



AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 SALAMANCA

SENTENCIA: 00399/2018

Laura Nieto Estella
PROCURADORA
24-10-2018
NOTIFICACION

Modelo: N10250
GRAN VIA, 37-39

-

Tfno.: 923.12.67.20 Fax: 923.26.07.34

Equipo/usuario: MSZ

N.I.G. 37274 42 1 2016 0009471

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000765 /2017

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9 de SALAMANCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000967 /2016

Recurrente: BANKINTER S.A.

Procurador: JOSE MIGUEL RAMOS POLO

Abogado:

Recurrido: [REDACTED]

Procurador: LAURA NIETO ESTELLA

Abogado: AITOR MARTÍN FERREIRA

S E N T E N C I A

SENTENCIA NÚMERO 399 /18

ILMO SR PRESIDENTE :

DOÑA MARÍA LUISA MARRO RODRÍGUEZ

En la ciudad de
Salamanca a veintiocho
de septiembre del año dos
mil dieciocho.

ILMOS SRES MAGISTRADOS:

DOÑA MARÍA DEL CARMEN BORJABAD
GARCÍA

DON EUGENIO RUBIO GARCÍA DON

La Audiencia Provincial de Salamanca, ha visto en grado de apelación el Juicio ORDINARIO N° 967/2016 del Juzgado de Primera Instancia N° 9 de Salamanca, **Rollo de Sala N° 765/17**; han sido partes en este recurso: como demandante apelado DON [REDACTED], representado por la Procuradora

Don Laura Nieto Estella, bajo la dirección del Letrado Don Aitor Martín Ferreira y; como demandado apelante BANKINTER S.A. , representado por el Procurador Don José Miguel Ramos Polo bajo la dirección del Letrado Don Ignacio Esmorís Ruiz de Alegría

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 20 de septiembre de dos mil diecisiete, por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia N° 9 de Salamanca, se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente FALLO: “**ESTIMO LA DEMANDA** interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Laura Nieto Estella, en nombre y representación procesal de DON [REDACTED] y, en consecuencia, **DECLARO LA NULIDAD PARCIAL** del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por las partes el día 28 de julio de 2.008, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa concretamente en “CLAUSULA 3ª A) EN DIVISAS”, declarando, asimismo, que la cantidad adeudada por el demandante es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado de CIENTO QUINCE MIL EUROS (115.000 €) las cantidades amortizadas hasta la fecha en concepto de principal e intereses, también convertidas en euros, y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo lo fue por 115.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la Cláusula 3º Apartado B) de la escritura (EURIBOR a un mes + diferencial 0,60%), condenando a la demandada a realizar el recálculo. Cantidad que deberá determinarse en EJECUCIÓN DE SENTENCIA. Asimismo, se condene a dicha entidad bancaria a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella derivasen. Las costas procesales deberán ser impuestas a la parte demandada, por aplicación del criterio objetivo del vencimiento, al no haber sido atendido ninguno de sus pedimentos.”

2º.- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demanda y presentado escrito hizo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando se dicte Sentencia por la que:

1. Con carácter principal y de acuerdo con todo lo expuesto, y según lo dispuesto en el art. 238.3 y 240.2 LOPJ, declare la nulidad de lo actuado, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento en que se inició el acto de la vista de la diligencia final de la declaración del Sr. Cuenca, debiendo ser practicada de nuevo con una correcta grabación y continuando en adelante el procedimiento hasta su conclusión, procediéndose a dictar nueva sentencia, sin hacer expresa mención sobre las costas de esta alzada; y

2. Para el caso de no procederse según lo ahora expuesto, se estime el recurso interpuesto por esta parte, revoque la Sentencia de instancia desestimando en su integridad, en consecuencia, la demanda en su día interpuesta por la representación procesal del actor-apelado, [REDACTED] contra mi representada, todo ello con expresa imposición de las costas de la primera instancia a la parte actora (hoy apelada), así como las de esta alzada en caso de oponerse.

