

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección 28 Refuerzo**

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931830

Fax: 912749985

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0207758

**Recurso de Apelación 3460/2018**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia n.º 11 de Madrid  
Autos de Procedimiento Ordinario 1222/2016

**APELANTE:** BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. [REDACTED]

**APELADO:** D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. ALEJANDRO VIÑAMBRES ROMERO

**SENTENCIA 498/2020**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

[REDACTED]

En Madrid, a veinticuatro de febrero de dos mil veinte.

La Sección 28 bis de 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 de Procedimiento Ordinario 1222/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia n.º 11 de MADRID a instancia de BANKINTER SA apelante - demandado, representada por [REDACTED] bajo la dirección letrada [REDACTED] o frente a [REDACTED] apelada - demandante, representada por el Procurador D. Alejandro Viñambres Romero bajo la dirección letrada de Doña Leticia de la Hoz Calvo; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia n.º 145/2018 dictada por el mencionado Juzgado el día 17 de mayo de 2018.

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 [REDACTED]

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - Por *Juzgado de 1ª Instancia n.º 11 de Madrid se dictó Sentencia el día 17 de mayo de 2018*, cuyo fallo es el tenor siguiente:

*“Estimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Viñambres Romero en nombre y representación de [REDACTED] contra Bankinter SA y en su mérito declaro la nulidad de las cláusulas referidas a la opción multidivisa comprendida en la escritura de préstamo en divisa con garantía hipotecaria otorgada ante el Notario de Madrid D. José Ventura Nieto Valencia con n.º de protocolo mil ochocientos noventa y cinco de fecha 20 de mayo de 2005, y en su mérito la hipoteca queda referenciada al Euribor y ha de recalcularse de forma que el saldo será la cantidad que de disminuir a la cantidad prestada en euros 300.000 euros las amortizaciones efectuadas hasta la fecha en euros en concepto de principal, intereses y comisiones. Con expresa condena en costas a la parte demandada”.*

*La anterior sentencia fue aclarada por auto de fecha 11 de junio d 2018 en el siguiente sentido:*

*“Estimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Viñambres Romero en nombre y representación de [REDACTED] contra Bankinter SA y en su mérito declaro la nulidad de las cláusulas referidas a la opción multidivisa comprendida en la escritura de préstamo en divisa con garantía hipotecaria otorgada ante el Notario de Madrid D. José Ventura Nieto Valencia con n.º de protocolo mil ochocientos noventa y cinco de fecha 20 de mayo de 2005, y en la otorgada ante el Notario D. Valerio Pérez De Madrid y Pala (número de protocolo 30334) por lo que se amplía el capital del préstamo en 69.000 en su mérito la hipoteca queda referenciada al Euribor y ha de recalcularse de forma que el saldo será la cantidad que de disminuir a la cantidad prestada en euros 300.000 euros las amortizaciones efectuadas hasta la fecha en euros en concepto de principal, intereses y comisiones. Con expresa condena en costas a la parte demandada”.*

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

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.** - El escrito inicial que encabeza este procedimiento, se promovió en nombre y representación de los [REDACTED], demanda de juicio ordinario contra la entidad Bankinter SA en ejercicio de una acción de nulidad de la cláusula multidivisa, obrantes en el préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes con fechas 20 de mayo de 2005 por abusividad y falta de transparencia; dictándose sentencia estimando la demanda, todo ello sin imposición de costas.

La parte demandada formulo recurso de apelación alegando, en síntesis, los siguientes motivos:

1.- Incorrecta valoración de la prueba obrante en autos.

2.- Incongruencia de la sentencia: no se ejercita ninguna acción por nulidad de abusividad de las cláusulas.

3.- En cualquier caso, las cláusulas que se han declarado nulas no son condiciones generales de la contratación, no son abusivas, no generan desequilibrio alguno y pasan el control de transparencia. Una correcta valoración de las cláusulas enjuiciadas, a la luz de la jurisprudencia la normativa y la prueba practicada, nos llevaría a la conclusión de que las cláusulas BE eran transparentes.

