



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1  
GUADALAJARA**

Modelo: N10250 SENTENCIA  
PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10  
**Teléfono:** 949-20.99.00 **Fax:** 949-23.52.24  
**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: AAM

N.I.G. 19130 42 1 2020 0002110

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000159 /2023-A**

**Juzgado de procedencia:** JDO.PRIMERA INSTANCIA N.4 de GUADALAJARA

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000157 /2020

Recurrente: BANKINTER,S.A.

Procurador: ISABEL AFONSO RODRIGUEZ

Recurrido: [REDACTED]

Procurador: MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE, MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE

Abogado: CARLOS NUÑEZ GARCIA, CARLOS NUÑEZ GARCIA

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

D<sup>a</sup> **MARÍA ELENA MAYOR RODRIGO**  
D<sup>a</sup> **MARÍA ROCÍO MONTES ROSADO**  
D<sup>a</sup> **SUSANA FUERTES ESCRIBANO**  
D<sup>a</sup> **MARÍA JOSÉ FRESNEDA DOMÍNGUEZ**  
D. **LUIS RUFILANCHAS SOLARES**

**SENTENCIA N° 415/24**

En Guadalajara, a doce de noviembre de dos mil veinticuatro.

VISTO en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de GUADALAJARA, los Autos de Procedimiento Ordinario 159/23, procedentes del JUZGADO DE 1<sup>a</sup> INSTANCIA n° 4 de Guadalajara, a los que ha correspondido el Rollo n° 159/23, en los que aparece como parte apelante BANKINTER S.A., representado/a por el/la Procurador/a de los tribunales D/D<sup>a</sup> Isabel Afonso Rodríguez, y como parte apelada [REDACTED] y [REDACTED], representados/as por el/la Procurador/a de los tribunales D/D<sup>a</sup> María Teresa López Manrique, y asistidos/as por el/la Letrado/a D/D<sup>a</sup> Carlos Nuñez García, sobre condiciones generales de la contratación, multidivisa, y siendo Magistrado/a Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D<sup>a</sup> LUIS RUFILANCHAS SOLARES.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** En fecha 31 de enero de 2023 se dictó sentencia, cuya **parte dispositiva** es del tenor literal siguiente: "FALLO: 1.- No se realiza pronunciamiento alguno sobre la cuantía del procedimiento, quedando diferida su determinación dentro del ámbito de la tasación de costas, en su caso. 2.- ESTIMAR íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de [REDACTED] contra la entidad BANKINTER S.A. 3.- DECLARAR la nulidad por falta de transparencia de todas las cláusulas referidas a la opción de divisas recogidas en la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 2 de noviembre de 2007. 4.- CONDENAR a la entidad demandada a eliminar tales cláusulas en lo que se refiere a la modalidad multimonedada o multidivisa y a la restitución del préstamo hipotecario sin tener en cuenta tales cláusulas, referenciando el préstamo a moneda EUROS y al tipo de interés determinado por el Índice EURIBOR más el diferencial pactado (0,45), recalculando así el préstamo, con determinación del saldo vivo, comprensivo del importe pendiente, resultante de detracer al principal prestado en euros (200.000€) las cantidades pagadas hasta la fecha por los actores en concepto de principal e intereses, también en euros. 5.- CONDENAR a la entidad demandada a restituir a la parte actora las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación del clausulado multidivisa con sus intereses legales y las comisiones y gastos correspondientes, esto es, la diferencia entre lo que pagó en concepto de amortización de principal e intereses aplicando el clausulado multidivisa (es decir, referenciado el préstamo en yenes y aplicando LIBOR mensual más el diferencial pactado) y lo que debería haber abonado en concepto de amortización de principal e intereses de haberse referenciado el préstamo en euros y aplicando como tipo de interés variable el Euribor mensual más más el diferencial pactado (0,45), con los intereses legales devengados desde cada uno de los pagos y los gastos y comisiones correspondientes. Lo anterior será calculado en ejecución de sentencia. 6.- CONDENAR a la entidad demandada a estar y pasar por las declaraciones anteriores y soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento. 7.- DECLARAR la nulidad por abusiva de la cláusula financiera quinta del contrato de préstamo hipotecario



de 2 de noviembre de 2007. 8.- CONDENAR a la entidad demandada a eliminar la cláusula quinta y a devolver a la actora la cantidad de QUINIENTOS SESENTA Y CINCO EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS DE EURO (565,77€), más los intereses legales desde el momento en que se efectuó el pago de dichas cantidades por la prestataria. Asimismo, dicha cantidad, devengará, desde el momento del dictado de esta sentencia, un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos. 9.- CONDENAR en costas a la parte demandada. Una vez firme la presente resolución remitase mandamiento al Registro de Condiciones Generales para la inscripción de esta sentencia.