Dado traslado de la interposición del recurso a la contraparte, por la legal representación de ésta se presentó escrito de oposición al mismo, haciendo las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones, para terminar suplicando **se CONFIRME íntegramente la Sentencia recurrida nº 193/2017, de fecha 20 de septiembre de 2.017**. Condenando, asimismo, en costas al apelante con especial declaración de su temeridad y mala fe, tanto de la Primera Instancia, como de esta Alzada, en aplicación de los artículos 394, 397 y 398 L.E.C.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia, se formó el oportuno rollo, señalándose para la **deliberación, votación y fallo** del recurso el día 26 de abril de los corrientes, pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada **DOÑA MARIA LUISA MARRO RODRÍGUEZ**.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia Nº 9 de Salamanca en fecha 4 de septiembre de 2017, en los autos de Juicio ORDINARIO Nº 967/2016, relativa a petición o ejercicio de acción de nulidad parcial de hipoteca multidivisa, se formuló e recurso de apelación por la representación procesal de **BANKINTER S.A.**

Se comienza alegando como cuestión previa, antes del desarrollo de los motivos de oposición del recurso, la nulidad de actuaciones, afirmando que no se escuchan o no se entienden muchas de las respuestas del testigo (en diligencias finales) motivo por el cual, al transcribir las respuestas del testigo, se haga mención a que no se entiende.

Con carácter previo, también cabría señalar, de inicio, que la postura lógica, ante tal tesitura, no es la de invocarla en el recurso, sino la de advertirla ante el Juzgado en que se desarrolló tal prueba, lo que hubiera dado lugar a la valoración de esa parte de la audición y a que el propio Sr. Juez de Instancia, si así lo apreciaba, hubiera declarado la nulidad de esa última actuación y su repetición (siempre, lógicamente con la suspensión del plazo para recurrir).

No efectuado lo anterior, o al menos no constando formalmente en los autos, es evidente que esa mala audición no ha impedido ejercer el derecho de defensa en un recurso de 58 folios.

Y ya que invoca jurisprudencia sobre la nulidad por no audición, habrá que valorar cómo es ese defecto pues una cosa es que no se hubiera grabado nada o de tal forma que fuera no entendible; y otra, que ya en esta Audiencia Provincial se ha producido en alguna ocasión ha establecido “es más, lo que resulta determinante para que se produzca la nulidad de las actuaciones, es la inexistencia de constancia

fehaciente –y suficiente- del contenido de lo actuado y acaecido en el acto procesal, debiendo, en coherencia, valorarse la entidad real del vicio advertido, su incidencia sobre los derechos de las partes y si con ello se ha causado realmente indefensión o no a las partes, dentro del contexto de la segunda instancia.” “Sin dejar de reconocer y coincidir parcialmente con la recurrente en que concurren algunos defectos o irregularidades en el sonido en determinados pasajes (por zumbidos o ruidos de fondo, interferencias o, acaso por alejamiento del micrófono de determinados interlocutores, etc.) a lo largo de la grabación del desarrollo del juicio” “sin embargo, es que dicha entidad no presente la gravedad exigible que autoriza la declaración de nulidad solicitada, al amparo de los artículos 238.3, 240.1 de la LOPJ y 225.3, 227 de la LEC, pues, a fin de cuentas no se ha vulnerado o vulnera el derecho de defensa y contradicción de la parte apelante, la que no se ha visto o queda privada del derecho a alegar y probar en el proceso sus derechos e intereses legítimos y a rebatir lo alegado por la contraparte...” (ST de AP Salamanca de 20 de junio de 2016).

Por lo que expuesto todo lo anterior no cabe hablar de nulidad de actuaciones.

SEGUNDO.- Respecto a los motivos invocados en el recurso serían:

PRIMERO. Error en la valoración de la prueba al fijar el día a quo de la acción de anulabilidad ejercitada por vicio del consentimiento, en relación a la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2015, así como posteriores que siguen el mismo criterio.

SEGUNDO. Adecuación a la hora de determinar que al presente caso aplica la doctrina emanada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de fecha 3 de diciembre de 2015, expediente c 312/14, lo que no obstante resulta contrario al fallo de la sentencia hoy recurrida.

TERCERO. Vulneración de la doctrina jurisprudencia al estimar la nulidad parcial del préstamo en divisa por la concurrencia de un vicio en el consentimiento, atentando contra el principio del pacta sunt servanda y la jurisprudencia emanada de nuestro alto tribunal.

CUARTO. Error en la valoración de la prueba con la información suministrada al actor. Ausencia de error en el consentimiento. Cumplimiento de la entidad bancaria con sus deberes de información.

TERCERO.- Respecto al primero de los motivos invocados no puede prosperar. Y ello en atención al contenido de la STS Pleno de 15 de noviembre de 2017, ECLI: ES: 2017: 3893, Ponente Rafael Saraza Limena; a su aplicación al caso y por ello relativo al control de transparencia y protección de consumidores y usuarios. Y tal y como expone la parte actora, en su oposición al recurso de apelación, no es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico, pues de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea.