4.- Ad cautelam. La inexistencia de vicio en el consentimiento respecto de conocimiento de los riesgos de la hipoteca multidivisa.

5. Diferencias entre este caso y el valorado por la STS de 15 de noviembre de 2017.

**SEGUNDO. - Incongruencia de la sentencia: no se ejercita ninguna acción por nulidad de abusividad de las cláusulas.**

Afirma el apelante que la demanda n se ejercita ninguna acción de nulidad por abusividad de las cláusulas por lo que no cabía en este caso entrar a conocer de la transparencia ni de la abusividad, incurriendo por tanto en incongruencia extrapetitum.

En relación con el control judicial de las cláusulas abusivas, las mismas pueden ser objeto de examen, incluso de oficio, a la luz de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y su transposición al ordenamiento jurídico español a través de la normativa contenida en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa los Consumidores y Usuarios.

En consecuencia, aun en el caso de que la demandante no haya ejercitado la acción de nulidad de cláusulas abusivas, el juzgador debe examinarlas de oficio, desestimando el motivo de apelación.

**TERCERO. - En cualquier caso, las cláusulas que se han declarado nulas no son condiciones generales de la contratación, no son abusivas, no generan desequilibrio alguno y pasan el control de transparencia. Una correcta valoración de las cláusulas enjuiciadas, a la luz de la jurisprudencia la normativa y la prueba practicada, nos llevaría a la conclusión de que las cláusulas eran transparentes**

Alega el apelante que no nos encontramos ante condiciones generales de la contratación ya que las condiciones de financiación fueron negociadas, en concreto la cuantía, vencimiento amortizaciones y tipo de interés, así como las comisiones. Que la iniciativa partió de la demandante. Que las cláusulas son claras y establecen claramente que el préstamo esta formalizado en francos suizos, previendo la cláusula financiera tercera d) la posibilidad del cambio de divisa. Y que el riesgo de tipo de cambio no puede generar una falta de transparencia al ser un riesgo inherente y obvio que cualquiera debe conocer., no generando ningún desequilibrio entre las partes.

Entrando a conocer el motivo de apelación, debemos señalar que la conocida popularmente como " hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el

Libor (London Interbank OfferdRate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

El atractivo de este tipo de producto financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario.

Los riesgos de este producto financiero difieren de los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros, pues al riesgo de variación del tipo de interés se suma el tipo de cambio de la divisa elegida que se aplica, y que sirve para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recalcule constante del capital prestado, todo lo que puede suponer, en caso de que la divisa elegida se haya apreciado frente al euro, que 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, que puede llegar a ser desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos (en este sentido se pronuncia la *Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de Junio de 2.015* ).

Para resolver los diversos problemas que plantea esta figura son esenciales las importantes Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 y *Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, 31 de octubre de 2018, 26 de noviembre de 2018 y 14 de marzo de 2019*. De las mismas se desprende la siguiente doctrina:

1º) El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.

El *Tribunal Supremo continúa la doctrina sentada en la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre* , que modificó la inicialmente establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, acomodándose a la jurisprudencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto *C-312/14* , que declaró que el *artículo 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"* .

2º) las "cláusulas multidivisa" del contrato celebrado por las partes son condiciones generales de la contratación.

Las "cláusulas multidivisa" no son cláusulas negociadas, sino condiciones generales de contratación. El hecho de que el cliente tomara la iniciativa de contratar o que hubiera antes acudido a otros bancos para interesarse sobre las condiciones del préstamo hipotecario en divisas no elimina la caracterización de estas cláusulas como condiciones generales de contratación.

Argumenta el TS que *"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"*.

3º) Control de transparencia y abusividad de las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisa y al cambio de una divisa a otra.

