



**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
SALAMANCA**

SENTENCIA: 00186/2021

Modelo: N10250
GRAN VIA, 37-39

Teléfono: 923.12.67.20 **Fax:** 923.26.07.34
Correo electrónico:

N.I.G. 37274 42 1 2017 0009522

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000671 /2019

Juzgado de procedencia: JDO.PRIMERA INSTANCIA N.9-BIS de SALAMANCA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000954 /2017

Recurrente: BANKINTER S.A.

Procurador: JOSE MIGUEL RAMOS POLO

Abogado: JUAN AGUADO DOMINGO

Recurrido: [REDACTED]

Procurador: LAURA NIETO ESTELLA, LAURA NIETO ESTELLA

Abogado: AITOR MARTÍN FERREIRA, AITOR MARTÍN FERREIRA

S E N T E N C I A N° 186/2021

ILMO. SR. PRESIDENTE:

DON JOSÉ ANTONIO VEGA BRAVO

DON ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DON JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ

DON JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ

En la ciudad de
Salamanca a veintidós de
marzo de dos mil
veintiuno.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el procedimiento Ordinario N° 954/2017 del Juzgado de Primera Instancia N° 9 Bis de Salamanca, **Rollo de Sala N° 671/2019**; han sido partes en este recurso: como demandantes-apelados [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED] representados por la Procuradora Doña Laura Nieto Estella y bajo la dirección del **Letrado Don Aitor Martín Ferreira** y como demandado-apelante **BANKINTER, S.A.**

representado por el Procurador Don José Miguel Ramos Polo y bajo la dirección del Letrado Don Juan Aguado Domingo.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 10 de junio de 2019 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 9 Bis de Salamanca se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: "FALLO: Estimo íntegramente la demanda y declaro la nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por las partes en todos los contenidos relativos a la opción multividiva, declarando que la cantidad adeudada por el demandante es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado de 125000 euros las cantidades amortizadas hasta la fecha de efectivo cumplimiento de sentencia en concepto de principal e intereses, también convertidas en euros, así como las cantidades abonadas en concepto de comisiones de cambio de divisas, y que el contrato debe de subsistir sin los contenidos declarados nulos, de manera que el préstamo quede referenciado a euros y el tipo de interés al Euribor conforme a las condiciones establecidas en la escritura (cláusula 3ª apartado B), condenando a la demandada a realizar el recálculo.

Condeno a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella derivasen.

Todo ello, con expresa condena en costas de la parte demandada."

2º.- Contra referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada, quien después de hacer las alegaciones que

estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando se dicte sentencia por la que estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por esta parte, revoque la sentencia de primera instancia en todos su contenido, dictando sentencia por la que se absuelva al demandado de las peticiones realizadas de contrario con expresa condena en costas.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado de adverso y después de hacer las alegaciones pertinentes suplica se confirme íntegramente la sentencia, condenando en costas al apelante con especial declaración de su temeridad y mala fe, tanto en primera instancia, como de esta alzada.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la **deliberación, votación y fallo** del presente recurso de apelación el día **doce de marzo de dos mil veinte** pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ.**

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La entidad demandada, Bankinter, SA, fundamentó, en síntesis, su recurso de apelación en los siguientes motivos:

En el error en la valoración de las pruebas e infracción del art. 216, 218.3 326, 376 LEC, ya que en el clausulado de

la hipoteca multidivisa de la escritura de Bankinter concurre el requisito de transparencia, así como el debido equilibrio contractual, no pudiendo considerarse las cláusulas como abusivas.

Como segundo motivo, se alega que la parte demandante ha incurrido en retraso desleal en el ejercicio de la acción, con vulneración de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las Sentencias 127/2017 de 24 de febrero y de 29 de marzo de 2016.

Por último, se alega la no procedencia de la condena en costas.

La parte actora se ha opuesto a dicho recurso.

SEGUNDO.- Por razones de orden lógico-jurídico-procesal en la exposición comenzaremos por el examen de la excepción de retraso desleal.

