

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección 28 Refuerzo

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931830

Fax: 912749985

37007740

N.I.G.: 28.092.00.2-2017/0001321

Recurso de Apelación 749/2018 Negociado 5

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 03 de Móstoles
Autos de Procedimiento Ordinario 141/2017

APELANTE: BANKINTER S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

APELADO: D./Dña. [REDACTED] y D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. SARA NAVAS ZOYA

SENTENCIA 1255/2019

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

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

D./Dña. RAMÓN BADIOLA DíEZ

D./Dña. LUIS AURELIO SANZ ACOSTA

D./Dña. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

En Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil diecinueve.

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 141/2017 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 03 de Móstoles a instancia de BANKINTER S.A. apelante - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES y defendido por el/la Letrado D. JUAN AGUADO DOMINGO contra D./Dña. [REDACTED] y D./Dña. [REDACTED] apelado - demandante, representado por el/la Procurador D./Dña. SARA NAVAS ZOYA y defendido por el/la Letrado D. CARLOS NÚÑEZ GARCÍA; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 31/10/2017.

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 03 de Móstoles se dictó Sentencia de fecha 31/10/2017, cuyo fallo es el tenor siguiente:

“Que, estimando, íntegramente, la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Sara Navas Zoya, en nombre y representación de DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] contra BANKINTER S.A, declaro la nulidad de pleno derecho del clausulado multidivisa del préstamo suscrito por los demandantes el 1 de febrero de 2.008 ante el Notario Don [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] por falta de claridad y transparencia, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que queda referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no implican cláusulas multidivisa, declarando que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de DOSCIENTOS QUINCE MIL OCHOCIENTOS EUROS (215.800,00 €) la cantidad amortizada hasta la fecha de la sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de DOSCIENTOS QUINCE MIL OCHOCIENTOS EUROS (215.800,00 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA B) para el euro (EURIBOR + 0,45 puntos). Todo ello con imposición a la demandada de las costas procesales causadas.”

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 D. [REDACTED] y Dª. [REDACTED] formuló demanda en la que solicitaba la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario "multidivisa" suscrito con Bankinter, S.A., el 1 de febrero de 2008 en los contenidos relativos a la opción multidivisa por error en el consentimiento y por ser una condición general de la contratación que no reúne el requisito de transparencia; declarando que el capital pendiente de amortizar es el resultante de disminuir al principal prestado de 215.800 euros 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.

La sentencia de instancia, después de apreciar la caducidad de la acción de nulidad por error en el consentimiento y exponer la jurisprudencia vigente en esta materia en el momento de dictarse; estima la demanda al concluir, a modo de síntesis, que no se facilitó a los prestatarios la información necesaria sobre los riesgos del préstamo multidivisa cuyo clausulado son condiciones generales de la contratación nulas y abusivas.

Contra la sentencia de instancia se alza la representación procesal de Bankinter, S.A., interponiendo recurso de apelación en el que, en sucesivos motivos, mantiene que ese clausulado no son condiciones generales de la contratación, siendo, en todo caso, sus cláusulas no abusivas y transparentes al ser sus estipulaciones claras y de las que fueron conscientes conforme a la información que se les proporcionó, teniendo conocimiento y asumiendo el riesgo del cambio de moneda al ser los demandantes quienes interesaron la contratación de ese préstamo multidivisa.

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.

SEGUNDO.- Antes de adentrarnos en el análisis de las acciones ejercitadas procede concretar, con la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, luego reiterada por sus sentencias 599/2018 y 669/2018, de 15 y 26 de noviembre, respectivamente, también en las sentencias 158/2019, de 14 de marzo y 439/2019, de 17 de julio; la naturaleza del préstamo hipotecario en divisas que, a su vez, servirán para depurar y matizar el propio contenido del recurso de apelación.

Resoluciones que, contrariamente a lo sostenido en su sentencia 232/2015, de 30 de junio, concluye que el préstamo multidivisa no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, siguiendo la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14, posterior a la *sentencia de esta sala 232/2015, de 30 de junio*, cuando declaró 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"; y así lo reconoció expresamente la sentencia apelada.

No obstante, la reseñada sentencia 608/2017 destaca que el hecho de que los préstamos multidivisa estén excluidos de la normativa MiFID no significa que no sean un producto complejo a efectos del control de transparencia; y así señala que *“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.”*

Manteniendo esta resolución el carácter de condiciones generales de la contratación, 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 Andriuc, 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.”

TERCERO.- Las acciones ejercitadas en la demanda, tal y como se desprende de su lectura, son las antes reseñadas, acogiendo la sentencia de instancia la de nulidad por ser el clausulado multidivisa condiciones generales de la contratación que no reúnen el requisito de transparencia.

Por ello, hemos de centrarnos en esa acción de nulidad, debiendo resaltar que en ella se denuncia, en líneas generales, la falta de transparencia en la contratación del préstamo multidivisa al no facilitar la necesaria información precontractual sobre los riesgos del producto a contratar.

Omisión negada por la entidad demandada al afirmar en su contestación a la demanda que la iniciativa en la contratación parte de los demandantes, quienes ya conocían el funcionamiento del préstamo multidivisa; así como como por no ser ese clausulado oscuro ni haber sido impuesto. Siendo informado previamente de las características y riesgos del préstamo.

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 *Andriciuc*, 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».”

CUARTO.- Información precontractual que, en el presente caso, no se demuestra fuera facilitada por la entidad demandada a fin de que los demandantes, 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.

Careciendo de valor probatorio el testimonio del comercializador del préstamo cuando no se acompaña esa documentación justificativa de que el producto fue correctamente explicitado y explicado con simulaciones de aquellas previsibles fluctuaciones, toda vez que ese concreto empleado, como él reconoce, debió necesariamente formar un expediente, legajo o dossier conteniendo, entre otros datos de carácter personal del futuro prestatario, 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 cumplimenta con los recibos de las cuotas de amortización ni las posteriores visitas de la apelante 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.”*

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 multividiva" 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.”

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 31 de octubre de 2017 por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Móstoles en los autos civiles número 141/2017 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 5399-0000-00-0749-18, 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.