

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección 28 Refuerzo
c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035
Tfno.: 914931830
Fax: 912749985
37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0124382

Recurso de Apelación 2961/2021

O. Judicial Origen: Ido de 1ª Instancia Nº 101 BIS Clausulas- Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 4036/2017

APRIANTE.

PROCURADOR D./Dña. ANGEL FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ
APELADO: BANKINTER SA
PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

SENTENCIA Nº 2694/2021

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:
D./Dña. LUISA MARIA HERNAN-PÉREZ MERINO
D./Dña. LUISA AURELIO SANZ ACOSTA
D./Dña. FRANCISCO JAVIER PENAS GIL

En Madrid, a 26 de octubre de dos mil veintuno.

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 4036/2017 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia Nº 101 BIS Clausulas- de Madrid a instancia de

la recurrente D./Dña. ANGEL FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ, representado por el/la Letrado D. Fernando Muñoz contra BANKINTER SA apelado - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ y defendido por el/la letrados D. Juan Manuel Rodríguez Cárcano y Dña. Ana María Rodríguez Conde ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 07/02/2019.

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.

MERINO
VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D./Dña. LUISA MARIA HERNAN-PÉREZ**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia Nº 101 BIS Clausulas- de Madrid se dictó Sentencia de fecha 07/02/2019, cuyo fallo es el tenor siguiente:

Que con DERECHOS TOTAL demanda interpuesta por DON ANGELO FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ y dirigidos contra BANKINTER SA representada por la Procuradora Dª. María José Bueno Ramírez, debo ABSOLVER Y ABSUELVYO a la demandada de todos los pedimentos de la demanda, todo ello con especial imposición de costas a la parte actora.

Así lo acuerda manda y firma, Dña. Aránzazu Moreno Santamaría, Magistrada -Juez del Juzgado 101 bis de Madrid. Doy fe.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se formula le presente recurso de apelación contra la Sentencia dictada en la demanda formulada por la recurrente D./Dña. ANGEL FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ, contra BANKINTER, S.A. en ejercicio de las siguientes acciones: con caracter principal la declaración de nulidad por falta de transparencia y abusividad en relación con el clausulado multdivisa del préstamo de 15 de julio de 2008 notario Man... de protocolo... subsidiariamente la nulidad parcial por vicio error en el consentimiento y subsidiariamente la resolución contractual en relación al clausulado multdivisa del préstamo y en consecuencia se declare 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 NOVECIENTOS MIL EUROS (900.000,00€) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de NOVECIENTOS MIL EUROS (900.000,00 €) 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 + 0,60 puntos), con la correspondiente devolución a la parte actora de las comisiones cobradas por la aplicación del clausulado multdivisa, junto con sus intereses, cantidad esta que se determinará en ejecución de sentencia

Se alza en apelación la parte demandante quien alega, en síntesis, que no se ofreció información sobre el clausulado multdivisa, siendo el demandado quien corre con la carga de la prueba. Se aduce igualmente que la iniciativa en la contratación no tiene incidencia en cuanto a la información con que contaba la prestataria.

La parte demandada apelada se opone a la estimación del recurso.

SEGUNDO. El recurso se estima.

Sobre el control de transparencia, 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 prevenir, 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 *Andriatic*, 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 caídas 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."

Se alegó en este caso por la entidad bancaria que se proporcionó a los demandantes la información necesaria para tomar conocimiento de las consecuencias económicas del repetido clausulado multidivisa. Información precontractual que, en el presente caso, no se demuestra fuera facilitada por la entidad demandada a fin de que el prestatario, cuya cualidad de consumidor no se discute, conociera 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 contentiendo 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.