**TERCERO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de BANKINTER S.A., se interpuso recurso de apelación contra la misma; admitido que fue, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites, llevándose a efecto la deliberación y fallo del mismo el pasado día 5 de noviembre del año en curso.

**CUARTO.-** En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar sentencia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso trae causa de la demanda presentada por [REDACTED] Y [REDACTED], frente a la entidad BANKINTER, S.A. en la que, en síntesis y a los efectos que en este recurso interesan, se indicaba que el 2 de noviembre de 2007 se suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en divisas por importe de 200.000 €, contrato de préstamo que fue suscrito por los demandantes careciendo en el momento de la firma tanto de información suficiente para la comprensión de los riesgos como nivel financiero adecuado previo. Alegaron que la entidad financiera les informó que esta hipoteca minoraría el importe de la cuota mensual originando un importante ahorro al final de la vida del producto, les informó de las bondades del producto pero nunca del elevado nivel de riesgo del préstamo multidivisa, entre ellos, el aumento del capital pendiente. La entidad no entregó a los actores ningún tipo de información precontractual escrita, tampoco realizó simulaciones con los diferentes escenarios

potenciales para que los actores pudiesen tomar conciencia del riesgo que asumían y en ningún momento se realizó o entregó una simulación o cuadro de amortización ejemplificativo que pusiera de manifiesto las fluctuaciones que el nominal de la deuda podía padecer en función del comportamiento de la moneda de referencia. En definitiva, nunca se explicó a los actores el funcionamiento del préstamo multdivisa y los riesgos asociados al mismo. Finalmente, los actores vienen a realizar alegaciones sobre la nulidad de la cláusula gastos.

La sentencia de instancia estima la demanda al considerar que la entidad financiera demandada no ha probado que hubiera negociado individualmente las cláusulas multdivisas y que hubiera informado debidamente a la parte actora de los riesgos del préstamo multdivisa con carácter previo a su contratación y antelación suficiente, concluyendo así que había existido un incumplimiento de las obligaciones de información que le eran exigibles, pues no le aportó ni oferta vinculante, ni las explicaciones sobre la fluctuación del capital, lo que no podía ser suplido por la parte actora, al carecer de conocimientos y experiencia en productos financieros, todo ello, unido a la falta de transparencia que reputó existente en las cláusulas de la escritura, determinó que se acogiera la petición de nulidad de las estipulaciones referidas a la divisa y multdivisa. Igualmente la sentencia recurrida declaró la nulidad, por abusiva, de la cláusula financiera quinta del contrato de préstamo hipotecario de 2 de noviembre de 2007 (gastos) y condeno a la entidad demandada a eliminarla y a devolver a la actora la cantidad de QUINIENOS SESENTA Y CINCO EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS DE EURO (565,77 €), más los intereses legales desde el momento en que se efectuó el pago de dichas cantidades por la prestataria. Asimismo, dicha cantidad habría de devengar, desde el momento del dictado de la sentencia, un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

La parte demandada se alza contra la sentencia dictada en primera instancia, esgrimiendo como motivos del recurso los siguientes: (i) Incorrecta e incompleta valoración de la prueba efectuada en la instancia. Ausencia del defecto de información; (ii) Ausencia de abusividad: existencia de negociación y ausencia de desequilibrio. Igualmente, por la entidad demandada se opone la (iii) prescripción de las cantidades a reintegrar como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos.

La contraparte se opone al recurso y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** Sobre el alcance del control de transparencia y abusividad de la cláusula multidivisa.

Como vemos, nos hallamos ante un recurso de apelación cuyos motivos se centran esencialmente en la valoración de la prueba y en la interpretación de la normativa y de la jurisprudencia a aplicar, sin que, por tanto, introduzca cuestionamientos jurídicos sobre la normativa aplicable respecto de las condiciones de la parte prestataria como consumidor y las exigencias de transparencia exigidas respecto de las cláusulas multidivisas del préstamo hipotecario suscrito, lo que exime a esta Sala de amplios razonamientos teóricos a este respecto, asumiendo en este punto la exposición teórica realizada por la juez de instancia en la sentencia recurrida y en los escritos de las respectivas partes.

Se precisa realizar una mención, siquiera sea somera, al marco probatorio en que se desarrollan estos contratos, préstamos hipotecarios multidivisas en que el prestatario es un consumidor. La doctrina jurisprudencial ha mantenido de forma insistente en el derecho de información de los consumidores en los productos bancarios y en relación con éstos, ha fijado el criterio de la doble transparencia, para ponderar si ha existido información suficiente que impida la declaración de nulidad.