Tanto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017, como la STS de 15 de noviembre de 2017, coinciden en que el clausulado multidivisa integra el objeto principal del contrato y por ello queda excluida la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas multidivisa "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible" ( el artículo 4.2.º de la Directiva 93/13 , señala que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"). Ahora bien, las Sentencias referidas establecen que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales que definen el objeto principal del contrato, no puede reducirse sólo al carácter comprensible de las cláusulas en un plano formal y gramatical, sino el nivel de información debe entenderse de manera que permita al consumidor alcanzar un conocimiento real de las mismas y comprender todas sus consecuencias económicas y jurídicas. En ese sentido, el apartado 15 del fundamento octavo de la STS de 15 de noviembre de 2015 dice al respecto que *"a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula"*.

En el mismo sentido, en los apartados 44 a 51 de la sentencia del TJUE, se indica 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"*

(apartado 49); *"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"* (apartado 50).

El Tribunal Supremo señala que la obligación que recae en la entidad de crédito de informar sobre los riesgos que se derivan del juego que la moneda nacional del préstamo y de las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro, incide tanto en las cuotas del préstamo como en el capital pendiente de devolución (apartados 25 y 26). El consumidor puede conocer que las divisas fluctúan, pero debe ser advertido de que la variación de las cuotas puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos (apartado 27). El riesgo de recálculo al alza del capital pendiente podría implicar la facultad de resolver anticipadamente el préstamo si este superada en un determinado porcentaje el valor de tasación de la finca, riesgo del que debe ser informado el consumidor (apartados 30).

En definitiva, tanto el TS como el TJUE concretan que la entidad debe proporcionar información al consumidor sobre los riesgos derivados del tipo de cambio y de la incidencia, tanto en la cuota como en el capital pendiente de devolución, de la fluctuación de las divisas. Por otra parte, el TS recuerda su tan conocida doctrina relativa a que la intervención del Notario no sufre por sí solo el cumplimiento del deber de transparencia y el hecho de que el contrato permita cambiar de divisa no excluye el riesgo derivado de la fluctuación.

En cuanto al contenido del carácter abusivo de la cláusula, de las dos sentencias referidas se desprende que, si el profesional cumple con el deber de transparencia, entendido como lo hemos expuesto, queda excluida la abusividad, que no puede ser apreciada por referirse a un elemento esencial del contrato.

La falta de información sobre los riesgos en los términos expuestos no produce como efecto directo la nulidad, sino que posibilita la apreciación del carácter abusivo de la cláusula, esto es, la falta de transparencia es el punto de partida del control de abusividad entendido en el sentido del *artículo 3. 1.º de la Directiva y artículo 82 de la LGDCU*.

Y es que de las sentencias referidas se entiende que para apreciar el carácter abusivo de la cláusula multidivisa no basta con constatar que la entidad de crédito ha incumplido el deber de informar sobre los riesgos de la operación en los términos que hemos reseñado al analizar el control de transparencia, sino que es necesario un plus de reproche o deslealtad en la actuación de profesional. El examen de la buena o mala fe de la entidad de crédito exige tomar en consideración "todas las circunstancias del litigio" y, en especial, "la experiencia y los conocimientos del profesional en lo que respecta a las variaciones de los tipos de cambio y a los riesgos inherentes a la suscripción" de este tipo de contratos. A partir de ello, habrá que determinar si el consumidor conformó de forma adecuada su voluntad y aceptó todos los riesgos (juicio de relevancia). La Sentencia del TJUE se refiere a ese juicio de relevancia para afirmar que: *"para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar 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"* (apartado 57).

Como circunstancias relevantes para valorar la buena fe del profesional y el desequilibrio, podemos señalar las siguientes:

- La Sentencia del TJUE prioriza la experiencia y los conocimientos de la entidad de crédito en lo que respecta a las variaciones del tipo de interés.