CUARTO.- Los motivos segundo y tercero tampoco pueden prosperar; y para ello procede reseñar algunos párrafos de la sentencia del Pleno de 15-XI-2017 *Decisión de la Sala, el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio.*

1. La sentencia del pleno de esta sala 323/2015, de 30 de junio, declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente << hipoteca multidivisa >>), es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Esta ley, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, traspone la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID).

2. La posterior sentencia de TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14, declaró, por el contrario, que el *art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID* debe interpretarse en el sentido de que “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 mensualidad”.

3. Los argumentos que sirvieron de fundamento a esta decisión del TJUE fueron, sucintamente, que en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A de la Directiva MiFID (apartado 55). Estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago) (apartado 56). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (apartado 57).

Tampoco estarían comprendidas en el concepto de “negociación por cuenta propia” al que se refiere la sección A, punto 3, del anexo I de la Directiva MiFID (apartado 58) ni forman parte de la categoría de “servicios auxiliares” del anexo I, sección B, de la Directiva MiFID (apartado 62), pues esto solo sucedería si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación (apartado 63) y tales operaciones de cambio no están vinculadas a un servicio de inversión (apartado 67), ni se refieren a uno de los instrumentos financieros del anexo I, sección C, de dicha Directiva (apartado 68).

Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta en divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de

las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71).

Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la *sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L.*, asunto C-604/2011 (apartado 73).

Por último, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad (apartado 74).

7. Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial*). Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la *sentencia 323/2015, de 30 de junio*, del pleno de esta sala, y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.

8. Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria.

Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo,

Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso *Banif Plus Bank*.

OCTAVO.- *Decisión del tribunal (II). El control de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisa y al cambio de una divisa a otra.*

1. El motivo del recurso de casación se basa también en la infracción legal que se habría cometido en la aplicación de los preceptos legales que regulan el control de transparencia, en concreto, los arts. 80.1 y 82 TRLCU, que desarrollan las previsiones de la Directiva sobre cláusulas abusivas, como son las del art. 4.2 de la Directiva.

2. La sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14, que excluyó la aplicación de la normativa MiFID a este tipo de productos bancarios, declaró:

“47. Dicho esto, es necesario señalar que algunas disposiciones de otros actos del Derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores pueden ser pertinentes en un asunto como el del litigio principal.

48. Esto sucede, en particular, con las disposiciones de la Directiva 93/13 que instauran un mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esta Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU: C: 2014:282, apartado 42)”.

3. En esta sentencia del caso *Kásler*, el TJUE declaró la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo denominado en divisas.

4. También la STJUE del caso *Andriciuc*, declara la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan 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, en los contratos de préstamo denominados en divisas.

5. Como primera cuestión a resolver, no puede estimarse la alegación de la recurrida, que afirma que las cláusulas controvertidas han sido objeto de negociación

individual y, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 3.

9. Una vez fijada la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores y usuarios que desarrolla la Directiva sobre cláusulas abusivas, el apartado 35 de la STJUE del caso *Andriciuc*, afirma que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, a las que hace referencia el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan.

10. Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.

11. De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo no es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

12. “El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, 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 comprendidas 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 de 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”

16. Que la normativa MiFID no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto completo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos.

17. “Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e interese, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro [...]. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

19. La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar.

QUINTO.- Respecto al motivo cuarto del recurso que es en definitiva la alegación de error en la valoración de la prueba por el juzgado a quo procede

señalar como reiteradamente establece esta A.P. “Respecto del error en la valoración de la prueba practicada en el procedimiento, se ha de comenzar señalando (siguiendo la doctrina contenida entre otras en la SAP de Madrid (Sección 21) de 20 de enero de 2.006 que, si bien es cierto que la valoración probatoria es facultad de los Tribunales sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza (principio dispositivo y de rogación), no lo es menos que en forma alguna pueden imponerlas a los juzgadores (SSTS 23-9-96 [RJ 1996\6720]) ya que no puede sustituirse la valoración que hizo el Juzgador de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la parte recurrente, función que, se reitera, corresponde única y exclusivamente al Juzgador “a quo” y no a las partes (Sentencias de 18 de mayo de 1990 [RJ 1990]), 4 de mayo de 1993 [RJ 1993]), 29 de octubre de 1996 [RJ 1996]) y 7 de octubre de 1997 [RJ 1997]).

