

### Expediente S-998.001

Cliente... : ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS  
Contrario : BANKINTER, S.A.  
Asunto... : RECURSO DE APELACION 2695/18  
Juzgado.. : AUDIENCIA PROVINCIAL S.28bis MADRID

## Resumen

### Resolución

21.10.2020

**SENTENCIA**

**Desestimando el recurso de apelacion de contrario con imposicion de costas**

---

Saludos Cordiales

La autenticidad de este certificado se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove)  
mediante el siguiente código seguro de verificación: **1239765052981510286625**

**SECCIÓN 28ª BIS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**  
c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035  
Tfno: 914931830

NIG: 28.079.00.2-2016/0088917

**Procedimiento: Recurso de Apelación 2695/2018**  
Negociado 1

Notificación telemática de la resolución 276801090\_Sentencia dictada en apelación 465 de fecha 21/09/2020 y 2 adjunto/s a esta notificación dentro del archivo comprimido 276801090\_Sentencia dictada en apelación 465.zip que se anexa.

En Madrid, a veinte de octubre de dos mil veinte .

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección 28 Refuerzo**

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931830

Fax: 912749985

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0088917

**Recurso de Apelación 2695/2018 Negociado 1**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid  
Autos de Procedimiento Ordinario 507/2016

**APELANTE:** BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

**APELADO:** D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

**SENTENCIA 1711/2020**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

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

D. PEDRO POZUELO PÉREZ

Dña. ISABEL OCHOA VIDAUR

Dña. Mª ANGELES MARTIN VALLEJO

En Madrid, a veintiuno de septiembre 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 autos de Procedimiento Ordinario 507/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid a instancia de BANKINTER SA apelante - demandada, representada por la Procuradora Dª. María del Rocío Sampere Meneses bajo la dirección letrada de D. José Luis terrón Guijarro frente a ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) en defensa de [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] apelante - demandante, representada por la Procuradora Dª. Sharon Rodríguez de Castro Rincón bajo la dirección letrada de D. Miguel Linares Polaino; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia nº 117/2018 dictada por el mencionado Juzgado el día 13 de junio 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.

ISTO, Siendo Magistrado Ponente **Dña. Mª DE LOS ANGELES MARTIN VALLEJO**

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por *Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid se dictó Sentencia el día 13 de junio de 2018, cuyo fallo es el tenor siguiente:*

*“Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Rodríguez de Castro en nombre y representación de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) actuando por*

*contra BANKINTER SA, debo DECLARAR Y DECLARO:*

- a) Declaro la nulidad de la totalidad del clausurado multidivisa incorporado en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por su abusividad, por falta de claridad y transparencia, además de por vicio de consentimiento del cliente, por falta de objeto contractual, por falta de causa contractual y por vulneración de normas imperativas.*
- b) Condeno a la eliminación de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria objeto del presente procedimiento, del precitado clausurado multidivisa.*
- c) Condeno a la demandada a recalcular y hacer, con exclusión del clausurado multidivisa, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscritos con los demandantes contabilizando el capital que, efectivamente, debió ser amortizado de haber sido amortizado en su divisa natural (euro) y aplicando el índice de referencia ordinario (Euribor), teniendo en cuenta también cualesquiera comisiones y gastos pagados. No procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas”.*

*Con imposición expresa condena en costas a la 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 la demandante, 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 en fecha 11 de junio de 2007 por falta de transparencia; dictándose sentencia estimando la demanda, todo ello con imposición de costas.

BANKINTER SA formulo recurso de apelación alegando, en síntesis, los siguientes motivos:

- 1.- Las cláusulas fueron negociadas individualmente.
- 2.- Incorrecta valoración de la prueba respecto del conocimiento del riesgo y transparencia de la cláusula.
- 3.- La acción de nulidad parcial por vicio en el consentimiento se encuentra caducada.
- 4.- Imposibilidad de determinar error del consentimiento considerándose la prueba obrante en autos.
- 5.- Sobre las diferencias entre este caso y el relativo a la sentencia del tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, alguna jurisprudencia de interés.
- 6.- Sobre la trascendencia de la información facilitada al demandante.

### **SEGUNDO.- Las cláusulas fueron negociadas individualmente**

Alega el apelante que las tres cláusulas primeras de la escritura no son condiciones generales de la contratación, cuantía del capital, plazo de devolución y tipo de interés, siendo negociados estos tres aspectos por el demandante.

