



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 2
LEON**

SENTENCIA: 00235/2024

Modelo: N10250 SENTENCIA
C., EL CID, 20 // TFNO. S.C.O.P 987 29 68 13 Y 987 29 68 15
UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO
Teléfono: TFNO UPAD 987233159 **Fax:** 987/232657
Correo electrónico:
Equipo/usuario: APS
N.I.G. 24089 42 1 2021 0008937
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000138 /2023
Juzgado de procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7 de LEON
Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0003067 /2021
Recurrente: BANKINTER SA
Procurador: ISABEL AFONSO RODRIGUEZ
Abogado: PATRICIA GUALDE CAPO
Recurrido: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS- ASUFIN-
Procurador: CRISTINA DE PRADO SARABIA
Abogado: BERNARDO LUIS GARCÍA ANGULO

SENTENCIA NUM. 235/2024

ILMOS. SRES:

D. ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ.- Presidente

D. ANTONIO MUÑIZ DIEZ.- Magistrado

D. RODRIGO MARCOS VIAN- Magistrado

En LEON, a dieciocho de marzo de dos mil veinticuatro.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de LEON, los Autos de ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 3067 /2021, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7 de LEON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 138 /2023, en los que aparece como parte apelante, BANKINTER SA, representada por la



Procuradora de los tribunales, D^a. ISABEL AFONSO RODRIGUEZ, asistida por la Abogada D^a. PATRICIA GUALDE CAPO, y como parte apelada, ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS- ASUFIN-, representada por la Procuradora de los tribunales, D^a. CRISTINA DE PRADO SARABIA, asistida por el Abogado D. BERNARDO LUIS GARCÍA ANGULO, sobre nulidad cláusulas contractuales, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. RODRIGO MARCOS VIAN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - En el juicio ordinario (OR5) número 3067/2021 del Juzgado de Primera Instancia número siete de León se dictó Sentencia número 2499/2022 de fecha 5 de diciembre de 2022, cuyo Fallo, literalmente copiado, dice:

“ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina de Prado Sarabia en nombre y representación de la Asociación de Usuarios Financieros Ausfin, en defensa de [REDACTED]

[REDACTED] asistidos por el letrado Don Bernardo I. García Angulo contra Bankinter S.A., con los siguientes pronunciamientos:

- 1. Se declara la nulidad parcial de los préstamos hipotecarios formalizados en las escrituras públicas de fecha 14 de febrero de 2008, suscrita por los prestatarios [REDACTED]
[REDACTED], con Bankinter, S.A. ante D. [REDACTED]; y la de fecha 17 de septiembre de 2008 suscrita por los mismos prestatarios con el mismo banco y ante el mismo notario, en todos los contenidos relativos a la opción divisa o multidivisa insertados en dichos contratos, con la*



declaración de que el contrato de préstamo subsiste sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que los préstamos hipotecarios lo fueron de 219.000 euros el primero y de 250.000 euros el segundo; y que las amortizaciones debieron realizarse también en euros; y condenando al banco a efectuar el consiguiente recálculo de las cuotas del préstamo como si se hubiese referenciado en euros desde su suscripción y con aplicación (al recálculo en euros), de las cantidades ya pagadas por los prestatarios en euros (por principal e intereses); y a restituir a los prestatarios las cantidades percibidas en exceso por el banco tanto por las cuotas devengadas como por la amortización, esto es, 62.311,71 €, a la fecha de elaboración del informe pericial, o la que se determine en ejecución de sentencia; así como las comisiones cobradas en concepto de comisión de cambio de divisa desde la suscripción del préstamo hasta ejecución de sentencia, más el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta el pago definitivo.

2. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada”.

SEGUNDO. - Contra la referida Sentencia se interpuso recurso de apelación por la demandada. Admitido a trámite el recurso de apelación interpuesto, se dio traslado a la parte contraria con el resultado que obra en el expediente. Se sustanció el recurso por sus trámites, con remisión de las actuaciones a esta Audiencia Provincial, ante la que se personaron las partes en legal forma y en el plazo concedido al efecto.



TERCERO. – Mediante Providencia de fecha 1 de marzo de 2024 se señaló para deliberación, votación y fallo el día 12 de marzo del mismo año, designando ponente al Ilmo. Sr. Rodrigo Marcos Vian.

