



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

Modelo: N10250
PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10
-Teléfono: 949-20.99.00 Fax: 949-23.52.24
Correo electrónico:
Equipo/usuario: PR
N.I.G. 19130 42 1 2018 0007647
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000340 /2022
Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA de GUADALAJARA
Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001394 /2018
Recurrente: BANKINTER,S.A.
Procurador: [REDACTED]
Abogado:
Recurrido: [REDACTED]
Procurador: [REDACTED]
Abogado: MIGUEL PARDO DE VERA MORENO, MIGUEL PARDO DE VERA MORENO

ILMA. SRA. PRESIDENTE:

D^a. [REDACTED]

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

D^a [REDACTED]

D^a [REDACTED]

D^a [REDACTED]

D^a [REDACTED]

S E N T E N C I A N° 445/23

En Guadalajara, a catorce de diciembre de dos mil veintitrés.

VISTO en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de GUADALAJARA, los Autos de Procedimiento Ordinario núm 1394/18, procedentes del JUZGADO DE 1^a INSTANCIA N° 4 de GUADALAJARA, a los que ha correspondido el Rollo n° 340/22, en los que aparece como parte apelante BANKINTER,S.A., representado por el/la Procurador/a de los tribunales D/D^a [REDACTED], y asistido por el/la Letrado/a D/D^a [REDACTED], y como partes apeladas [REDACTED] representados por el/la Procurador/a de los tribunales D/D^a [REDACTED], y asistidos por el/la Letrado/a D/D^a MIGUEL PARDO DE VERA MORENO,

sobre nula condición general de la contratación y reclamación de cantidad, y siendo Magistrado/a Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D^a [REDACTED].

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- En fecha 11 de mayo de 2022 se dictó sentencia, cuya **parte dispositiva** es del tenor literal siguiente: "FALLO: 1.- ESTIMAR íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de [REDACTED] contra la entidad BANKINTER S.A. 2.- 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 13 de diciembre de 2007. 3.- 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 (0,40%), recalculando así el préstamo, con determinación del saldo vivo, comprensivo del importe pendiente, resultante de deducir al principal prestado en euros (120.000€) las cantidades pagadas hasta la fecha por los actores en concepto de principal e intereses, también en euros. 4.- 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 francos suizos y aplicando LIBOR mensual más 0,40%) 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 0,40 punto, 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. 5.- CONDENAR a la entidad demandada a estar y pasar por las declaraciones anteriores y soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento. 6.- DECLARAR la nulidad por abusiva de la cláusula sexta del préstamo hipotecario de 13 de diciembre de 2007 CONDENANDO a la parte demandada a la supresión de la cláusula y a continuar devengando del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro

de la suma prestada. 7.- CONDENAR en costas a la parte demandada. Una vez firme la presente resolución remítase 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.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, estimando íntegramente la demanda interpuesta por la parte prestataria contra la entidad BANKINTER SA, declara 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 13 de diciembre de 2007, y condena a la entidad demandada a eliminar tales cláusulas en lo que se refiere a la modalidad multimonedada o multividiva, 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, 0'40 %, debiendo la entidad demandada recalcular así el préstamo, con determinación del saldo vivo, comprensivo del importe pendiente, resultante de detraer al principal prestado en euros (120.000€) las cantidades pagadas hasta la fecha por la actora en concepto de principal e intereses, también en euros, condenando a la entidad a restituir las cantidades abonadas en exceso con los intereses legales devengados desde cada uno de los pagos y los gastos y comisiones correspondientes. Declaraba asimismo la nulidad de la cláusula de intereses moratorios.

Contra la indicada resolución se alza la parte demandada, impugnando íntegramente el fallo de la sentencia, alegando como motivos de apelación que el clausulado multividiva supera el test de transparencia y no puede ser objeto del test de abusividad, que en todo caso supera el test de abusividad, alegando asimismo la prescripción de las acciones de nulidad de condiciones generales de la contratación y restitución; aludiendo asimismo al retraso desleal en el ejercicio de la acción

e interesando la imposición de costas a la parte demandante.

La parte actora se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Por razones de sistemática, debe analizarse en primer lugar la alegación sobre la prescripción de las acciones.