Podrá tenerse en cuenta, a este respecto, informes sobre la evolución de tipos de cambio que se hubieran hecho públicos o que pudieran estar a disposición del profesional. También puede ser un indicio relevante la evolución de la divisa en los meses inmediatamente anteriores y posteriores a la celebración del contrato.

- El perfil del consumidor, esto es, su formación en general y la financiera en particular; si está previamente informado sobre esta modalidad de préstamo; la moneda en la que percibe su salario y, más en general, si está acostumbrado a negociar o a utilizar divisas extranjeras.

- El nivel de ingresos del consumidor y la repercusión que sobre ellos puede conllevar una alteración sustancial en el importe de las cuotas como consecuencia de la evolución del tipo de cambio.

- Las razones que pueden haber llevado al consumidor a suscribir un préstamo multidivisa, como puede ser su pertenencia a colectivos que han firmado acuerdos con entidades financieras.

- El grado de información sobre los riesgos inherentes al producto proporcionado al consumidor en el momento de contratar. La falta absoluta de información, en atención a las particulares circunstancias del consumidor (supuesto de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017* de un prestatario que percibe su salario en euros, que destina el préstamo a cancelar préstamos anteriores y, en definitiva, que se encuentra en una situación económica difícil que le aboca a una ejecución hipotecaria), puede determinar por sí sola el carácter abusivo de las cláusulas multidivisa.

La carga de la prueba de esas circunstancias le corresponde al predisponente.

*, 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.*

En cuanto al momento del juicio de abusividad hay que estar a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, sin que pueda depender de acontecimientos posteriores, como pudiera ser las variaciones del tipo de cambio.

#### **CUARTO. - Incorrecta valoración de la prueba obrante en autos.**

Afirma el apelante que la Sentencia no realiza un correcto análisis del interrogatorio de la parte al no tener en cuenta los reconocimientos de la demandante del riesgo durante el acto del juicio. Que el perfil de la demandante es muy superior al ciudadano medio, teniendo una cartera de valores compuesta de varios tipos de acciones, habiendo recibido la información de la evolución del préstamo al haberse remitido los extractos bancarios, ampliando el capital del préstamo en el año 2006, y consultando asiduamente la página web comprobando el importe de capital e intereses cada mes.

Respecto a las pruebas practicadas, hemos de afirmar que la valoración probatoria de los órganos judiciales debe ser respetada, en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica.



Por tanto, debe respetarse el uso que haga el juzgador de instancia de su facultad de libre apreciación o valoración en conciencia de las pruebas practicadas, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, como tiene declarando el *Tribunal Constitucional (sentencia 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994 )*, salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, porque prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente.

En lo que se refiere a la cualificación de la demandante, no queda acreditado que tuvieran especiales conocimientos en esta materia y pudieran entender los riesgos de la llamada hipoteca multidivisa, el hecho de ser licenciada en Filosofía y Letras y diplomada en Ciencias Empresariales si como tener un master en Economía Comunitaria y que sea directiva e grandes compañías no implica ser experta en mercados financieros ni en el funcionamiento de las hipotecas multidivisas.

Respecto a la prueba de interrogatorio practicada si bien queda acreditado que la iniciativa de la contratación partió de la demandante ello no implica que se le proporcionara ninguna información de los riesgos del producto por parte del comercial recordando la ya mencionada STS de 21 de abril de 2018 respecto a la iniciativa de la contratación señala que " *el hecho de 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.*

Tampoco el hecho de que eligiera el plazo de duración del préstamo o la moneda en que se iba a endeudar excluyen la calificación de condiciones generales de la contratación de las cláusulas de la escritura como hemos constatado en el fundamento anterior, la sentencia del TS de 15 de noviembre de 2017, en este sentido la sentencia mencionada afirma: "*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.*"

En cuanto a la prueba testifical practicada a la comercial la prueba no es relevante por su evidente conflicto de intereses con su empleador, conforme a la *STS de 4 de diciembre de 2015 " los testigos eran los empleados del Banco demandado responsables de la sucursal en*

