



## AUD.PROVINCIAL SECCION PRIMERA OVIEDO

SENTENCIA: 01611/2020

Modelo: N10250

C/ COMANDANTE CABALLERO 3 - 3ª PLANTA 33005 OVIEDO **Teléfono:**  
985968730-29-28 **Fax:** 985968731

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MSL

**N.I.G.** 33044 42 1 2019 0008544

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000469 /2020**

**Juzgado de procedencia:** JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0002037 /2019

Recurrente: BANKINTER, S.A.

Procurador: -

Abogado: -

Recurrido: -

Procurador: -

Abogado: -

### SENTENCIA n° 1611/2020

#### RECURSO APELACION 469/20

TRIBUNAL

PRESIDENTE.

Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO SOTO-JOVE FERNANDEZ

MAGISTRADOS:

Ilmo. Sr. D. JAVIER ANTÓN GUIJARRO

Ilmo. Sr. D. MIGUEL JUAN COVIAN REGALES

Oviedo, a veintitrés de Septiembre de dos mil veinte.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de OVIEDO, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 2037/2019, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 de OVIEDO, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACION 469/2020, en los que aparece como parte apelante, la entidad BANKINTER, S.A., representada por el Procurador -, asistida por el Abogado -, y como parte apelada,-, representados por la Procuradora -, asistidos por el Abogado-, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MIGUEL JUAN COVIAN REGALES.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

**SEGUNDO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó Sentencia en fecha 22 de Abril de 2020 en los autos referidos con cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.<sup>a</sup> -, en nombre y representación de **D.-**, frente a la entidad **BANKINTER, S.A.:**

1.- Declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 16 de abril de 2008, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, operando el contrato, desde su inicio, como un préstamo en euros, referenciado al Euribor en las condiciones establecidas para tal caso, adicionando el diferencial pactado.

2.- Se condena a la entidad demandada a recalcular, en euros, el cuadro de amortización del préstamo, referenciado al Euribor más el diferencial pactado, dejando sin efecto el cálculo efectuado en monedas distintas del euro, abonando a la parte actora la cantidad abonada en exceso sobre la que correspondería de haberse contratado el préstamo en euros, con los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

3.- Declaro la nulidad de la cláusula 5<sup>a</sup>, reguladora de los gastos, contenida en la escritura pública de préstamo hipotecario de 16 de abril de 2008.

4.- Se condena a la demandada a devolver a la parte actora la cantidad de 299,13 euros por gastos de notaría, 181,38 por Registro de la Propiedad, 133,71 por gestoría y 127,60 por tasación, con los intereses legales devengados desde la fecha de cada pago hasta sentencia y, desde ésta y hasta su efectivo pago, los intereses legales incrementados en dos puntos.

Con imposición de costas a la demandada."



**TERCERO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación y previos los traslados ordenados la parte apelada formuló escrito de oposición, remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

**CUARTO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo el día 23 de Septiembre de 2020.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

**Vistos,** siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Covian Regales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia dictada, en extensos alegatos, interpone recurso de apelación la entidad demandada, BANKINTER, S.A., con base en los siguientes motivos, expresados resumidamente: la parte demandante tenía plena conciencia del producto que contrataba, de sus características y de los riesgos inherentes, invocando error en la valoración de la prueba e inaplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas, superándose en todo caso el control de transparencia y no concurriendo desequilibrio.

Se opone la parte demandante al recurso de apelación interpuesto, interesando la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de costas.

**SEGUNDO.-** Delimitado así, en necesaria síntesis, el objeto de este recurso, en lo relativo a las cláusulas referentes al préstamo hipotecario en divisas, debe comenzar diciéndose que en el momento actual existe un cuerpo de doctrina consolidado sobre la materia. Doctrina de la que son expresivas las SSTs 323/2015, de 30 de junio, 608/2017, de 15 de noviembre, 599/2018, de 31 de





octubre, 669/2018, de 26 de noviembre, 158/2019, de 14 de marzo, 439/2019, de 17 de julio, 607/2019, de 14 de noviembre, o 454/2020, de 23 de julio, y a cuyo contenido más importante pasamos a hacer referencia.

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*. En lo que se refiere a la hipoteca multidivisa, la *STJUE* de 20 de septiembre de 2017, *asunto C-186/16, caso Andriciuc*, declaró en su apartado 48: "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)". 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)". También se cita la STJUE de 3 de octubre de 2.019 (asunto C-260/18, *Dziubak*) en la STS 607/2019, de 14 de noviembre, a que nos remitimos.

De acuerdo con esta jurisprudencia del TJUE, en las sentencias 323/2015, de 30 de junio, 608/2017, de 15 de noviembre, 599/2018, de 31 de octubre, 158/2019, de 14 de marzo, o 439/2019, de 17 de julio, el Tribunal Supremo ha 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. Se declara 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".

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. Del mismo modo, conforme a constante jurisprudencia del TS, 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.





Por lo demás, es cierto que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, criterio asumido por el TS en su sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, siguiendo la doctrina sentada por el TJUE y acogido en las posteriores ya citadas. Ahora bien, 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.

**TERCERO.-** La aplicación de la doctrina que se deja expuesta al concreto caso que nos ocupa, conlleva la desestimación del recurso de apelación interpuesto y confirmación de la resolución recurrida, conforme lo que pasa a razonarse.