El Juzgador que recibe la prueba puede valorar la misma de forma libre, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de la segunda instancia el pleno conocimiento de la cuestión, pudiéndose en la alzada verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez “a quo” de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la conjunta apreciación de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

En esta dirección la jurisprudencia es constante en señalar cómo la especial naturaleza del recurso de apelación permite al Tribunal conocer “íntegramente” la cuestión resuelta en primera instancia, pudiendo no sólo revocar, adicionar, suplir y enmendar las sentencias de los inferiores, sino dictar, respecto de todas las cuestiones debatidas, el pronunciamiento que proceda, por lo que es factible en esta alzada examinar de nuevo todo el material probatorio y la actividad jurídico-procesal desarrollada en primera instancia y, en definitiva, resolver si el pronunciamiento de la resolución impugnada ha sido o no correcto en atención a las diligencias de hecho y resultados probatorios de la causa (SSTS 19-2 [RJ 1991] y 19-11-91 [RJ 1991] y 4-2-93 [RJ 1993]). Ahora bien, se añade que la valoración es una cuestión que nuestro ordenamiento deja al libre arbitrio del Juez de Instancia, en cuanto que la actividad intelectual de valoración de las pruebas se incardina en el ámbito propio de las facultades del juzgador, que resulta soberano en la evaluación de las mismas

conforme a los rectos principios de la sana crítica, favorecido como se encuentra por la inmediación que le permitió presenciar personalmente el desarrollo de aquéllas.

Por ello cuando se trata de valoración probatorio, la revisión de la Sentencia deberá centrarse en comprobar que aquélla aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que no adolece de error, arbitrariedad, insuficiencia, incongruencia o contradicción, sin que por lo demás resulte lícito sustituir el criterio personal el interesado de la parte recurrente, ya que el alcance del control jurisdiccional que supone la segunda instancia, en cuanto a la legalidad de la producción de las pruebas, la observancia de los principios rectores de la carga de la misma, y la racionalidad de los razonamientos, no puede extenderse al mayor o menor grado de credibilidad de los elementos probatorios, porque ello es una cuestión directamente relacionada con la inmediación del juzgador sentenciador en la primera instancia.

Se ha señalado también que para combatir la valoración probatoria que hace el Juzgador de instancia, no basta con afirmar que se ha producido dicho error, sino que deben señalarse los hechos que han sido erróneamente admitidos como probados, la prueba erróneamente valorada y razonar en qué medida el juzgador ha utilizado criterios de valoración erróneos, ilógicos, absurdos o contrarios a las reglas legales de valoración, pues de no expresarse tales circunstancias, se evidencia que la intención del apelante es simplemente sustituir el objetivo e imparcial criterio del juzgador por el suyo propio, pretendiendo una nueva valoración probatoria sin argumentos que lo justifiquen (SAP de Granada (Sección 5) de 8 de mayo de 2.009).

Y por ello, concluye la doctrina jurisprudencial que el denunciado error en la apreciación de las pruebas tan solo puede ser acogido cuando las deducciones o inferencias obtenidas por el juzgador de instancia resultan ilógicas e inverosímiles de acuerdo con la resultancia probatoria o contrarias a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica (SAP de Lleida de 15 de marzo de 1.996).

Y establecido lo anterior la Sala comparte la valoración probatoria del Sr. Juez a quo; En tal sentido, no ha resultado probada una negociación individualizada; tampoco consta que fuera idea de los prestatarios la selección inicial de la divisa en la que estaba representado el préstamo; cambió de banco con la finalidad de abonar

unas cuotas mensuales más bajas, como consecuencia de una publicidad si no engañosa, si incompleta y falta de transparencia.

Que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo, el plazo de devolución incluso la presencia del elemento “divisa extranjera” que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado, para los préstamos en euros, no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento “divisa extranjera” en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la divisa escogida, del capital pendiente de amortizar ...) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato.

No está acreditada la información precontractual y contractual sobre su trascendencia para la posición jurídica y económica de las partes en el contrato.

En este extremo, relativo a los pagos y contenido económico, estamos ante un elemento esencial del contrato en el que se exige un plus de información.

No resulta debidamente probado la entrega y contenido del folleto informativo y la oferta vinculante.

Todo ello nos lleva a mantener la valoración probatoria del Sr. Juez a quo.

Lo que conlleva la desestimación del recurso de apelación planteado.

SEXO.- Respecto a las costas, conforme al artículo 398 en relación al artículo 394 de la LEC, se imponen las costas procesales de esta alzada a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes constitucionalmente conferidos por el pueblo español.

FALLAMOS

LA SALA ACUERDA: **Se desestima** el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de **BANKINTER S.A.** contra la sentencia de fecha 20 de septiembre de dos mil diecisiete dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia N° 9 de Salamanca, en los autos de Juicio ORDINARIO N° 967/2016 de los que dimana este rollo, confirmando íntegramente la sentencia, con imposición de las costas procesales de esta alzada a la parte recurrente.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

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