CUARTO. - En la tramitación de este procedimiento se han cumplido todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. – *Cuestiones controvertidas*

Frente a la Sentencia de instancia que estima la demanda se interpone recurso de apelación por la representación de **BANKINTER S.A.**, invocando como motivos del recurso:

1. Superación del control de transparencia y la ausencia de abusividad, error en la valoración de la prueba: infracción de los artículos 217, 218.2, 326 y 315 LEC.
2. Extemporaneidad de las acciones: retraso desleal y prescripción.
3. Infracción del artículo 219 LEC, al impedir sentencias con reserva de liquidación

Interesando que se dicte Sentencia por la que estimando íntegramente el recurso de apelación se revoque la Sentencia de primera instancia en todo su contenido, dictando Sentencia por la que se absuelva a la demandada de las peticiones realizadas de contrario con expresa condena en costas.



Por la representación de los demandantes **ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS AUSFIN, EN DEFENSA DE DON**

[REDACTED]
[REDACTED], se formula oposición al recurso de apelación, solicitando se desestime íntegramente el recurso, con imposición de las costas generadas en la apelación.

SEGUNDO. – Superación del control de transparencia y de la ausencia de abusividad, error en la valoración de la prueba: infracción de los artículos 217, 218.2, 326 y 315 LEC

En cuanto a las cláusulas cuya nulidad se ha instado de contrario, se alega en el recurso, que han sido negociadas individualmente con la prestataria, en concreto las cuestiones relativas a la cuantía del contrato, la divisa de endeudamiento inicial, las cuotas de amortización, comisiones, tipos de interés y que han sido escogidas en función de sus intereses, y que en todo caso se ha prestado información adecuada y en definitiva que no puede considerarse que haya existido desequilibrio entre las prestaciones.

Solo tienen la consideración de condiciones generales aquellas que son predispuestas por el empresario sin posibilidad de intervención del consumidor (artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación). Para aplicar la normativa reguladora de la abusividad de cláusulas incorporadas en contratos suscritos por consumidores, es preciso que tengan la consideración de condiciones generales de la contratación, como así se establece en el artículo 82.1 RDL 1/2007, de 16 de noviembre “Se considerarán



cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente (...)".

Para valorar si una cláusula es una condición general de la contratación se debe tener en cuenta que no deja de tener tal condición porque *"una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente (...) si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión"* (artículo 1.2 de la Ley 7/1998). La carga de acreditar el carácter negociado de una cláusula corresponde al empresario. Al respecto la STS 216/2018, de 11 de abril, recuerda que conforme a lo dispuesto en el art. 82.2.II del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, *"el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba"*. Por tanto, *"no basta que algunos elementos del contrato hayan sido objeto de negociación (en particular, elementos esenciales en un préstamo hipotecario como el importe, el plazo de devolución y el interés ordinario) para que pueda afirmarse que la totalidad de sus cláusulas, y en concreto la cláusula suelo, haya sido también negociado"*.

En el presente caso, al igual que en el analizado por la sentencia citada, la prestamista no acredita haber negociado las cláusulas cuya nulidad se solicita. Los demandantes solicitaron financiación, y según ello, la modalidad de préstamo que finalmente contratan les fue ofrecida por el empleado del banco, y se puede admitir que fueran ellos quienes optaron por la cláusula multivisa, pero no existe ni una sola prueba de que el tenor de esa cláusula hubiera sido negociado. Se trata de una



cláusula predispuesta respecto de la que no consta, en absoluto, que los prestatarios intervinieran para precisar la divisa a tomar como referencia o para negociar si las cuotas se reembolsaban en la moneda referenciada o en euros, cuestiones estas que son parámetros esenciales para tomar una decisión meditada. A lo sumo podríamos decir que solicitaron el préstamo multidivisa, pero no que negociaran la redacción de la cláusula o su concreto contenido. No consta que el prestatario participara en la redacción de los documentos o que estos fueran resultado de una negociación. Por lo tanto, las cláusulas multidivisa se han incorporado como condiciones generales y son susceptibles de control de transparencia para valorar su posible abusividad.

Sobre la falta de transparencia en las cláusulas del préstamo, es de señalar lo que la jurisprudencia en relación con el control de transparencia del clausulado multidivisa, viene diciendo *“En las sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, 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 puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros; lo que le lleva a comprometerse en un contrato de préstamo que puede tener para él consecuencias ruinosas”* (sentencias 391/2021 y 392/2021, ambas de 8 de junio, y 406/2022, de 23 de mayo).