La STS de 20 de abril de 2021, haciendo resumen de dicha jurisprudencia señala: "Esta sala ha fijado doctrina jurisprudencial respecto del control de transparencia en los préstamos multidivisa o multimonedada, en línea con la establecida por el TJUE, a la que procede remitirnos. Así, en la sentencia 486/2020, de 22 de septiembre, declaramos, y en las sentencias 88/2021, de 23 de febrero, y 188/2021, de 31 de marzo, reiteramos:

"4.- De acuerdo con esta jurisprudencia del TJUE, en nuestras sentencias 323/2015, de 30 de junio, 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, hemos explicado por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que oferta este producto. Declaramos en esas sentencias: <<Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e

intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que, pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, 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> >.

[...]  
"6.- El criterio empleado en la sentencia recurrida para valorar la suficiencia de la información suministrada no se ajusta a estos parámetros. Como han resaltado las SSTJUE citadas, una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

7.- Conforme a constante jurisprudencia de esta sala, el control de transparencia tiene por objeto que el consumidor pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

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.

8.- En el presente caso, no existió la información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos

vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, porque la que se les facilitó no explicaba adecuadamente en qué consistía el riesgo de cambio del préstamo hipotecario en divisas. No basta, como parece entender la Audiencia Provincial, con considerar que quien solicita un préstamo de esta naturaleza conoce que las divisas fluctúan. Porque junto a ello, lo relevante es que los prestatarios fueran debidamente informados del riesgo principal de este tipo de préstamos referenciados en divisas, que es que el cumplimiento de sucesivos plazos de amortización no supone que la equivalencia en euros del capital prestado vaya disminuyendo, sino que incluso puede suceder lo contrario; como de hecho sucedió.

9.- Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera, pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero este consumidor no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que las SSTJUE Andriciuc y OTP Bank exijan una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa.

10.- Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es lo verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario, puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros.

Por estas razones, es esencial que el banco informe al cliente sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización, como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo, o la trascendencia que el incremento del capital pendiente de amortizar, computado en euros, le supondrá en caso de que pretenda cambiar desde la divisa al euro.

También debe ser informado, en su caso, de que la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera otorga al banco la

facultad de exigir nuevas garantías, así como de las consecuencias de no prestar esas garantías suplementarias.

11.- Como afirmamos en las anteriores sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, 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 compararse la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros.

Esta falta de transparencia también agrava su situación jurídica, puesto que ignora el riesgo de infra-garantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

12.- Como conclusión de lo expuesto, las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos".

En definitiva y a modo de resumen, procederá la nulidad de las cláusulas multidivisa si se llega a la conclusión que el consumidor, atendidas las circunstancias concurrentes, no hubiera contratado o no hubiera aceptado este tipo de cláusulas de haber sido informado leal y completamente de la incidencia de las mismas en las obligaciones previstas en el contrato. Es preciso, por tanto, un requisito añadido al déficit de información, como es el de la trascendencia, esto es, que ese déficit de información y, en general, la actuación del Banco haya resultado relevante para la adecuada formación de la voluntad del consumidor.

**TERCERO.-** Aplicación de la doctrina expuesta al presente caso.

Para poder contrastar si las cláusulas son transparentes o, en su caso, abusivas, procede analizar el tipo de información precontractual ofrecida al prestatario-actor y valorar si fue adecuadamente advertido de los riesgos inherentes al producto con carácter previo a la firma del referido contrato. La Sala entiende preciso partir de la

valoración probatoria que la juez a quo hace de la prueba practicada en el acto del juicio.

(i) Debemos partir de que las cláusulas financieras cuestionadas han de ser consideradas como condiciones generales de la contratación, no negociadas, a diferencia de lo que se indica en el recurso. El hecho de que se hubiera seleccionado por el actor-consumidor la cuantía del préstamo o los plazos de devolución, o la divisa (yenes) o la carencia del préstamo, no es óbice para considerar que nos encontramos ante una condición general pues, lo verdaderamente importante es su carácter predispuerto por el banco, lo cual ni siquiera es negado por éste. Una cosa es que las cláusulas se ajusten a las necesidades de financiación requeridas para la adquisición de la vivienda hipotecada y las posibilidades de pago del préstamo (capital y plazos de devolución, o divisa), y otra distinta que ello suponga una negociación sobre las cláusulas en las que se incluyen tales elementos, o que la actora interviniese directamente en la redacción de estas.

