuado y suficiente equilibrio prestacional perseguido por las partes al contratar, lo que, elevado al caso, es posible en cuanto que la nulidad que se pretende afecta a la referencia en yenes del préstamo con garantía hipotecaria, sin que exista óbice alguno a la traslación de sus cláusulas, sin alterar el equilibrio prestacional, a euros.

CUARTO.- Los razonamientos expuestos conducen a la desestimación del recurso. Y desestimado el recurso las costas de la apelación se imponen al recurrente (artículo 398 Ley de Enjuiciamiento Civil).

En atención a lo anteriormente expuesto, la Sala ACUERDA:



P A R T E D I S P O S I T I V A

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por BANKINTER S.A., contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Avilés en fecha veinticinco de marzo de dos mil quince, en los autos de Juicio de Ejecución Hipotecaria seguidos con el número 72/14, confirmando dicha resolución con expresa imposición al apelante de las costas procesales del recurso.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

Contra ésta resolución no cabe recurso alguno.

Así por este nuestro Auto, lo pronunciamos mandamos y firmamos.-

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