En las sentencias 776/2021, de 10 de noviembre y 420/2022 de 24 de mayo, que es intrascendente que el consumidor tuviera la oportunidad temporal de modificar la divisa a la que referenciaba el préstamo. Cuando la cláusula multidivisa se declara abusiva por falta de transparencia, ya que la posibilidad de cambio de divisa en sí misma no es abusiva, deja de ser operativa, porque así lo exige el principio de no vinculación. Si la posibilidad de cambiar la divisa siguiera siendo operativa pese a la abusividad del resto de cláusulas relacionadas con las divisas, el consumidor podría sufrir el perjuicio de consolidar el recálculo del capital pendiente inherente a una conversión realizada en escenarios desfavorables.

En la sentencia 43/2018, de 29 de enero se incide sobre la necesidad de que la información que ha de facilitar la comprensión del funcionamiento de la cláusula sea recibida por el cliente con antelación suficiente, siendo intrascendente la recibida en el momento de la escritura o en otro posterior.

Señalando en la sentencia 391/2021 de 8 de junio *"Esta conclusión no puede ser alterada por el conocimiento que el prestatario pueda haber adquirido con posterioridad a la contratación sobre el funcionamiento del préstamo multidivisa (que la Audiencia deduce del hecho de que los demandantes solicitaran en dos ocasiones el cambio de la divisa), pues, como se ha indicado supra, lo verdaderamente relevante desde el punto de vista del control de transparencia es la información precontractual sobre la naturaleza, características y riesgos del producto que se pretende contratar"*.



En el presente caso, [REDACTED]

[REDACTED], aseguran que contrataron el préstamo en yenes en el año 2008 con Bankinter, por cambio de hipoteca, después de acudir a varios bancos, porque se la ofrecieron en el propio banco, modalidad financiera de la que no le habían informado en los otros bancos, y porque les dijeron que era más adecuada para su proyecto personal y más económica que el préstamo tradicional y que se decidieron por dicha modalidad, ante la comparativa que le hicieron de la cuota que le salía a pagar, en euros, y en yenes, pero que no le explicaron que podía variar las cuotas o el cambio de divisa, no participando los actores en ninguna reunión previa, limitándose simplemente a la firma del contrato. De la prueba practicada no resulta que se diera a los consumidores una información suficiente y adecuada sobre los riesgos básicos de este tipo de préstamo: que la evolución de la paridad entre la divisa y el euro podía determinar que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar pudiera no disminuir, o incluso incrementarse, pese al pago regular de las cuotas del préstamo; y que la equivalencia en euros de la cuota de amortización del préstamo podía fluctuar tan drásticamente que les hiciera difícil afrontar su pago, lo que impide dar por superado el control de transparencia.

La advertencia inserta en la escritura del posible incremento del contravalor en euros del capital pendiente, no cumple por si misma el requisito de información necesaria previa a prestar el consentimiento, y adecuada para que permita que el consumidor sea conocedor de los verdaderos riesgos que comporta el producto contratado; y, su lectura realizada por el notario autorizante, tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la



escritura de préstamo hipotecario, por lo que no parece que sea el momento más

adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada. El perfil de la parte actora no permite considerar que pueda comprender el funcionamiento de un préstamo de las características de los multividiva, **DON**

[REDACTED] se limitaron a firmar el contrato, sin intervenir en ninguna de las gestiones previas.

A la vista de lo expuesto y en coincidencia con la sentencia apelada, concluimos que las cláusulas combatidas no superan el test de transparencia que diseña la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que la referida STS 608/2017 ya había aplicado a un préstamo de estas mismas características. Por causa de ese defecto, alteran significativamente el contenido económico del acuerdo que, razonablemente, pudieron creer los prestatarios haber alcanzado con el banco al contratar el préstamo, y lo hacen además desequilibrando los derechos y obligaciones que dimanar del contrato en perjuicio de los consumidores adherentes. Así las cosas debe desestimarse este primer motivo del recurso.

TERCERO. - Extemporaneidad de las acciones: Retraso Desleal

Alega la entidad recurrente, que la parte actora ha incurrido en un evidente retraso desleal habida cuenta del tiempo transcurrido desde la



suscripción del préstamo sin que se hayan interpuesto ninguna acción frente a ella.

El retraso desleal en el ejercicio de la pretensión que invoca la apelante, no se considera de aplicación al caso por no concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia, a saber: la omisión del ejercicio del derecho, el transcurso de un periodo de tiempo y la objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado (STS 19 de septiembre de 2013).