En todo caso, la carga de la prueba de que ha existido tal negociación particular le corresponde al predisponente, sin que a tales efectos sea suficiente la mención recogida en la escritura pública de que la voluntad de las partes ha sido debidamente informada y prestado el consentimiento libremente, y de que ha sido informada sobre las condiciones generales o que han sido negociadas individualmente concurriendo una apariencia externa de encontrarnos ante cláusulas estandarizadas con el objeto de incluirse en múltiples contratos con clientes, algo, por otra parte, lógico en atención al sector en que opera la demandada. Lo anterior no puede verse enervado por el hecho de que las mismas sean aceptadas voluntariamente por el adherente o se suscribiera a petición del actor.

En consecuencia, del conjunto probatorio obrante en autos, en concreto de la prueba documental, la redacción y términos de las cláusulas atinentes a la opción denominada multidivisa incorporadas al contrato de préstamo, constituye una propuesta e iniciativa de la entidad demandada y fue un clausulado redactado y predispuerto por ésta, sin que se haya probado que, con respecto a las mismas, hubiera existido una negociación personal e individualizada con el demandante. Estamos, por tanto, ante condiciones generales de la contratación que -aunque esenciales en la definición del objeto del contrato- no quedan excluidas del doble control de incorporación y transparencia o comprensibilidad real, (doctrina contenida en SSTs de 9 de mayo de 2013; 8 septiembre de 2014 y 23 de diciembre de 2015).

En consecuencia, el motivo del recurso debe ser desestimado.

(ii). Pasando al examen de la transparencia atendiendo al exhaustivo conjunto de criterios o parámetros recogidos por la jurisprudencia, en el presente supuesto disponemos de la prueba documental y del interrogatorio de la parte actora, como se recoge muy acertadamente en la sentencia recurrida, cuya valoración debe darse por reproducida.

1) En relación con el control de incorporación, si bien es cierto que se trata de un contrato de préstamo en el que se fijó el capital en euros, pero referenciado a otra divisa, yen, moneda en la que debía devolverse, si acudimos a los términos de las cláusulas referidas a la multividiva, podemos concluir que no se deben considerar debidamente incorporadas al contrato según las exigencias de la normativa de consumo y a diferencia de lo que se reitera en el recurso. En concreto, el tenor de las cláusulas presenta una especial complejidad que dificulta, por sí mismo, la comprensión. Asimismo, la redacción no es concreta, no es sencilla, ni accesible ni con posibilidad de comprensión directa de su contenido y sus efectos, por mucho que diga el recurso. No permite conocer sus efectos futuros, y sus efectos para caso de cancelación son imprevisibles y no pueden ser conocidos por el consumidor, más cuando es una operación de alto riesgo.

2) En cuanto al control de transparencia real.

a) El caso que nos ocupa, lo cierto es que nos hallamos, atendiendo a las respuestas dadas en el interrogatorio por el actor, ante un consumidor que carece de conocimientos expertos financieros y que no tiene estudios directamente relacionados con las finanzas; sin que el hecho de que pudiera saber que las divisas sufren fluctuaciones y que ello influye en su cambio, no significa que tenga conocimientos expertos sino los propios de un conocimiento medio, sin que, por otra parte, conste que tuviera experiencia en los mercados financieros y de divisas. Tampoco consta que el otro prestatario, tenga dichos conocimientos financieros. Es evidente que la demandada no se preocupó por ajustar el producto al perfil de los prestatarios, obviando que sus clientes no gozaban de los conocimientos necesarios como para asumir los riesgos de tipo de préstamo hipotecario que exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros.

No obstante, parece oportuno resaltar la relativa importancia que el perfil de los actores puede tener a los efectos que ahora nos interesan, pues no es dudoso que nos hallamos ante unos consumidores medios, y que la perspectiva sobre la que deberá valorarse la acción de nulidad es la suficiencia y corrección de la información precontractual suministrada (control transparencia), y no solo del posible error en el consentimiento.

b) Sentado lo anterior, procede analizar el tipo de información precontractual ofrecida y valorar si el actor fue adecuadamente advertido de los riesgos inherentes al producto con carácter previo a la firma del referido contrato, como afirma la parte recurrente a diferencia de la conclusión a la que llega la sentencia.