*la que se ofreció a la demandante la celebración del contrato de swap y que por tanto estaban obligados a suministrarle la información que la demandante afirma que no le fue facilitada. En tales circunstancias, considerar insuficiente la declaración de estos testigos para acreditar que se facilitó a la demandante una información adecuada de la naturaleza y riesgos del producto que se le ofertaba no solo no es irracional y arbitraria, sino que es perfectamente lógica. "*

Por lo que se refiere a la información precontractual documental, no consta en las actuaciones oferta vinculante, ni se ha aportado el llamado documento de primera disposición, ni ninguna simulación en ninguna moneda.

La escritura de préstamo aportada no es fácilmente comprensible, a diferencia de lo manifestado por el apelante, no explica los riesgos de contratación al ser un documento extenso y con unos términos de difícil comprensión para una persona no acostumbrada a los mismos, y no se explica en modo alguno el riesgo más importante del producto, que es, la fluctuación de la moneda elegida y sus consecuencias, las variaciones que podría sufrir no solo en la cuota principal sino en el capital pendiente de pago en función de la cotización de la divisa, cuestión está fundamental ya que la subida de cotización de las divisas en relación con el euros ha ocasionado un incremento importante del capital pendiente de amortización.

La cláusula tercera d) afirma: “la sustitución de la divisa utilizada no supondrá en ningún caso la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización. Por tanto, el prestatario reconoce que este préstamo esta formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos del cambio, que puedan originarse durante la vida del contrato exonerando a Bankinter SA de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo incluida la posibilidad de que el contravalor en EUROS pueda ser superior al límite pactado.

Si se produjera dicho exceso de manera el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la Cláusula Séptima las Financieras.”

Dicha cláusula es ambigua, en el párrafo primero parece que la sustitución de la divisa no supondría la elevación del importe del préstamo y posteriormente se establece todo lo contrario, en este sentido se ha pronunciado la Sección 19 de la A. P de Barcelona en sentencia 19 de enero de 2016 entre otras. Al margen de que a diferencia de lo manifestado por el apelante no explica el verdadero riesgo de la hipoteca objeto de autos.

No es suficiente tampoco, la remisión de extractos bancarios posteriores en orden a la evolución del préstamo ni las consultas a la página web. Debiendo recordar con la *sentencia del Tribunal Supremo 158/2019, de 14 de marzo*, sobre las posteriores visitas a la página web 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.*”

En cuanto a la intervención del Notario, en la *sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017*, se señaló 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), pero 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. En estas circunstancias, 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.".* En este caso, como ya hemos dicho, la información precontractual es insuficiente a los efectos de cumplir el control de transparencia, por lo que la intervención del Notario no puede suplir aquella falta de información.

Ello implica la existencia de un desequilibrio entre las partes, dado que la demandante no ha podido comprobar, al no existir simulación alguna, las repercusiones que conlleva la contratación de un préstamo en divisa extranjera ante la fluctuación del mercado de divisas no solo respecto de la cuota sino del capital pendiente de amortizar.

En base a lo anteriormente expuesto, la sentencia debe ser confirmada íntegramente, al quedar acreditado que la entidad bancaria no proporciono la información precontractual precisa para que la demandante tuviera un pleno conocimiento del producto. Respecto a las diferencias o semejanzas entre el caso presente y la sentencia de 15 de noviembre de 2017 han quedado contestadas en el presente fundamento jurídico.

**QUINTO. - Ad cautelam. La inexistencia de vicio en el consentimiento respecto de conocimiento de los riesgos de la hipoteca multidivisa.**

Si bien el motivo de apelación se interpone ad cautelam debemos hacer una breve referencia a la caducidad y a la acción por error en el consentimiento interpuesta en la demanda.