Carecen de valor probatorio los testimonios de los empleados de la entidad demandada cuando no se acompaña esa documentación justificativa de que el producto fue correctamente explicado y explicado con simulaciones de aquellas previsibles fluctuaciones, no sólo de la cuota, toda vez que esos empleados debieron necesariamente formar un expediente, legajo o dossier contentiendo, entre otros datos de carácter personal de los futuros prestatarios, esas simulaciones o documentando cualquier otra información sobre los riesgos. La prueba documental consistente en documento núm. 3 de la contestación a la demanda nada aporta en cuanto a la acreditación de información dada con antelación pues además de no constar la identificación de los prestatarios, ni la firma en el documento en que se exponen las simulaciones sobre variabilidad de divisa, no consta fecha alguna con lo cual no se puede determinar si se entregó con antelación al otorgamiento de la escritura en orden a que por la parte prestataria se pudiera tomar conciencia de los verdaderos riesgos de la operación.

Debiendo, nuevamente, recordar 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."

Conviene asimismo resaltar sobre la iniciativa en la contratación, con la STS 599/2018, de 31 de octubre que: " Que fueran los demandantes quienes accidieron al banco para contratar un préstamo hipotecario en divisas o que otros bancos ofrecieran también ese tipo de préstamos, y los demandantes hubieran acudido antes a otro banco para interesarse por este producto, no elimina el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran la reglamentación contractual, a menos que el banco pruebe que hayan sido el fruto de la negociación con el cliente, lo que en este caso no ha sucedido, y por otra parte no sería creíble a la vista de la complejidad de las "cláusulas multidivisa" y de que los prestatarios eran simples consumidores, sin poder de negociación.

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

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

Asimismo, afirmamos en dicha sentencia:

"b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varías 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 concede el préstamo (la que los prestarios 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,

reclutó 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 asuma en la ejecución del contrato."

Por último añadir con la STS 608/2017 de 15 de noviembre que "La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multdivisa con las de otros préstamos". El desequilibrio se residencia en el riesgo en relación con la evolución del tipo de cambio de la divisa que el prestatario desconoce, riesgo que afecta no solo a las cuotas sino también al propio capital prestado.

Las consecuencias de tal declaración serían y de nuevo seguimos el criterio de la STS 608/2017 la nulidad parcial del contrato con sustitución del clausulado multdivisa: "La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarlo más que al predispuesto" (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

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 inúlido del contrato de préstamo".

En consecuencia, la sentencia resulta revocada y con ello estimado el recurso al proceder la estimación de la demanda. Se declara así la nulidad del clausulado multdivisa en cuanto

resultan ser condiciones generales abusivas, con imposición de costas a la parte demandada (artículo 394.1 LEC).

TERCERO. No se hace imposición de costas de la alzada, al haber sido estimado el recurso (artículo 398 LEC).

FALLAMOS

Procede estimar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON [REDACTED] contra la sentencia de 29 de diciembre de 2018 dictada en JU 114030/2017 seguida en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA nº101 bis de Madrid, resolución que se revoca acordándose:

1º Estimar la demanda interpuesta por la representación procesal de [REDACTED] contra Banco BANKINTER SA y en consecuencia declarar la nulidad de las cláusulas referidas a la opción multdivisas comprendidas en la escritura de préstamo en divisa con garantía hipotecaria otorgada ante el Notario de Madrid nº [REDACTED] nº de protocolo [REDACTED] con fecha 15 de julio de 2008 por lo que se condena a Bankinter SA a recalcular el cuadro de amortización con la cantidad prestada en euros y aplicando el tipo de interés pactado en la escritura más el diferencial estipulado. Tras el cálculo anterior, se condena a la demandada a tener en cuenta los pagos realizados por la demandante y reintegrar a la demandante en la parte que excedan de las cuotas comprensivas de capital e intereses que correspondría con arreglo al nuevo cuadro de amortización, más los intereses legales desde el pago, y en el caso de que en alguna cuota la cantidad pagada por la actora sea inferior a la determinada en euros, la diferencia, más los intereses legales que correspondan deberá ser satisfecha por la prestataria.

2º Imponer las costas en primera instancia al demandado.

3º No hacer imposición de costas de la alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 1ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, 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