-- De la declaración de los actores, deben aceptarse las conclusiones que la Juez a quo obtiene en cuanto a la iniciativa en la suscripción del préstamo. Es cierto que reconoce que fue él el que se dirigió a la entidad demandada, pues conocía por un amigo de la existencia del préstamo multidivisa. Debemos convenir en que la información que le pudiera haber dado el amigo que le refirió la existencia del préstamo multidivisa podía exonerar a la entidad financiera demandada de la obligación de informar directamente, pues ello no le permitía deducir que el prestatario conocía el producto y sus riesgos, a diferencia de lo que se alega en el recurso. La información que se da por otras personas, un amigo, familiar, o en otra entidad bancaria, no puede liberar o eximir a la entidad bancaria sobre su obligación. La propia naturaleza y obligación protectora de consumidores requiere y exige tener un control sobre la información que se da a los consumidores. Tal control solo puede venir de exigir a la entidad bancaria que dé una cumplida y completa información. Si ha recibido esa información por otra vía no debe ser obstáculo para que el banco dé la información, no existiendo perjuicio en recibir dos veces la información. Desconocemos lo acertado o desacertado de la información que se dio por terceros, desconocemos si esa información fue completa o parcial y las fuentes de esa información. Por eso, la información debía ser dada de forma cumplida y plena por la entidad bancaria, y no podemos presumir que el mismo tenía una información completa por otros medios.

--En cuanto a la información precontractual verbal otorgada al actor, la parte actora afirma que no fue informada adecuadamente acerca de los riesgos asumidos; que el personal de la oficina le informó de la cuota a abonar en euros, que no se le hizo saber que el capital prestado podría incrementarse como consecuencia de una evolución adversa del tipo de cambios; que la cuota la pagaba desde la cuenta que tenía en euros, siendo el banco quien hacía periódicamente el cargo correspondiente. Niega que se le informase sobre el impacto en relación con el capital pendiente, ni tampoco de que pudiera ser superior el cambio al préstamo contratado.

-- No consta tampoco que le entregasen folletos informativos del producto pues la solicitud del préstamo aportada por la entidad demandada, como acertadamente señala la sentencia, no hace prueba de

la información que se le pudiera dar pues no contiene ningún dato individualizado, estando en blanco, sin que se haga referencia a divisas, ni las condiciones ni que se le informase sobre ello y no está firmada.

-- Respecto a la oferta vinculante, se ha aportado por la parte demandada pero igualmente está en blanco y sin firma del prestatario. Y si bien en la escritura pública se hace referencia a que se fijan las cláusulas financieras conforme a lo que tienen convenido las partes, no consta, en su caso, su contenido.

-- Tampoco consta, pues no se ha aportado, que se le entregase una simulación que incluyese una información completa sobre los distintos escenarios que podían producirse (principalmente aquellos más desfavorables en función de la evolución del tipo de interés y la evolución de la divisa extranjera seleccionada -"moneda nominal"- en relación con el euro -"moneda funcional"-), lo que sin duda hubiera contribuido a comprender los graves riesgos que implicaba la operación, tanto por la evolución del tipo de interés, como por la fluctuación de la divisa extranjera elegida. La Sala considera que esta obligación era exigible pues eran unos consumidores que se presume carecían de conocimientos financieros sobre la fluctuación de las divisas y las consecuencias que ello tenía en el valor real de las contraprestaciones, sin que se haya demostrado que dicho conocimiento lo tenían por conocer él que la divisa fluctúa.

-- Por otra parte, el hecho de que conste en la escritura pública que el prestatario ha sido informado de las condiciones generales del contrato y que el consentimiento ha sido libremente prestado, y si bien se dice que la parte prestataria "reconoce que este préstamo esta formalizado en divisas por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato "(pg 8), no debe olvidarse que está redactada por la propia entidad en el que, ello constituye sino una mera manifestación genérica de conocimiento -que no de voluntad- totalmente inoperante para demostrar que se produjo una información en las condiciones precisadas para el entendimiento de la opción multidivisa, su funcionamiento y los riesgos que la misma entrañaba.

En consecuencia, si bien no se pone en duda que el personal de la entidad bancaria le diera información sobre la fluctuación de la divisa, no consta que le informase de una manera comprensible de que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, esto es, que pese a que fuera pagando durante varios años las cuotas de amortización mensuales, al devaluarse considerablemente el euro frente a la divisa extranjera, podía terminar adeudando al prestamista un capital en euros

significativamente mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo, pues ello es negado y no hay ninguna documentación que así lo acredite ni de la que se pueda deducir, sin que tampoco se pueda presumir, como pretende la parte recurrente. El prestatario podía conocer, como consumidor medio, que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera, pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. Esa información era necesaria para que el prestatario pudiera haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudiera haber comprendido los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda en la que recibía sus ingresos.