No basta pues, el mero transcurso del tiempo es preciso, además, la existencia de algún hecho que justifique la aplicación de la doctrina del retraso desleal, vinculada al concepto de ejercicio no abusivo de un derecho (artículo 7 Código Civil). En este caso, lo único que se le puede reprochar a los demandados es que no hubieran ejercitado su acción hasta que se estableció una jurisprudencia clara sobre la abusividad del clausulado multidivisa. Pero esta circunstancia, no pone de manifiesto una deslealtad, sino un desconocimiento o desconcierto por el riesgo de acudir al proceso judicial sin una clara convicción. Por otra parte, una cierta demora en el ejercicio de la acción a la espera de pronunciamientos judiciales claros no es constitutiva de deslealtad. además, aunque es posible que una acción no prescrita pueda no tener amparo judicial por un retraso desleal, en el ámbito de la protección de consumidores y usuarios resulta muy anómalo que la acción no prescriba, para solicitar la nulidad de la cláusula, y que se extinga por retraso desleal. (Sentencia de 20 de enero de 2023, de la Sección 1ª de esta Audiencia).



Debe recordarse el respeto al principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas; y en tal sentido, dice la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que *"la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula"*. Sería contrario a dicho principio y al de efectividad del Derecho de la Unión, calificar como abusiva o desleal la conducta del consumidor que aplica reciente jurisprudencia para formular la reclamación judicial.

CUARTO. – Prescripción de las acciones de nulidad de condiciones generales de la contratación y de la acción de restitución

En siguiente lugar, se invoca la prescripción de las acciones, recordando que el propio TJUE, se ha mostrado proclive a admitir la prescripción de acciones en materia de consumidores.

En cuanto a la prescripción de la acción para solicitar la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, ha de señalarse que es imprescriptible por constituir un supuesto de nulidad radical, como señala entre otras, la STS 654/2015, de 19 de noviembre *"(...) La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin*



perjuicio de que por razones de orden practico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. En consecuencia, ante la absoluta falta de consentimiento por parte del cliente, debe declararse radicalmente nulo el contrato de comercialización o adquisición de obligaciones subordinadas. Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que, tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible (por todas, Sentencia de esta Sala 178/2013, de 25 de marzo)”.

Por lo que se refiere a la acción de restitución, como se indica en la cuestión prejudicial planteada al TJUE por auto ATS de fecha 22 de julio de 2021, como Derecho interno caben dos opciones para el inicio del cómputo del plazo de prescripción: la declaración de nulidad de la cláusula o la fecha en la que se consolida jurisprudencia. En este caso, se podría considerar que la primera sentencia que establece un criterio consolidado sobre la abusividad del clausulado multidivisa es la Sentencia TS, Sala 1ª, 608/2017, de 15 de noviembre, porque aplica los criterios establecidos por la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, despejando dudas que hasta ese momento se planteaban. Y desde el día 15 de noviembre de 2017 hasta la fecha de presentación de la demanda en fecha 27 de julio de 2021 no había transcurrido el plazo de prescripción de 5 años previsto para las acciones personales (artículo 1964 Código Civil).

QUINTO. – Sentencias con reserva de liquidación

En último lugar alega el apelante, infracción del artículo 219 LEC que prohíbe sentencias con reserva de liquidación, salvo que esta pueda tener lugar por meras operaciones aritméticas (apartado 2 del artículo



citado). Una suma es líquida cuando se concreta con todos sus dígitos o cuando se puede concretar sobre unas bases ciertas y concretas. En este caso, la juez que dicta la sentencia no realiza los cálculos, pero sí establece las bases para hacerlo, por lo que este motivo debe ser igualmente desestimado.

De todo lo anteriormente expuesto se desestimado el recurso de apelación, confirmando íntegramente la resolución de primera instancia.

SEXTO. - Costas

En materia de costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 398.1, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la parte apelante las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación procesal de **BANKINTER S.A.** contra la Sentencia número 2499/2022 de fecha 5 de diciembre de 2022 dictada por el Juzgado de Primera número siete de León, en los autos de Juicio Ordinario (Or5) número 3067/2021, **CONFIRMANDO** la citada resolución, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente.



Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

La presente resolución, de concurrir los requisitos establecidos en los artículos 477 y 469, en relación con la disposición final 16ª de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, es susceptible de recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo debiendo interponerse ante este Tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella.

Notifíquese esta resolución a las partes y llévase el original al libro correspondiente y testimonio al presente rollo de apelación y remítase todo ello al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para su ulterior sustanciación.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, 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 tutelar 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.