El motivo, como pasamos a desarrollar, no puede tener acogida. En efecto, la acción que se ejercita por la parte actora lo es con fundamento en la legislación protectora de consumidores y usuarios, y, por tanto, siendo la nulidad radical la que se acuerda, la misma no está sometida a plazo de prescripción.

Sostiene la parte recurrente, no obstante, la prescripción -en todo caso- de la acción restitutoria de los efectos de la nulidad, aun en el caso de considerar la acción de nulidad de la cláusula abusiva como imprescriptible, acción restitutoria sujeta al plazo del artículo 1964 del Código Civil. En cuanto al dies a quo, entiende que debe computarse desde que la acción pudo ejercitarse, lo que sitúa como tarde, en el año 2010, a la vista de la información facilitada a los prestatarios. Como señaló esta Sala en sentencia de fecha diecisiete de marzo de 2021, *"Es uniforme en la jurisprudencia, a diferencia de lo mantenido en el recurso, la doctrina que considera que la acción de declaración de nulidad no está sujeta a plazo de prescripción ni caducidad por venir referida a una nulidad absoluta. En este sentido recuerda la STS de 9 de junio de 2020 " que aunque ciertamente la literalidad del artículo 1301 CC podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca a los cuatro años, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 CC se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la sentencia de 4 de noviembre de 1996 , que "la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción" (en el mismo sentido la sentencia de 14 de marzo de 2000 , entre muchas otras)". Se concluye así en la desestimación de la excepción.*

Y con respecto a la acción de reclamación o restitución, advierte la Sala en la indicada resolución que concurre división entre quienes consideran que la misma también es 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, tesis esta última que compartimos.

En esta tesitura y en tanto no exista un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión planteada conviene mantener, por razones de seguridad jurídica, la doctrina defendida en el ámbito de esta Audiencia, entre otras, en la Sentencia de 3 de diciembre de 2019, donde dijimos " Finalmente sobre la invocada prescripción de la acción de reclamación de las cantidades abonadas, hay que partir de la relación entre la acción de nulidad que es imprescriptible y la de reclamación de cantidades derivadas de aquella, añadiendo que sin declaración previa de nulidad de la cláusula de gastos no podría en modo alguno prosperar cualquier acción tendente a recuperar lo indebidamente satisfecho, ejercitada de modo autónomo y previo a la propia acción de nulidad de la cláusula, pues no existiría enriquecimiento injusto ni cobro de lo indebido ni incumplimiento contractual por parte de la entidad bancaria. La nulidad de la cláusula de gastos tiene como consecuencia el restablecimiento a la situación anterior, que no se agota con la mera declaración de nulidad de la cláusula, sino que conlleva la restitución de las cantidades indebidamente satisfechas como consecuencia de la nulidad, erigiéndose dicha declaración en presupuesto que habilita la exigibilidad efectiva de la devolución de las cantidades, siendo a partir de esta fecha cuando se iniciaría el plazo de prescripción para reclamar el resarcimiento de las consecuencias indemnizatoria derivadas de la nulidad."

Así pues, es a partir de la fecha en la que se declara la nulidad de la cláusula, lo que se efectúa con la sentencia recurrida, cuando se iniciaría el plazo de prescripción establecido en el art. 1964 del CC para reclamar el resarcimiento de las consecuencias indemnizatorias derivadas de la nulidad del clausulado multidivisa".

En atención a la doctrina expuesta el motivo de recurso no puede ser estimado.

TERCERO.- Se cuestiona por la parte recurrente la conclusión alcanzada en la sentencia de primera instancia sobre la falta de transparencia de la cláusula, alegando que las cláusulas son claras y transparentes, y que, en cualquier caso, no existe desequilibrio.