Respecto a esta alegación argumenta el Tribunal Supremo 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"*.

Desestimándose por tanto el primer motivo de apelación alegado.

### **TERCERO.- Sobre las diferencias entre este caso y el relativo a la sentencia del tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, alguna jurisprudencia de interés.**

#### **Sobre la trascendencia de la información facilitada al demandante.**

#### **Incorrecta valoración de la prueba respecto del conocimiento del riesgo y transparencia de la cláusula.**

Estos motivos serán examinados conjuntamente haciendo una breve referencia a la llamada "hipoteca multidivisa", la misma 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.

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 podía 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.

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.

En consecuencia si bien, el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores no por ello está al margen de los controles de transparencia y abusividad. Siendo las cláusulas condiciones generales de la contratación, a tenor de la jurisprudencia anteriormente expuesta.

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 al perfil de los demandantes, no queda acreditado que tuviera especiales conocimientos en esta materia y pudiera entender los riesgos de la llamada hipoteca multidivisa, al ser sus profesiones respectivamente de ingeniero informático, pediatra, teniendo la Sra. [REDACTED] estudios básicos no se ha acreditado que la demandante

tuviera de fondos de inversiones que permita deducir un conocimiento de la cláusula multidivisa, ni que estén acostumbrados a negociar o a utilizar divisas extranjeras.

Por lo que se refiere a la información precontractual documental se ha aportado el llamado documento de primera disposición folio 603, dicho documento trata de una declaración genérica de esa supuesta información acompañada del anexo, en el que se recogen un cuadro con simulaciones, en el que el tipo de cambio es descendente, figurando el importe de la cuota total, con la parte correspondiente a capital amortizado e intereses, y el capital pendiente de amortizar. Pudiendo apreciar con claridad que la cuota se incrementa si la evolución del tipo de cambio es desfavorable y que aumenta también el capital pendiente, en el documento solo consta una firma al parecer de D. Rafael y no de los otros dos intervinientes, pero además el documento no tiene fecha, a diferencia de lo manifestado por el apelante en su recurso, donde aporta una fotocopia en la página 17 de su escrito, de un documento fechado el 18 de abril de 2008 de otra persona que nada tiene que ver con la parte demandante, por tanto, no constando que día fue entregado el documento, se desconoce si fue entregado con tiempo suficiente para que la parte tuviera tiempo de reflexionar sobre los riesgos de la hipoteca que iba a firmar, al margen de que como hemos resaltado solo aparece firmada por uno de los intervinientes, motivo este por sí mismo más que suficiente para no otorgar a dicho documento valor probatorio alguno. No aportándose documento acreditativo alguno que permita afirmar que se hicieron simulaciones en ninguna divisa.

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. Respecto al interrogatorio practicado al Sr. ██████████ en ninguna parte del mismo reconoce que se le explicaran los riesgos de la hipoteca contratada.

En cuanto a la prueba testifical practicada a la Sr. ██████████ 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 "*. Al margen de ello no se acredita que se le explicara que la fluctuación de la divisa con respecto al euro no solo podía influir en la cuota sino en el capital.

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.

Si bien la iniciativa de la contratación partió de la parte demandante ello no implica que se le proporcionara 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.*

Ello implica la existencia de un desequilibrio entre las partes, dado que la parte 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, que el demandante tuviera la iniciativa en la contratación, o que posteriormente el préstamo se ampliara, que se negociara el precio o incluso la moneda no implica que las cláusulas fueran negociadas ni que se le proporcionara la información precontractual suficiente siendo de aplicación los fundamentos contenidos en la sentencia del TS de 15 de noviembre de 2017.

**QUINTO.- La acción de nulidad parcial por vicio en el consentimiento se encuentra caducada.**

**Imposibilidad de determinar error del consentimiento considerándose la prueba obrante en autos.**

Si bien confirmarse la sentencia en base a la acción ejercitada con carácter principal, no es necesario entrar al conocimiento de las acciones ejercitadas con carácter subsidiario, haremos una breve referencia sobre la de la acción basada en el error como vicio del consentimiento.