Ha de partirse de que la extemporánea alegación de la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de los derechos, carece de fundamento legal y jurisprudencial en un caso como el presente, por lo que ha de ser desestimada. En efecto, la doctrina del retraso desleal en el ejercicio de los derechos puede ser conceptualizada como aquella institución según la cual un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actividad omisiva (inactividad) a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará.

Los elementos o requisitos exigidos de forma ineludible y restrictiva para que prospere la doctrina del retraso desleal del derecho son:

- 1º.- La omisión del ejercicio del derecho.
- 2º.- El transcurso de un periodo de tiempo.

3º.- La objetiva deslealtad e intolerabilidad del posterior ejercicio retrasado.

En este sentido, la STS del 24 de abril de 2019, Sentencia: 243/2019, declaró que: "En definitiva lo que hace la Audiencia Provincial es asumir que el retraso por sí mismo es determinante de la confianza de la entidad demandada en que la acción ya no se iba a ejercitar a pesar de que no había transcurrido el plazo de prescripción. Este razonamiento no es conforme con la doctrina del retraso desleal, pues si así fuera se estaría introduciendo por el intérprete un plazo de prescripción distinto y más breve que el establecido por el legislador. La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquellos no se actuarán. Para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibles es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 Código Civil) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica sentencias 352/2010, de 7 de junio, 299/2012, de 15 de junio, 163/2015, de 1 de abril, y 148/2017, de 2 de marzo)".

En el mismo sentido la STS del 19 de septiembre de 2013, indicó que: "La doctrina del retraso desleal considera contrario a la buena fe (artículo 7 Código Civil) un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener

razones para pensar que no iba a actuarlo. Para la aplicación de la doctrina es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible».

Nada de eso sucede en este caso, donde el actor ni siquiera ha apurado el plazo de prescripción, ni por ello ha generado la confianza fundada de que el derecho no iba a ser actuado, aunque como alega la recurrente hayan transcurrido casi nueve años desde que se celebró el negocio jurídico.

Además, no es sino desde que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en los últimos años cuando se ha podido tomar conocimiento del posible carácter abusivo de este tipo de cláusulas. Desde tales pronunciamientos hasta la interposición de la demanda no ha transcurrido un periodo de tiempo suficientemente amplio como para que pueda hablarse de retraso desleal en el ejercicio de la acción.

De acuerdo con la doctrina de nuestro TS, es carga de la entidad conservar (tanto en beneficio de sus clientes como en su propio interés) toda aquella documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de los derechos y de las obligaciones que les incumben, al menos durante el período en que, a tenor de las normas sobre prescripción, pueda resultarles conveniente promover el ejercicio de sus derechos o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de sus obligaciones (sentencias 1046/2001, de 14 de noviembre , y 277/2006, de 24 de marzo).

Finalmente, cabe añadir que sería paradójico favorecer mediante la aplicación de una doctrina construida sobre la buena fe a la demandada, cuyo comportamiento en el asunto

litigioso ha de ser calificado, como se verá, como contrario a las buenas prácticas y usos bancarios.

TERCERO.- Así las cosas, en cuanto a la cláusula multidivisa hemos de partir de que según la STS 14 de marzo de 2019, núm. 158/2019, el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la LMV, por lo que no se vulneran sus normas que imponen los deberes de información respecto de los productos y servicios de inversión. Cosa distinta es que el incumplimiento de los deberes de información exigibles a las entidades bancarias sea relevante para realizar el control de transparencia, por ser un producto complejo. Cuestión a cuyo respecto señaló nuestro alto tribunal en referida sentencia que: "El motivo del recurso de casación se basa en la infracción legal que se habría cometido en la aplicación de los preceptos legales que regulan el control de transparencia de las cláusulas no negociadas, en concreto, los arts. 80.1 y 82 TRLCU (más exactamente, los arts. 10.1 y 10.bis.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que era la numeración de tales preceptos antes de la refundición), que desarrollan las previsiones de la Directiva sobre cláusulas abusivas, como son las del art. 4.2 de la Directiva. 2.- La Audiencia Provincial considera suficiente la información suministrada por Bankinter, en concreto la contenida en el documento 12 acompañado con la contestación a la demanda, en la que se comparan las cuotas del préstamo según se solicite en euros, en francos suizos o en yenes japoneses, y se advierte a los prestatarios de que existe el "riesgo de cambio" y han de pagar comisiones que no pagarían en un préstamo hipotecario "ordinario". Asimismo, considera relevante que los prestatarios fueran personas con estudios universitarios, que uno de ellos tuviera una cartera de valores y que hubieran

