

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección 28 Refuerzo
c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035
Tfno.: 914931830
Fax: 912749985

Recurso de Apelación 2053/2022

O. Judicial Origen: Jdo de 1ª Instancia Nº 101 BIS Cláusulas- Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 22063/2018

APELANTE: BANKINTER SA
PROCURADOR
APELADO:

PROCURADOR

SENTENCIA 2183/2022

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:
D./Dña. LUISA MARÍA HERNAN-PÉREZ MERINO
D./Dña. MILAGROS DEL SAZ CASTRO
D./Dña. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

En Madrid, a trece de septiembre de dos mil veintidós.

La Sección 28 Refuerzo de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 22063/2018 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia Nº 101 BIS Cláusulas- de Madrid a instancia de BANKINTER SA apelante - demandado, representado por el/la Procurador y defendido por el/la letrado y contra

y
apelado - demandante, representado por el/la Procurador
SEGURA Y Defendido Por El/La Letrado D. Azael Babiano Rodríguez; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 28/09/2020.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D./Dña. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia Nº 101 BIS Cláusulas- de Madrid se dictó Sentencia de fecha 28/09/2020, cuyo fallo es el tenor siguiente:

*“Estimo íntegramente la demanda presentada por la Procuradora
en nombre y representación de _____ y
contra la entidad mercantil BANKINTER S.A. y, en consecuencia a)
Declaro la nulidad de la totalidad del clausulado multidivisa incorporado en la escritura de
préstamo con garantía hipotecaria de fecha 19 de diciembre de 2007 subsistiendo el
préstamo en el resto.
b) Condeno a la eliminación de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, objeto
del presente procedimiento, del precitado clausulado multidivisa.
c) Condeno a la demandada a recalcular y rehacer, con exclusión del clausulado
multidivisa, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con el
demandante contabilizando el capital que, efectivamente, debió ser amortizado de haber
sido éste amortizado en su divisa natural (euro) y aplicado el índice de referencia ordinario
(Euribor) más el diferencial pactado, teniendo en cuenta también cualesquiera comisiones y
gastos pagados y al pago en metálico a los demandantes, del importe abonado en exceso en
cada una de las cuotas por aplicación del clausulado multidivisa, así como cualquier gasto
o comisión imputada a la parte actora por la aplicación de dicho clausulado, desde que
comenzó a aplicarse hasta deje de utilizarse de forma efectiva. Estas cantidades devengarán
el interés legal del dinero, desde la fecha de cada cobro, hasta que se dicte sentencia.
Dichas cantidades devengarán, a su vez, el interés del art. 576 de la LEC desde la fecha de
esta sentencia.
Se imponen las costas a la parte demandada.”*

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La representación procesal de _____ y
interpuso demanda en la que solicitaba la nulidad parcial del contrato de
préstamo hipotecario "multidivisa" suscrito con la actual Bankinter, S.A. el 19 diciembre de
2007 en los contenidos relativos a la opción multidivisa por ser condiciones generales de la
contratación que no reúnen el requisito de transparencia; declarando que el capital pendiente
de amortizar es el resultante de disminuir al principal prestado la cantidad amortizada en
concepto de principal e intereses calculada en euros y aplicando el tipo de interés y
diferencial pactados, recalculando las cuotas pendientes de amortizar también en euros.

SEGUNDO.- La resolución de instancia, siguiendo los criterios sentados por la
sentencia 608/2017, de 15 de noviembre del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal
Supremo y otras, concluye en la falta de transparencia en la contratación del préstamo

multidivisa al no facilitar la necesaria información precontractual sobre los riesgos del producto a contratar.

Contra la sentencia de instancia se alza la representación procesal de Bankinter, S.A., interponiendo recurso de apelación en el que, en líneas generales y en lo concerniente a la acción acogida, denuncia la caducidad de la acción ejercitada, así como la prescripción de la acción restitutoria y el retraso desleal en el ejercicio de la acción, sosteniendo la errónea valoración de la prueba al haber facilitado a los prestatarios, de quienes partió la iniciativa, la información necesaria sobre sus características. Información previa, veraz y completa sobre su funcionamiento y riesgos; superando el test de transparencia por lo que no procede realizar el control de abusividad además de no causar desequilibrio.