Las condiciones generales quedan sometidas a un control de transparencia, a saber, un primer control de transparencia formal o control de inclusión o de incorporación que se deduce de los arts. 5 y 7 LCGC, y

que alude a las exigencias de perceptibilidad, comprensibilidad y concreción de las cláusulas predispuestas. El Tribunal Supremo establece en su sentencia 564/2020, de 27 de octubre que "para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato". Y un segundo control, el de transparencia material o sustantivo -o control de transparencia cualificado, como también lo denomina nuestro Tribunal Supremo- ha sido elaborado por la jurisprudencia con el auxilio de la doctrina científica y trata de garantizar que a la hora de contratar el adherente consumidor, tenga un efectivo conocimiento del objeto principal o parte económica del contrato, porque sólo así cabe hablar de un consentimiento auténticamente libre, formado y emitido con plena libertad de saber. Constituye un plus respecto del control de incorporación y respecto de él. La mencionada STS de 27 de octubre de 2020 establece que "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".

Argumenta la recurrente que la escritura supera el test de transparencia en cuanto manifiesta expresa y claramente lo siguiente: i) Que la totalidad del préstamo se formaliza en francos suizos. (ii) Que la modalidad del préstamo es multidivisa. (iii) Que existe un riesgo de tipo de cambio y de tipo de interés. (iv) Que se produce un ajuste de las cuotas y del capital dependiendo de la fluctuación de la divisa. (v) Que existe la posibilidad de cambiar el préstamo a otra moneda, incluido a euros. (vi) Que el préstamo se amortiza en la divisa elegida. (vii) Que la determinación del tipo de interés se realiza mediante la adición de dos sumandos: el tipo de referencia constituido por el LIBOR y el diferencial. Señala asimismo que si se entendiera que no son transparentes, no comportan un desequilibrio en detrimento del consumidor y, por tanto, no son abusivas. Y aduce asimismo que el banco cumplió con todas sus obligaciones de información pre y postcontractual garantizando la transparencia del contrato.

En las alegaciones previas apuntaba a la experiencia previa en productos hipotecarios, a la iniciativa de contratación por la parte demandante, a la existencia de información precontractual, y a la entrega de un folleto

informativo de la comparación entre una hipoteca en franco y una hipoteca en euros, y el diferencial de cada una de estas monedas, que informó por escrito adecuadamente a la parte demandante de la naturaleza y funcionamiento del préstamo, y que ha tenido a su disposición toda la información relativa a la evolución del préstamo, cuotas y capital, y en suma, que cumplió con todas sus obligaciones de información tanto precontractuales como postcontractual.

CUARTO.- Planteado el recurso en los términos que anteceden debe recordarse en primer lugar la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la denominada "cláusula multidivisa" en las sentencias 323/2015, de 30 de junio, 608/2017, de 15 de noviembre y 3677/2018, de 31 de octubre, que puede resumirse en los siguientes apartados, como señala la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28 bis, en sentencia de 30 de octubre de 2020:

"1º) El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.

El Tribunal Supremo continúa la doctrina sentada en la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre STS, Sala de lo Civil, Sección 9ª, 15-11-2017 (rec. 2678/2015), que modificó la inicialmente establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, acomodándose a la jurisprudencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14 , que declaró que el artículo 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que "no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad".

2º) Las "cláusulas multidivisa" del contrato celebrado por las partes son condiciones generales de la contratación.

Las "cláusulas multidivisa" no son cláusulas negociadas, sino condiciones generales de contratación. El hecho de que el cliente tomara la iniciativa de contratar o que hubiera antes acudido a otros bancos para interesarse sobre las condiciones del préstamo hipotecario en divisas no elimina la caracterización de

estas cláusulas como condiciones generales de contratación.

Argumenta el TS que "En definitiva, como dijimos en nuestra anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 991ª, 15-11-2017 (rec. 2678/2015) , que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo (la que los prestatarios necesitaban refinanciar), el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento "divisa extranjera" que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento "divisa extranjera" en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recalcuro de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato".

3º) El control de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisa y al cambio de una divisa a otra.

El Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina sentada en la sentencias del TJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerné Rábai , de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriciuc , y de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17 , caso OTP Bank, dice que 8.- " Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte de los prestatarios, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores" y añade 9.-"De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo es necesario que las cláusulas estén

redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

4º) La necesidad de un plus de información.

Dice el Tribunal Supremo:

13.- " A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula".

5º) La advertencia de los riesgos.

Sienta el Tribunal Supremo la siguiente doctrina en esta materia:

14.- " Que la normativa MiFID no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos".