sido ellos quienes se pusieron en contacto con el banco para interesarse por el producto. Por último, considera relevante la conducta posterior de los prestatarios, en concreto que consultaran en la web de Bankinter la evolución del yen, que cuando no había pasado un año desde la concertación del préstamo abrieran una cuenta en yenes para comprar yenes con los que pagar las cuotas del préstamo y que al cabo de unos cuatro años cambiaran la divisa del préstamo del yen al euro. Bankinter, en su oposición al recurso, considera adecuada la tesis de la sentencia recurrida y confirma que la información sobre la naturaleza y riesgos del producto que se suministró a los demandantes, contenida en el documento núm. 12 aportado con la contestación a la demanda, es adecuada.

3.- El análisis de los razonamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial muestra que la afirmación relativa a la suficiencia de la información suministrada a los demandantes sobre la naturaleza y los riesgos del préstamo hipotecario "multidivisa" que ofertaba Bankinter, y el correlativo conocimiento y comprensión de tales extremos por los prestatarios, no tiene naturaleza fáctica, sino que constituye una valoración jurídica sustantiva, pues la Audiencia considera adecuada y suficiente la información suministrada en el documento 12 acompañado con la contestación a la demanda, cuya autenticidad y recepción por los demandantes (que sí son elementos de naturaleza fáctica) no resultan cuestionados. También tienen naturaleza jurídica, y no fáctica, las afirmaciones relativas al perfil de los consumidores demandantes que se contiene en esta sentencia y las relativas a su trascendencia en la comprensión de los riesgos del producto.

4.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, 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 .

5.- También lo hizo la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso 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)".

6.- 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)".

7.- 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)".

8.- 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. 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 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".

9.- El criterio empleado en la sentencia recurrida para valorar la suficiencia de la información suministrada no se ajusta a estos parámetros. La información relevante contenida en el documento 12 de la contestación a la demanda, cuyo contenido ha sido considerado adecuado y suficiente por la Audiencia, se circunscribe a una comparación entre las cuotas a pagar según que el préstamo se concertara en euros o en alguna de las divisas utilizadas por Bankinter en los préstamos hipotecarios multidivisa; a una advertencia genérica sobre la existencia de un "riesgo de cambio"; y a la existencia de comisiones por la utilización de las divisas distintas del euro. Se trata de un documento que resalta las ventajas del préstamo en divisas (el importe de la cuota inicial del préstamo en yenes era de poco más de la mitad que el de la cuota del préstamo en euros y sin embargo se amortizaba casi el doble de capital), pero no informa sobre la naturaleza del "riesgo de cambio" o las consecuencias de la fluctuación de la divisa a que hace mención.

10.- En cuanto al perfil de los prestatarios, es cierto que, como se afirma en la sentencia recurrida, la formación universitaria de los prestatarios y el hecho de que la esposa tuviera, junto con otros familiares, una cuenta de valores, permite presumir que tenían capacidad suficiente para entender la información recibida de la entidad bancaria. El problema estriba en que esta información fue claramente insuficiente y la formación y experiencia de los prestatarios no permitía que conocieran, por sí solos, los riesgos que suponía la contratación del préstamo hipotecario en divisas.

11.- Tampoco el hecho de que fueran los demandantes quienes, al conocer el producto por un familiar que lo había contratado, acudieron a la entidad bancaria a solicitar información, excluye la insuficiencia e inadecuación de la información obtenida.

12.- 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 del yen, 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.

13.- De acuerdo con las 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, no solo

es necesario que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato 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.

14.- En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE Andriciuc, declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas: "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". En un sentido similar está redactado el apartado 3 del fallo de la sentencia dictada posteriormente en el caso OTP Bank.