Tampoco consta que se le informase sobre otros riesgos que llevaba asociado el recalcule del capital, como la facultad que se otorgaba al banco prestamista de resolver anticipadamente el préstamo y exigir el pago del capital pendiente de amortizar si, como consecuencia de la fluctuación de la divisa, el valor de tasación de la finca llegaba a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento y la parte deudora no aumentaba la garantía en el plazo de dos meses o si el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización se elevaba por encima de ciertos límites, salvo que el prestatario reembolsase la diferencia o, para cubrir la misma, ampliaran la hipoteca.

Así, a pesar de las alegaciones que expone la recurrente, no resulta probado que se suministrase la información precontractual necesaria para que el prestatario conociera adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, puesto que no resulta acreditado qué tipo de información precontractual se facilitó al cliente verbalmente, ni tampoco se conoce que información se pudo dar por escrito.

c) Algo parecido hemos de decir con respecto al contenido de la propia escritura de préstamo pues si bien consta que estuvo a su disposición durante tres días antes (pags 65), contiene un clausulado, especialmente el atinente a los intereses y multidivisas, con conceptos técnicos y remisiones difíciles de entender por quién no es experto financiero. De la lectura de la cláusula primera de la escritura donde se recoge la regulación del préstamo en divisa extranjera, esta Sala concluye, como hace la

sentencia recurrida, que no es clara en sus términos, como tampoco parece que expongan de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula. Así, por ejemplo, el exponente III (pags 8 y 9) dice: "La sustitución de la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto, la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a Bankinter SA de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la responsabilidad de que el contravalor en euros pueda ser superior al límite pactado.", es de difícil comprensión, sin precisar siquiera en qué consistían esos riesgos.

d) Por otra parte, no se constata que el Notario o quien compareció en nombre de la entidad recurrente, en el momento de la firma de la escritura, le hubiera explicado y advertido de forma clara, transparente y comprensible, del funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre este mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas al préstamo, déficit informativo que tampoco puede considerarse subsanado por genéricos reconocimientos de información y conocimiento de cláusulas predispuestas por el Banco, ni por la mera y rutinaria lectura de la escritura por el Notario autorizante, pues, como antes se dijo, no se trata simplemente de que el prestatario conociera que contrataba una hipoteca en divisas, sino de que se le hubiera informado sobre la mecánica de la operación del préstamo que estaba contratando y los concretos riesgos que entrañaba la opción multidivisa, que no era solo de interés -subidas y bajadas- sino también monetario -tipo de cambio- de modo que podría ocurrir que después de estar varios años abonando las cuotas -por principal e intereses- podrían seguir debiendo la misma cantidad prestada o incluso una mayor.

e) Por otra parte, la remisión de las liquidaciones periódicamente a la parte prestataria, en las que constaba el contravalor de la cuota satisfecha y que fueran revisadas por el actor no es suficiente, por la escasez de datos, para entender cumplido el deber de información, pero en todo caso, es ya una información post contractual que no purga las omisiones cometidas en la fase precontractual. Lo mismo debe decirse de la información obtenida por los actores en la página web del Banco después, o a través de la prensa.

Debemos pues concluir que el examen de las pruebas realizadas avala la conclusión alcanzada por la sentencia apelada, debiendo ser confirmada, pues

resulta que la opción y condicionado "multidivisa" incorporada al contrato de préstamo, si bien se pactó a iniciativa del prestatario, fue un clausulado predispuesto por la entidad bancaria y no negociado individualmente con él, en el que se aprecia una falta de transparencia formal y real. Ello lleva a la desestimación del motivo alegado.

**CUARTO.-** Sobre el control de abusividad: desequilibrio contractual.

La parte recurrente alega que, en todo caso, la cláusula no sería abusiva pues no hay falta de buena fe del banco ni desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes pues la oscilación de la divisa elegida no provocó una ganancia en la demandada con perjuicio del actor, siendo el riesgo del tipo de cambio algo inherente al contrato suscrito.

(i). Para que pueda prosperar la acción de nulidad y conseguir el efecto práctico pretendido por el consumidor, esto es, la sustitución de un préstamo concedido en moneda extranjera por otro concedido en euros, no basta con constatar si ha existido o no una infracción del deber de información, sino que es preciso que las cláusulas puedan considerarse abusivas, esto es, que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017, admite como excepción el control de abusividad si la cláusula no es transparente.

La Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, como recoge la sentencia recurrida, al dar respuesta a la primera cuestión prejudicial, referida el momento en que debe examinarse el desequilibrio que una cláusula abusiva causa en los derechos y obligaciones de las partes, tras indicar que debe examinarse en atención a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, expone "58. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la

experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición".