15.- En nuestras sentencias 323/2015, de 30 de junio , y 608/2017, de 15 de noviembre , hemos explicado por qué los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Dijimos 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 recalcule 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.

"Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos".

6º) La importancia que para el cumplimiento de la exigencia de la transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita.

Mantiene el Tribunal Supremo la siguiente doctrina:

16.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51, de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13 , párrafo 70, y

de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17 , caso OTP Bank.

También lo hizo la STJUE Andriciuc, cuyo apartado 48 declara:

"Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15 , C 307/15 y C 308/15 , EU:C:2016:980 , apartado 50).

17.- Los apartados 49 de la sentencia Andriciuc y 74 de la sentencia OTP Bank precisan cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas:

"En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1)".

El apartado 75 de la sentencia OTP Bank, en los mismos términos que lo hizo el apartado 50 de la sentencia Andriciuc, añade:

"Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, 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 en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de

cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C 186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 50)".

Conviene recordar asimismo que conforme a reiterada doctrina y como recoge sentencia de la SAP de Madrid citada, de la misma fecha, debe respetarse el uso que haga el juzgador de primer grado de su facultad de libre apreciación o valoración en conciencia de las pruebas practicadas, al menos en principio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia, como tiene declarando el Tribunal Constitucional (sentencia 17 de diciembre de 1985, 13 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990 y 3 de octubre de 1994), salvo que aparezca claramente que, en primer lugar, exista una inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba o, en segundo lugar, que el propio relato fáctico sea oscuro, impreciso o dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, porque prescindir de todo lo anterior es sencillamente pretender modificar el criterio del juzgador por el interesado de la parte recurrente.

QUINTO.- Sentadas las anteriores premisas, no se advierte error alguno en la valoración realizada en la instancia. La Sentencia de instancia establece que la iniciativa en la concertación de la hipoteca partió de la entidad y así lo ha declarado la prestataria, sin que se haya contado con ninguna otra declaración que permita entender acreditado lo contrario, pese a lo señalado inicialmente en la demanda. En cualquier caso, y como también establece la sentencia recurrida, lo relevante a efectos de determinar si se cumple con el requisito de transparencia reforzada, es la información precontractual que recibieron los actores, por cuanto aun teniendo la iniciativa en la contratación, ello por sí solo no permite inferir que en el momento de la contratación los prestatarios tuvieran la información necesaria para conocer y comprender los riesgos de la operación. Pues bien, revisada la prueba necesariamente ha de compartirse la valoración de la prueba realizada por la Juez a quo, que además tiene lugar bajo el principio de inmediación del que la Sala carece. No puede establecerse que con carácter previo recibieren información escrita de la naturaleza y funcionamiento del préstamo multidivisa, no consta entregado folleto informativo alguno y el documento relativo la solicitud de financiación no contiene explicación alguna sobre la naturaleza del préstamo concertado ni advertencia sobre los riesgos que comporta, en especial, en caso de apreciación de la moneda en que se contrata y respecto al capital vivo de la hipoteca. En cuanto a la conversación que se aporta, como también se indica por la Juez a quo, es posterior a la concertación del préstamo y, por tanto, no acredita la