15.- La jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE , sobre cláusulas abusivas, y los preceptos de Derecho interno que lo desarrollan, ha exigido que las condiciones generales de los contratos concertados con

los consumidores cumplan con el requisito de transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE. Esta línea jurisprudencial se inicia a partir de la sentencia 834/2009, de 22 de diciembre, y se perfila con mayor claridad a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, hasta las más recientes sentencias 171/2017, de 9 de marzo, y 367/2017, de 8 de junio.

16.- En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato.

17.- Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente 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.

18.- 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.

19.- Que la normativa que regula el mercado de valores 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 representarse algunos de sus riesgos si no recibe la información adecuada, lo que supone que el predisponente debe facilitar una información adecuada y con suficiente antelación".

En el presente caso, no existió esa 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. Asimismo, la lectura de la escritura y la inclusión en ella de menciones predispuestas en las que los prestatarios afirman haber sido informados y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual.

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 sentencias del TJUE Andriuc 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.

La entidad demandada-apelante tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos y que resultan aún menos evidentes. La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar. De ahí que varios años después de celebrar el contrato, cuando los demandantes han pagado las cuotas de amortización mensuales en una cuantía considerable, pudiera ocurrir que el capital pendiente de amortizar en la moneda funcional, el euro, apenas hubiera descendido o incluso fuera muy superior al que recibieron cuando celebraron el contrato.

Este riesgo de recálculo al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar por las oscilaciones del cambio de divisa traía asociados otros riesgos, sobre los que tampoco se informó a los demandantes, como es la concesión al banco del "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 10,00 % del límite actual del préstamo".

Como dijo el TS en las sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, la percepción propia de un consumidor medio que concierta un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el

préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo. Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, puede ocurrir que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se haya incrementado y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor.

El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que, pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede exigir garantías adicionales en caso de devaluación de la moneda funcional respecto de la nominal.

Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la 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 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.

Como afirmó nuestro TS en las 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 infragarantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

Como conclusión hemos de indicar que 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.

Por tales razones, estos motivos del recurso deben ser desestimados al no concurrir en la sentencia apelada la infracción legal denunciada. Que, por ello, procede, en consecuencia, confirmar íntegramente.

La nulidad total del contrato préstamo supondría en este caso un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción

de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

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

Lo realizado, como ya se hizo en las SSTS 608/2017, de 15 de noviembre , y 599/2018, de 31 de octubre, constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establecía desde un principio la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo. Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Así lo ha declarado el TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13), apartados 76 a 85.

CUARTO.- En último lugar se alega la no procedencia de la condena en costas realizada en la instancia, en atención a que en relación a la cuestión controvertida la jurisprudencia es dispar, por lo que puede considerarse que el caso es jurídicamente dudoso, en atención a la complejidad del asunto y la controversia jurisprudencial.

No se aprecia la existencia de las razones alegadas para aplicar la excepción del art. 394 LEC en cuanto a la condena en costas tras la desestimación de la demanda. El criterio de esta Sala en esta materia es conocido tras haberse dictado numerosas sentencias, muchas contra la ahora apelante, todas con la desestimación del recurso y la imposición de costas en ambas instancias.

También es criterio reiterado del Tribunal Supremo que la entidad condenada por cláusulas abusivas pague las costas judiciales de todo el proceso, precisamente para evitar el efecto disuasorio en el consumidor. Tal criterio fue establecido claramente en la STS num. 419/2017, de 4 de julio.

Por todo ello, procede mantener la condena en costas a la demandada realizada en la instancia.

QUINTO.- En consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación. Por aplicación de los artículos 398.1 LEC, procede hacer imposición de las costas de este recurso a la parte apelante.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de los poderes constitucionalmente conferidos por el pueblo español.

F A L L A M O S

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de BANKINTER S.A., contra la sentencia de 10 de junio de 2019, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 9-BIS de Salamanca, en los autos de Juicio de Procedimiento Ordinario nº 954/2017 de los que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos la misma en todo su contenido, con imposición a la parte apelante de las costas de este recurso, y con declaración de la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de 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.