Respecto a la caducidad de la acción ejercitada, en la sentencia de 9 de febrero de 2018 (rollo 196/2016), la Sección 28ª se pronunciaba en los siguientes términos:

*"48. [...] En la sentencia núm. 290/2017 de 9 de junio de 2017 dijimos lo siguiente:*

*"41. El artículo 8 de la LCGC declara que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor.*

*42. Esta nulidad absoluta es proclamada en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 recurso 485/2012, y es reiterada en otras posteriores, como la de 25 de marzo de 2015, recurso 2351/2012.....*

*"48. [...] En la sentencia 367/2017, de 8 de junio, declaramos:*

*«No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el*

*enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento.*

*» Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento.*

*» Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses».*

Por lo que hace a las acciones de nulidad con base en las disposiciones del Texto Refundido de la Ley sobre Consumidores y Usuarios, dispone en su artículo 83 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.*

*Tratándose pues del caso de una nulidad radical absoluta e insubsanable, es claro que de acuerdo con la preceptiva legal y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo la acción para declarar la nulidad radical, ex artículo 6.3 del código civil, carece de plazo de prescripción y puede ser interpuesta en cualquier momento.”*

*Si bien la acción por error vicio en el consentimiento no se encuentra caducada, la acción que se dirige a obtener la nulidad parcial del contrato de préstamo única y exclusivamente en lo concerniente a la opción multidivisa es inviable y hace inútil el análisis de su ejercicio extemporáneo, al rechazar el Tribunal Supremo declarar la nulidad parcial de un contrato cuando concurra error por vicio del consentimiento al afectar a elementos esenciales del contrato que viciarían la totalidad del mismo y no sólo del clausulado multidivisa.*

Sirviendo, a modo de ejemplo, sus sentencias de 1 de julio de 2016 y 2 de febrero de 2017 cuando resalta en ésta: *"Aunque el incumplimiento de los deberes de información sí podría tener incidencia en la apreciación del error vicio, la nulidad por este vicio del consentimiento debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no sólo de la cláusula que contiene un derivado implícito. Y en este sentido nos hemos pronunciado en otras ocasiones, por ejemplo, en la sentencia 450/2016, de 1 de julio: "Como hemos recordado recientemente con motivo de un recurso en el que se había pretendido la nulidad por error vicio de las cláusulas relativas al derivado financiero de un contrato de préstamo, no cabía la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio (Sentencia 380/2016, de 3 de junio). Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la*

*totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato". En cuanto se había pedido en la demanda únicamente la nulidad de la cláusula relativa al derivado implícito, y no del resto del contrato, el motivo debe desestimarse porque el incumplimiento de los deberes de información invocados en ningún caso podría justificar lo pedido en la demanda". En el mismo sentido la STA de esta Sección de 8 de junio de 2017.*

Máxime después de reconocer el *Tribunal Supremo en su reseñada sentencia 608/2017* , recogiendo los criterios del TJUE, que *"..., 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 de 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),".*

En aplicación de la jurisprudencia anteriormente mencionada ni se podría apreciar caducidad en la acción ni estimar la acción por error como vicio del consentimiento.

**SEXTO.** - De conformidad con el *Art. 398 1de la L.E.C.* respecto a las costas de segunda instancia del recurso de apelación interpuesto se impondrán a BANKINTER al ser desestimada la impugnación alegada.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación en nombre de S.M. EL REY y por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española, pronunciamos el siguiente:

## **FALLAMOS**

Que, **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por BANKINTER SA, representada por la procuradora [REDACTED] contra la *sentencia N.º 145-18 de fecha diecisiete de mayo de dos mil dieciocho dictada por el Juzgado de Primera número 11 de Madrid*, en autos de juicio ordinario núm. 1222-2016, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, **CONFIRMAMOS** la expresada sentencia, con imposición de las costas causadas en la segunda instancia al apelante.

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.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

**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 5399-0000-00-3460-18, 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.