información recibida con anterioridad, habiendo sido especialmente reveladora la declaración de [REDACTED] [REDACTED] que refiere haber estado en una única reunión en el que se les dijo que era un producto diferente en francos suizos sin referencia a otras divisas, y centrada la información en unos intereses más bajos. Como señala el TS en sentencia de ocho de junio de 2021 *"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"*. Debemos compartir por tanto el análisis que realiza la sentencia recurrida sobre la documentación que se acompaña a la demanda, y en su consecuencia concluir en contra de lo señalado en el recurso, que no se ha acreditado que la entidad demandada con carácter precontractual facilitase a los prestatarios una información adecuada y suficiente para comprender el riesgo que suponía la apreciación de la moneda (que podía afectar a la cuota sustancialmente, y por tanto a su capacidad de afrontar los pagos), sino que especialmente que dicho riesgo incidiría en el capital pendiente computado a euros, y en su consecuencia, que en el momento de la contratación conocieran la real carga económica y jurídica que asumían. No consta la entrega de documentación al respecto, ni oferta vinculante, ni folleto informativo, simulaciones, por lo que necesariamente ha de concluirse que no existió información precontractual. Tampoco se acredita la información verbal que pudo facilitarse a los actores al haberse renunciado finalmente al testimonio de la persona que comercializó el préstamo. Como resulta de la doctrina expuesta, aun cuando no se trata de un producto de inversión, tratándose de un préstamo más complejo que el convencional en euros, se debe exigir a la entidad demandada un plus de información tanto escrita como verbal que, de no cumplirse, determina la nulidad del clausulado por falta de transparencia. Tales consideraciones no se desvirtúan por el recurrente, por cuanto esta información no puede inferirse de la documentación posterior, del seguimiento del préstamo por el prestatario, ni de los términos de la conversación acontecida dos años después de la contratación, como se señala en la sentencia, conversación en la que además (según se recoge en la transcripción) se pregunta por el contravalor de la moneda, y en la que se dice que el contravalor es potencial y que si no hay operativa de cambio no es una deuda que deban realmente. Finalmente tampoco consta que los prestatarios tuvieran especiales conocimientos financieros o que antes hubieran operado en

divisas. Por otro lado y teniendo en cuenta la naturaleza de la acción principal ejercitada y las consecuencias que comporta, mal puede afirmarse que la recepción de información posterior (las comunicaciones que se dicen remitidas por la entidad) la información fiscal, o el cambio de divisas, pudiere suponer una convalidación o sanción del préstamo multidivisa. La STS de 14 de marzo de 2019 señaló: " 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.

Además, la consulta en la web de Bankinter de la evolución de la divisa, la apertura, meses después de la celebración del contrato, de una cuenta en yenes y el cambio de divisa pasados cuatro años desde la concertación del préstamo, no supone que en el momento de la celebración del contrato los demandantes tuvieran información sobre la naturaleza de los riesgos asociados al préstamo hipotecario en divisas y seguramente tiene mucho más que ver con el incremento de las cuotas por la depreciación del euro frente al yen".

Sentado lo anterior, no ofrece duda que el prestatario asume la obligación de devolución de cantidad en el tipo de moneda pactado, y por tanto se trata de una obligación relativa al objeto principal, pero lo cierto que por razón del riesgo que supone la contratación de un préstamo en una divisa distinta de aquella en la que se obtienen los ingresos, la operación tiene importante riesgo para el consumidor, de modo que se hace necesario el plus de información en los términos antes indicados. Y siendo esto así, y atendida la redacción de la escritura, no se comparte que la redacción de las cláusulas resulten claras y transparentes, y que permita al consumidor conocer sin dificultad los riesgos del préstamo que contrataba en los términos antes señalados. El contrato establece que se concede un préstamo de 120.000 euros, disponible por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España. Se señala asimismo que la parte prestataria conoce y acepta que 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 contrato, exonerando a BANKINTER SA, de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros pueda ser superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso, el banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula 7ª de las financieras.

Señala asimismo la escritura que el Banco se reserva el derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en euros, todas las disposiciones al cambio del día excedan en un 10% del límite actual del préstamo. La redacción expuesta no establece con claridad para el consumidor que existe un riesgo de tipo de interés y de tipo de cambio y que en razón al mismo no solo varían las cuotas, sino que se recalcula de modo constante el capital prestado por su contravalor a euros, pudiendo suponer un aumento del capital debido por encima de lo solicitado en euros, y la consolidación de este aumento por encima del capital en su día solicitado en caso de conversión a otra moneda. En su consecuencia, la redacción no es suficiente por sí sola para cumplir con la exigencia del control de transparencia, siendo necesario que el consumidor llegue a conocer el riesgo principal de este tipo de préstamos referenciados en divisas, no solo el riesgo de que la subida puede afectar considerablemente a la capacidad de pago, sino especialmente 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. No se advierte con especial claridad que el préstamo en divisas supone un constante recálculo del capital. Como ha señalado la doctrina europea tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

La sentencia del TS de fecha 22/2021, de 21 de enero, refrenda estos criterios para determinar la falta de transparencia la señalar que: " 1.- La exigencia del control de incorporación en toda clase de contratos y el de transparencia reforzada en el supuesto de la contratación con consumidores. En la contratación con consumidores no basta que la cláusula sea clara, comprensible y destacada, sino que es necesario que el consumidor tenga el conocimiento real de la carga económica y jurídica del contrato suscrito". La Sentencia de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriciuc) ha consagrado la aplicación de esta doctrina al supuesto de los préstamos concedidos en divisas, concluyendo en su pronunciamiento segundo que: " El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones

financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que 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. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto".