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.*

*43. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2005, recuerda con cita de la sentencia de 4 de noviembre de 1996, que "la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción" (en el mismo sentido la sentencia de 14 de marzo de 2000, entre muchas otras)".*

*44. En el mismo sentido la sentencia núm. 654/2015 de 19 de noviembre proclama que "tratándose de nulidad radical (inexistencia) no cabe la confirmación o convalidación posterior del contrato. Siendo doctrina reiterada de esta Sala que la inexistencia o nulidad radical no puede ser objeto de confirmación, o convalidable por los actos propios (Sentencias de 11 de diciembre de 1986, 7 de enero de 1993, 3 de mayo de 1995, 21 de enero y 26 de julio de 2000, 1 de febrero y 21 de diciembre de 2002 y 16 de febrero de 2012, entre otras muchas). Como recuerda la Sentencia 187/2015, de 7 de abril «[1]a jurisprudencia en torno a la doctrina de los actos propios, cuya base legal se encuentra en el artículo 7 CC, con carácter general, exige la concurrencia de las siguientes circunstancias: i) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; ii) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; iii) que el acto sea concluyente e indubitado, constitutivo de la expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto. Pero como presupuesto esencial para su aplicación, resulta imprescindible que el acto sea susceptible de ser confirmado... la jurisprudencia de esta Sala establece que sólo son susceptibles de ser confirmados los contratos que reúnan los requisitos del artículo 1261, a saber los elementos esenciales, consentimiento, objeto y causa, en definitiva, la doctrina de los actos propios, no es aplicable en materia de nulidad».*

*49. El Tribunal Supremo también ha proclamado el carácter absoluto de nulidad de una cláusula por falta de transparencia. La sentencia núm. 558/2017 de 16 de octubre de 2017 proclama lo siguiente:*

*"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. En este sentido, el *Tribunal Supremo señala en sus sentencias de 1 de julio de 2016 y 2 de febrero de 2017* lo siguiente: "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".

Procede, por las razones expuestas, la desestimación del recurso interpuesto en este extremo.

**SEXTO.-** De conformidad con el *Art. 398 1 de 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 Sra. Sampere Meneses contra la *sentencia n° 117/2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid en fecha trece de junio de 2018*, en autos de juicio ordinario núm. 507-2016, 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 5399-0000-00-2695-18, 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.

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección 28 Refuerzo**

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931830

Fax: 912749985

37070870

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0088917

**Recurso de Apelación 2695/2018 Negociado 1**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 12 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 507/2016

**APELANTE:** BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

**APELADO:** D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fue la Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado/a de la Admón. de Justicia certifico.

En Madrid a veinte de octubre de dos mil veinte .

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMÓN. DE JUSTICIA DE LA SECCIÓN

Fdo.: D./Dña. JOSE ALFREDO RODRIGUEZ NUÑO

**Mensaje LexNET - Notificación**
**Fecha Generación: 21/10/2020 10:34**
**Mensaje**

<b>IdLexNet</b>	202010362292759	
<b>Asunto</b>	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 21/09/2020)	
<b>Remitente</b>	<b>Órgano</b>	AUD.PROVINCIAL CIVIL/PENAL SECCION N.28 BIS de Madrid, Madrid [2807937728]
	<b>Tipo de órgano</b>	AUD. PROVINCIAL (CIVIL/PENAL)
	<b>Oficina de registro</b>	OF. REGISTRO Y REPARTO AUD. PROVINCIAL CIVIL [2807900004]
<b>Destinatarios</b>	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]	
	<b>Colegio de Procuradores</b>	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	SAMPERE MENESES, MARIA DEL ROCIO [519]	
<b>Colegio de Procuradores</b>	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	
<b>Fecha-hora envío</b>	20/10/2020 20:37:44	
<b>Documentos</b>	<a href="#">6664912_2020_I_283010019.RTF</a> (Principal) Hash del Documento: eed09b898656457730b1f4a8a74d1963b84b433ae0b23fb46741503e8a3301b1	
	<a href="#">6664912_2020_E_43635738.ZIP</a> (Anexo) Hash del Documento: 757a8956581f9092785837b34d51f7ca12e5f44eae1cec16dc1c8c145b777d15	
<b>Datos del mensaje</b>	<b>Procedimiento destino</b>	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 2 N° 0002695/2018)
	<b>Detalle de acontecimiento</b>	Sentencia dictada en apelación 465 (F.Resolucion 21/09/2020)
	<b>NIG</b>	2807900220160088917

**Historia del mensaje**

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
21/10/2020 10:32:56	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
21/10/2020 08:23:20	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPARTE A	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

(\*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.