(ii). En el presente supuesto, 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 en los términos expuestos en el apartado anterior, 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 realmente el préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos.

Por ello, podemos concluir, como hace la sentencia recurrida, que la cláusula cuestionada no supera el control de transparencia ni la normativa de consumidores sobre cláusulas abusivas, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Ello lleva, como señala la sentencia recurrida, a la nulidad de las cláusulas y pacto de divisa, lo que produce como efectos, lo que no es cuestionado en el recurso, a que se dejen sin efecto y se tengan por no puestos, manteniéndose el resto del contrato de préstamo con sus garantías, considerando el mismo como una operación en euros con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia Euribor más el diferencial pactado, con arreglo al cual se determinara el capital pendiente de amortizar.

Es de destacar, finalmente que el Tribunal Supremo en numerosas sentencias recientes, - entre ellas, SSTS del 06 de febrero de 2024 ( ROJ: STS 469/2024), la n° 478/2024 de 08 de abril de 2024 ( ROJ: STS 1822/2024), la núm. 401/24 de 19 de marzo de 2024 ( ROJ: STS 1493/2024) o la 516/2024 de 17 de abril de 2024 ( ROJ: STS 1938/2024) ha examinado préstamos multidivisas predispuestos precisamente por la misma entidad hoy apelante, BANKINTER. En todas estas sentencias, el Tribunal Supremo ha desestimado las alegaciones de esta entidad bancaria en las que venía a sostener ante el Alto tribunal sustancialmente lo mismo que ahora arguye ante esta Audiencia Provincial, es decir, que no existía falta de transparencia y que no existe abusividad.

**QUINTO.-** Carácter abusivo de la cláusula gastos. Prescripción de la acción para el reintegro de las cantidades satisfechas en virtud de dicha cláusula.

Finalmente, la apelante invoca la prescripción de la acción para reclamar las cantidades a restituir a la actora como consecuencia de la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula de gastos establecida en la cláusula financiera quinta de la escritura de préstamo.

La sentencia recurrida, en su FD Séptimo, señala que *"analizando la cláusula quinta y personal sexta del contrato suscrito por las partes, de la dicción de las cláusulas se deduce, sin dificultad alguna, que mediante las mismas se atribuye al prestatario la totalidad de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca y la de novación y ampliación llevan consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (gastos de tasación del inmueble) y los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y Constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (Notaría, Registro, Gestoría), sino también todo eventual gasto futuro, los llamados gastos procesales, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los generados por esa misma"*.

La parte recurrente señala que la acción de restitución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula de gastos estaría prescrita por el transcurso del plazo de 5 años desde que se produjo su abono, en aplicación del art. 1964 del CC.

(i).La doctrina considera que la acción de declaración de nulidad no está sujeta a plazo de prescripción ni caducidad por venir referida a una nulidad absoluta, pero existe polémica sobre la prescripción de la acción de reclamación de cantidad. Concorre división entre quienes consideran la misma también imprescriptible, por estar anudada a la anterior; o bien, que estamos ante una acción independiente susceptible de prescripción, pero no de caducidad. Y, aún entre estos últimos, no existe unanimidad sobre el inicio del cómputo del plazo, desde el momento del pago o quienes consideran que tal plazo no puede empezar a correr sino desde la declaración de nulidad, invocando en este sentido la STJUE de 21 de diciembre de 2.016.

Pero ya se ha pronunciado el TJUE, en la STJUE de 25 de abril de 2024 C-561/21, que dio respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por el TS, en la STJUE de 25 de enero de 2024, asuntos acumulados C-810/21, C-811/21, C-812/21 y C-813/21, y la STJUE de 25 de abril de 2024, C484/21.