En primer lugar, no cabe dudar que las cláusulas objeto de litigio sean condiciones generales de la contratación. No se excluye la condición de cláusulas no negociadas por el hecho de que la iniciativa de interesarse por el producto hubiera podido ser del cliente ni por el hecho de que no hubiera imposición, pues la negociación debe referirse a la concreta reglamentación contractual e incumbe al Banco probar que tales cláusulas han sido fruto de la negociación con el cliente. Y, sentado lo anterior, ni consta la existencia de negociación individual de la reglamentación contractual entre las partes, ni es creíble que pudiera existir, dado el perfil profesional del contratante y sus circunstancias, españoles que viven en España, sin que haya ninguna referencia a que dispusieran de ingresos o estuvieran habituados a operar en divisas.



En el presente caso no existió la información precontractual necesaria para que la parte prestataria conociera 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 en qué consistía el riesgo del cambio del préstamo hipotecario en divisas. Los documentos 2 y 3 aportados con la contestación, denominados "solicitud de financiación" y "solicitud de préstamo en divisas" o documento de primera disposición, no contienen ninguna información relevante relativa a los riesgos a que hemos hecho referencia, nada informan sobre la naturaleza del riesgo de cambio o las consecuencias de la fluctuación de la divisa y evidencian, en nuestro criterio, la ausencia de la información que resulta verdaderamente trascendente. La declaración que se contiene en tales documentos no pasa de ser una fórmula predispuesta por la entidad, vacía de contenido real, en la que ni siquiera se concretan los riesgos. Por otra parte, los demandantes niegan haber recibido información precontractual o sobre los riesgos y la parte demandada ni siquiera propone la declaración de la persona que haya intervenido en la negociación por su parte. En cualquier caso, documentalmente, que es lo más relevante, no consta la existencia de ninguna información precontractual sobre los riesgos del producto que se contrataba, no obra ni un solo documento que acredite la existencia de tal información.

Asimismo, la lectura de la escritura y la inclusión en ella de menciones predispuestas en las que el prestatario afirma haber sido informado y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual acerca de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, los consumidores se exponían a un riesgo de tipo de cambio que les sería difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en que perciben sus ingresos. Por lo que se refiere a la opción de cambiar de divisa, en particular al euro, si bien es un remedio que puede permitir a un consumidor conocedor del mercado de divisas estar atento para reaccionar frente a las consecuencias de fluctuaciones que le resulten perjudiciales, no simplifica la complejidad de estos contratos ni elude el cumplimiento de los deberes de transparencia.





En cuanto los actos posteriores a que hace referencia la recurrente (la realización de cambios de divisa), debe recordarse que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato. Además, tales actos no suponen que en el momento de la celebración del contrato la parte demandante tuviera información sobre los riesgos asociados al préstamo hipotecario en divisas.

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 la doctrina citada exija 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.

Además, Bankinter tampoco informó a la parte demandante de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos. 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.



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.

Finalmente, 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 al consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que al ignorar los graves riesgos que entraña 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.



Como conclusión de lo expuesto, las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia porque el prestatario no ha 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 el



prestatario recibe sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

Procede, en consecuencia, declarar la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros. La nulidad total del contrato de 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 (*STJUE de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13, apartados 83 y 84; también, *SSTJUE de 26 de marzo de 2019, 3 de octubre de 2019 o 3 de marzo de 2020*). 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. Esta solución supone 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 CC y 312 CCom, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias. Por ello, no existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo.



En suma, de conformidad con cuanto queda expuesto, es procedente rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia que se recurre.



**CUARTO.-** En relación a las costas de esta alzada es procedente su imposición a la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 de la LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo dicta el siguiente

### **FALLO**

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANKINTER, S.A., contra la sentencia de fecha 22 de abril de 2020, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Oviedo, en autos de procedimiento ordinario número 2037/2019, la que se confirma íntegramente, con imposición de las costas de la apelación a la parte recurrente.

Confirmándose la resolución recurrida se acuerda la pérdida del depósito constituido por el recurrente, depósito al que se dará el destino previsto legalmente (D.A. 15ª.9 LOPJ).

**MODO DE IMPUGNACION.-** Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el Art. 466 de la LEC, serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los Arts. 468 y ss., 477 y ss. y Disposición final 16ª, todos ellos de la LEC, **previa consignación del Depósito o Depósitos (50 € cada Recurso )** establecido en la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ, en la cuenta de consignaciones del Tribunal abierta en BANCO SANTANDER nº 3347 0000 12 &&&& && (los últimos signos deben sustituirse por el número de rollo y año), indicando en el campo CONCEPTO del documento de ingreso que se trata de un "RECURSO", seguido del código siguiente: 04 EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL; 05 RESCISIÓN DE SENTENCIA FIRME A INSTANCIA DE REBELDE; 06 CASACIÓN. Si el ingreso se realiza por transferencia bancaria, el código anterior y tipo concreto de recurso deberá indicarse después de los 16 dígitos de la cuenta expediente antedicha en primer lugar, separado por un espacio. Al interponerse el recurso, el recurrente tiene que acreditar haber constituido el depósito para recurrir mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.



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.