Recurso al que se opuso la representación procesal de la parte demandante interesando su desestimación, y la confirmación, por sus propios Fundamentos, de la resolución recurrida.

TERCERO.- Sobre la acción de nulidad por ser el clausulado multidivisa condiciones generales de la contratación que no reúnen el requisito de transparencia, finalmente acogida por la sentencia de instancia, la que carece de plazo de caducidad y puede ser interpuesta en cualquier momento conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo al tratarse de la nulidad radical ex artículo 6.3 del Código Civil; señalar que la reseñada sentencia 608/2017, de 15 de noviembre del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y las posteriores sentencias 599/2018 y 669/2018, de 15 y 26 de noviembre, 158/2019, de 14 de marzo y 439/2019, de 17 de julio, también las más recientes de 486/2020 y 490/2020, de 22 y 24 de septiembre, respectivamente; mantienen el carácter de condiciones generales de la contratación, y así destaca como *“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 *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.”

Ejercicio de la acción que no puede conceptuarse como retraso desleal en los términos pautados por la sentencia del Tribunal Supremo 243/2019, de 24 de abril, cuando declara: “La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán (sentencia de 16 de diciembre de 1991, rc. 143/1990).

Sobre ese control, el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de mayo de 2018, recurso 1913/2015, señala que “El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso *RWE Vertrieb*; de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Kásler y Káslerne Rábai*; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Matei*; y de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, caso *Van Hove*), no solo 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.

Como venimos diciendo hasta la saciedad, el control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que

el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.”

La reseñada sentencia 608/2017, con remisión a la conocida STJUE del caso *Andriuc*, precisa cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas:

“«49. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que 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 y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).

» 50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, 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. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras».”

Debiendo recordar con la sentencia 585/2020, de 6 de noviembre del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo que: *“22.-... la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (sentencias de*

esta sala 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero; y 408/2020, de 7 de julio). Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a la abusividad en determinadas cláusulas, como es el caso de las denominadas «cláusulas suelo», por entrañar un elemento engañoso, o de las cláusulas «multidivisa» o «multimoneda», por ocultarse graves riesgos para el consumidor.»

CUARTO.- Información precontractual que, en el presente caso, no se demuestra fuera facilitada por la entidad demandada a fin de que los prestatarios, cuya cualidad de consumidores no se discute, conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa, al no aportarse al proceso ninguna documentación acreditativa de esa necesaria información sobre los riesgos que conlleva la contratación de este producto conteniendo los posibles y ejemplarizados escenarios que en la vida del préstamo podrían producirse por la fluctuación (apreciación o depreciación) en el cambio de la divisa seleccionada, sino también de que esas posibles fluctuaciones incidirían directamente en el importe del capital prestado que se vería aumentado o disminuido, pudiendo repercutir en la venta de su vivienda. Conocimiento de los prestatarios sobre las características y riesgos del préstamo que debió ser constatada por la ahora entidad apelante y que no fue reconocido por éstos en el curso de sus interrogatorios.

Careciendo de valor probatorio el testimonio del empleado de la entidad demandada cuando no se acompaña esa documentación justificativa de que el producto fue correctamente explicitado y explicado con simulaciones de aquellas previsibles fluctuaciones, no sólo de la cuota, toda vez que ese empleado debió necesariamente formar un expediente, legajo o dossier (y el Banco conservar al no haberse cancelado el préstamo) conteniendo, entre otros datos de carácter personal de los futuros prestatarios, esas simulaciones o documentando cualquier otra información sobre los riesgos que, en este caso, se han materializado en el hecho de que pese a venir satisfaciendo con normalidad las cuotas mensuales del préstamo el importe adeudado por capital e intereses no se ha reducido, sino que se ha visto incrementado.

Información que no se aprecia en los documentos aportados con la contestación a la demanda, ni se cumplimenta con los recibos de las cuotas de amortización debido a obvias razones temporales como de contenido al recoger aquéllas únicamente su aumento pero no el consecuente incremento del capital adeudado.

Debiendo también resaltar con la sentencia del Tribunal Supremo 158/2019, de 14 de

marzo que *“En cuanto a los actos posteriores a que la sentencia recurrida hace mención, debe recordarse que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, atendiendo a todas las circunstancias del caso.”*; como son las visitas a la página web de la demandada o las denominadas cartas informativas de los años 2008 y 2010.