Recogiendo la doctrina mantenida por dichas sentencias, el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de junio de 2024 señala "La jurisprudencia del TJUE sobre esta materia y muy especialmente la STJUE de 25 de abril de 2024 (C-561/21 ) que da respuesta a nuestra petición de decisión prejudicial, ha establecido, resumidamente, que: (i) La Directiva 93/13 no se opone a que la prescripción de la acción de reclamación de gastos hipotecarios comience el día en que adquirió firmeza la sentencia que declaró el carácter abusivo de la cláusula de gastos, por ser el momento en que el consumidor tiene un conocimiento cierto de la irregularidad de la cláusula; y sin que esto atente al principio de seguridad jurídica, pues es el propio profesional el que, prevaliéndose de su posición de superioridad, ha generado una situación que la Directiva 93/13 prohíbe y pretende evitar. (ii) (iii) Ello, sin perjuicio de que el profesional tenga la facultad de probar, en cada caso, que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento de la abusividad de la cláusula antes de dictarse una sentencia que declare su nulidad, aportando al efecto pruebas concretas sobre sus relaciones con ese consumidor, de conformidad con el régimen nacional de la prueba que resulte de aplicación. De hecho, en la formulación realizada por el TJUE, esta facultad del profesional se erige como el único límite a que las acciones restitutorias sean imprescriptibles. (iv) (v) No cabe computar el plazo desde la fecha en la que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias en las que declaró abusivas ese tipo de cláusulas, o desde la fecha de determinadas sentencias del TJUE que confirmaron que, en principio, los plazos de prescripción para las acciones de restitución son conformes con el Derecho de la Unión, siempre que respeten los principios de equivalencia y de efectividad. Porque la declaración de abusividad de un tipo de cláusula no entraña la de todas las cláusulas de esa clase, sino que el examen de la abusividad debe realizarse, caso por caso, considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración, por lo que no cabe presumir que una determinada cláusula contractual es abusiva, pues tal calificación puede depender de las circunstancias específicas de la celebración de cada contrato y, especialmente, de la información concreta que cada profesional haya proporcionado a cada consumidor. (vi) Además, como añaden las SSTJUE de 25 de abril de 2024 (párrafo 41, en dictada en el asunto C 484/21 , y 48, en la dictada en el asunto C 561/21 ), a falta de obligación del profesional de informar al consumidor sobre esta cuestión, no cabe presumir que el consumidor pueda razonablemente tener conocimiento de que una cláusula contenida en su contrato tiene un alcance equivalente

al de una cláusula tipo que el tribunal supremo nacional ha declarado abusiva.

...Por ello, únicamente procede dictar una sentencia que asuma lo resuelto por el TJUE (por todas, SSTJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09 ; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145; y de 1 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14 ); y cumplir la función que, como tribunal de casación, nos corresponde en orden a la armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica ( SSTJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C96/16 y C- 94/17 , y 14 de marzo de 2019, C-118/17 ).

4.- En consecuencia, salvo en aquellos casos en que la entidad prestamista pruebe que, en el marco de sus relaciones contractuales, ese concreto consumidor pudo conocer en una fecha anterior que esa estipulación (cláusula de gastos) era abusiva, el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios indebidamente pagados por un consumidor será el de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula que obligaba a tales pagos."

(ii). En el presente supuesto, habiéndose instado la nulidad de las cláusulas multivisa y de gastos del contrato de constitución del préstamo hipotecario, será a partir de la firmeza de dicha declaración cuando procede computar el inicio del plazo de cinco años, de conformidad con el art. 1964 del CC, vigente, para declarar la prescripción de la acción de restitución de las cantidades abonadas por aplicación de dicha cláusula, como también de la de gastos, pues el banco no ha acreditado que, en el marco de sus relaciones contractuales, el actor conoció en una fecha anterior que esa estipulación (cláusula de multidivisa), o la relativa a los gastos, eran abusivas.

Es por ello por lo que el motivo del recurso debe ser desestimado ya que ese plazo no ha empezado a transcurrir.

**SEXTO.-** Costas procesales. En cuanto a las costas procesales de segunda instancia, la desestimación del recurso de apelación supone la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta segunda instancia conforme a lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS**



Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Isabel Afonso Rodríguez, en nombre y representación de la entidad demandada BANKINTER SA, contra la sentencia de 31 de enero de 2023 dictada en el procedimiento de Juicio Ordinario número 157/2020, por el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Guadalajara, y CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución, con imposición de las costas originadas por esta alzada a la parte apelante.

La desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido por la parte apelante, en aplicación de lo establecido en la D.A. 15<sup>a</sup> de la LOPJ.

Contra esta sentencia, se puede interponer recurso de casación por infracción de normas procesales o sustantivas, siempre que concurra interés casacional; o recurso de casación para la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo, aun cuando no concurra interés casacional, cumpliéndose, en ambos supuestos, con los requisitos exigidos por los artículos 469, 477, 479 y 481 de la Lec. Debiéndose interponer, mediante escrito, firmado por letrado y procurador, y a presentar ante esta misma Sala. Formalizándose dicho recurso en el término de veinte días a contar desde la notificación de esta resolución. Y debiendo, igualmente, procederse al ingreso de la cantidad de 50 euros, en concepto de depósito en el número de cuenta 1807-0000-12-0159-23 del Banco Santander.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la 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.