Y en cuanto al desequilibrio, como también ha señalado el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre de 2018 y en la sentencia de 28 de septiembre 2020, 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. Esta falta de transparencia también agrava su situación jurídica, puesto que ignora el riesgo de infragarantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo. La STS del Pleno, 24 de marzo de 2015, concluye que las condiciones generales de la contratación aun referidas al precio del contrato" pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el Juez sino del equilibrio subjetivo del precio y prestación, es decir, tal y como se le pudo representar al consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación". Y tal desequilibrio no queda eliminado por la posibilidad de optar por un cambio de divisa que consolidaría el aumento del capital sobre el inicialmente prestado en caso de apreciación de la moneda, y tampoco la cláusula que permite el cambio de divisas y el ejercicio de ese cambio, supone una superación de la falta de transparencia inicial. El cambio de divisa es una facultad que tiene el prestatario de referenciar el préstamo a una divisa distinta, y aun cuando el concepto de "cambio de divisa" pudiere ser entendible no implica entendimiento de la cláusula multidivisa ni de sus riesgos.

SEXTO.- Se aduce también en el escrito de recurso que los prestatarios habrían incurrido en retraso desleal en el ejercicio de la acción.

Como señala esta Sala en la sentencia de 17 de marzo de 2021, " la STS 769/2010, de 3 diciembre indica que se considera que son características de esta situación de retraso desleal, el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; o bien la omisión del ejercicio o la creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. Pero ello se ha realizado con remisión bien a la doctrina de los actos propios (SSTS por ejemplo, 16 febrero 2005 , 8 marzo y 12 abril 2006 , entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (entre otras, SSTS 17 junio 1988 , 21 diciembre 2000 y todas las allí citadas), pero ninguna de tales doctrinas resulta aplicable a un supuesto en el que se ejercita una acción de nulidad por abusividad de una cláusula en la contratación con consumidores, como es el caso.

En efecto, en esta materia es preciso respetar el principio de no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas, en concreto la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, concluye 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 revisar los gastos que abonó en la fecha de la contratación.

En este caso, no cabe estimar la existencia de actos propios derivados de una situación que fue originada por la condición general contenida en el contrato, ni tampoco conducta contraria a la buena fe o retraso desleal por el tiempo transcurrido desde el pago de los conceptos objeto de reclamación y la presentación de la demanda, ya que ni la nulidad radical prescribe ni hasta la STS de 30 de junio de 2015 existió una doctrina clara sobre esta cuestión. La reclamación es consecuencia de la posibilidad que ha abierto en tal sentido la nueva doctrina jurisprudencial, razón por la que procede rechazar la pretensión del recurso de apelación".

El motivo por tanto, tampoco puede ser estimado, y en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios nada se dice por la parte recurrente para desvirtuar las consideraciones de la sentencia que la Sala necesariamente ha de compartir en tanto acordes con la jurisprudencia, procediendo en consecuencia la íntegra desestimación del recurso de apelación formulado,

y la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus extremos.

SÉPTIMO.- Las costas causadas en esta segunda instancia han de imponerse a la parte apelante 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 [REDACTED], en nombre y representación de la entidad demandada BANKINTER SA, contra la sentencia de 11.5.2022 dictada en el procedimiento de Juicio Ordinario número 1394/2018, ante 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, y con pérdida del depósito constituido, en su caso, en primera instancia para la interposición del recurso.

Contra esta sentencia, se puede interponer recurso de casación por infracción de normas procesales o sustantivas, siempre que concorra interés casacional; o recurso de casación para la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo, aun cuando no concorra 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 **1807-0000-12-0340-22 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.