QUINTO.- Debiendo recordar sobre la iniciativa en la contratación, con la mencionada sentencia 599/2018, que: *“Que fueran los demandantes quienes acudieron al banco para contratar un préstamo hipotecario en divisas o que otros bancos ofrecieran también ese tipo de préstamos, y los demandantes hubieran acudido antes a otro banco para interesarse por este producto, no elimina el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran la reglamentación contractual, a menos que el banco pruebe que hayan sido el fruto de la negociación con el cliente, lo que en este caso no ha sucedido, y por otra parte no sería creíble a la vista de la complejidad de las "cláusulas multidivisa" y de que los prestatarios eran simples consumidores, sin poder de negociación.*

3.- *En la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, tratamos extensamente esta cuestión y a ella nos remitimos, porque los argumentos allí expresados son plenamente aplicables a este recurso.*

De lo dicho en esa sentencia nos basta con recordar que "la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

Asimismo, afirmamos en dicha sentencia:

"b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

"c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger

entre diferentes ofertas de distintos empresarios".

4.- Que hayan sido los demandantes quienes, atraídos por las ventajas que se predicaban de las hipotecas en divisa extranjera, acudieran al banco a interesarse por el producto tampoco enerva el carácter de condición general de las cláusulas del contrato, puesto que no elimina las características de este tipo de cláusulas como son la generalidad, la predisposición y la imposición. Naturalmente, lo que ha de ser objeto de imposición para que estemos ante una condición general no es la celebración misma del contrato (estaríamos en tal caso en un supuesto de vicio del consentimiento) sino la concreta reglamentación contractual que integra tal contrato, y eso tiene lugar en estos supuestos de contratación en masa tanto cuando es el empresario quien tiene la iniciativa de dirigirse al potencial cliente como cuando es este quien acude al empresario a interesarse por su producto o servicio.

5.- De aceptar el razonamiento del banco recurrido se llegaría al absurdo de negar en todo caso el carácter de condiciones generales a las cláusulas de los contratos predispuestos por los empresarios para la contratación en masa cuando fuera el cliente el que acude al establecimiento a interesarse por el producto y ha examinado las ofertas de otros competidores, lo que es frecuente en los sectores en los que hay un consenso sobre el carácter de condiciones generales de las cláusulas utilizadas en los contratos suscritos entre el empresario y el cliente, como es el caso de los contratos bancarios, de seguros, suministro eléctrico o telefonía.

6.- En definitiva, como dijimos en nuestra anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, Que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo (la que los prestatarios necesitaban refinanciar), 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 (que es lo que hacía atractivo el préstamo), 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 otra divisa

escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato.”

SEXTO.- Información que no se cumplimenta con la claridad de la escritura pública ni con su lectura por el Notario, tal y como establece esa misma sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo al señalar: “**39.-** *En la sentencia 138/2015, 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 171/2017, 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 367/2017, 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.

SEPTIMO.- Procediendo con el éxito de esta acción la sustitución del clausulado abusivo conforme a la reseñada sentencia 608/2017 cuando declara “**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. 1170 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 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai , asunto C-26/13), apartados 76 a 85.”

Sustitución cuyas consecuencias deberán necesariamente concretarse en ejecución de sentencia al ser ese momento en el que podrán determinarse los efectos de la aplicación del clausulado sustituido, sin que la acción para su reclamación haya prescrito al ser mera derivación de la nulidad apreciada. A ello se une que, incluso entendiendo que se trata de una acción resarcitoria independiente de la de nulidad, la misma no habría prescrito ya que el dies a quo es el de la fecha en que se reconoce o declara la nulidad de la cláusula, tal y como concluye la sentencia de 16 de julio de 2020 del TJUE en los asuntos acumulados C-224/19 y 225/19.

OCTAVO.- Procediendo, por lo expuesto la desestimación del recurso interpuesto, lo que conlleva, a tenor de lo establecido en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Vistos los artículos y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Bankinter, S.A. contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia número 101 bis de los de Madrid en los autos civiles número 22.063/2017 de juicio ordinario; por lo que se acuerdan los siguientes pronunciamientos:

1º) Confirmar íntegramente la sentencia apelada.

2º) Condenar a la parte apelante al abono de las costas causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 5399-0000-00-2053-22, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.