



Roj: **SAP CO 906/2020 - ECLI:ES:APCO:2020:906**

Id Cendoj: **14021370012020100744**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2020**

Nº de Recurso: **545/2019**

Nº de Resolución: **870/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **CRISTINA MIR RUZA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA

SECCIÓN PRIMERA - CIVIL-

Juzgado de Procedencia: Juzgado de Primera Instancia nº 9 Bis de Córdoba

Autos: Procedimiento Ordinario 592/2017

ROLLO NÚM. 545/2019

SENTENCIA NÚM. 870 /2020

Ilmos.Sres.

PRESIDENTE

D.Felipe Luis Moreno Gómez

MAGISTRADOS

Dña. Cristina Mir Ruza

Dña.María Paz Ruiz del Campo

En Córdoba, a veintitrés de septiembre de dos mil veinte.

La Sección Primera de esta Audiencia ha visto y examinado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el Juicio Ordinario Núm.592/2017, seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 9 Bis de Córdoba, a instancias de D. Genaro , representado por el Procurador de los Tribunales D.David Franco Navajas y asistido del Letrado D.José Manuel Marín Granada, contra BANKINTER, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a.María Jesús Madrid Luque y asistida del Letrado D.Juan Manuel Rodríguez Cárcamo, habiendo sido parte apelante la citada demandada y designada ponente Dña.Cristina Mir Ruza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Seguido el juicio por su trámite, se dictó sentencia por el lltmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 9 bis de Córdoba con fecha 19.06.18, cuyo fallo es como sigue:

" Que ESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Genaro contra BANKINTER S.A., en relación con el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de 6 de mayo de 2008:

1.- Se declara la nulidad parcial de la escritura de préstamo en divisas con garantía hipotecaria en los contenidos relativos a la opción divisa o multividiva, subsistiendo el contrato de préstamo sin los contenidos declarados nulos.

2.- Declaro que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado de 660.000 euros, la cantidad amortizada hasta la fecha en concepto de principal e intereses, también convertidos a euros.



3.- Condeno a BANKINTER S.A. a recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor a euros, fijando el capital pendiente de pago y la obligación de pago en euros y conforme al euribor y diferencial previsto para este en la escritura, así como a devolver la diferencia cobrada de más y las comisiones de cambio de moneda cobradas, mas sus intereses legales.

4.- La demandada correrá con todos los gastos que se deriven de los anteriores pronunciamientos.

5.- Se imponen las costas a la parte demandada."

En fecha 30.07.18 se dictó Auto de aclaración de sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

" **ACUERDO: HABER LUGAR A LA ACLARACIÓN** de la Sentencia de 19 de junio de 2018 y rectificar sus errores materiales, por lo que, en consecuencia, el fallo debe quedar redactado de la siguiente manera:

1.- Se declara la nulidad parcial de la escritura de préstamo en divisas con garantía hipotecaria en los contenidos relativos a la opción divisa o multidivisa, subsistiendo el contrato de préstamo sin los contenidos declarados nulos.

2.- Declaro que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado de 660.000 euros, la cantidad amortizada hasta la fecha en concepto de principal e intereses, también convertidos a euros, y todo ello como si hubiese estado referenciado al EURIBOR y funcionando en euros desde su suscripción.

3.- Condeno a BANKINTER S.A. a recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor a euros, fijando el capital pendiente de pago y la obligación de pago en euros y conforme al euribor y diferencial previsto para este en la escritura, así como a devolver la diferencia cobrada de más y las comisiones de cambio de moneda cobradas, mas sus intereses legales, y todo ello como si hubiese estado referenciado al EURIBOR y funcionando en euros desde su suscripción.

4.- La demandada correrá con todos los gastos que se deriven de los anteriores pronunciamientos.

5.- Se imponen las costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Por la Procuradora de los Tribunales Sra.Madrid Luque, en representación de la parte demandada, se ha interpuesto recurso de apelación, y tras verificar las alegaciones que tuvo por conveniente, y que se dan por reproducidas, ha interesado que se dicte resolución revocando la sentencia dictada en primera instancia, cuyo fallo fue aclarado mediante Auto de 30 de julio de 2018, acordando en su lugar desestimar íntegramente la demanda presentada de contrario, con expresa imposición de las costas causadas en la instancia a la parte demandante.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso, el Juzgado realizó los preceptivos traslados, habiendo presentado el Procurador de los Tribunales Sr.Franco Navajas, en representación de la parte demandante, escrito de oposición al recurso, cuyas alegaciones igualmente se dan por reproducidas, y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde recibido fue turnado.

CUARTO.- Por organización interna de la Sala se ha reestructurado el Tribunal en los términos que resultan del encabezamiento de la presente resolución, habiéndose reunido para deliberación el día señalado.

QUINTO.- En la tramitación de esta alzada se han observado las prescripciones y formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Genaro , que celebró un contrato de préstamo hipotecario con BANKINTER, S.A., el 6.5.2008, interpone demanda contra la referida entidad en la que solicita la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa y la declaración de que el importe adeudado era el resultado de reducir el capital prestado en euros en la cantidad ya amortizada, igualmente en euros.

Contra la sentencia estimatoria se alza la demandada esgrimiendo, en síntesis, que no se ha tenido en cuenta (1) que el 7.7.2008 el actor ordena un cambio de divisas de euros a francos suizos, (2) que la propia parte actora reconoció en el acto de la vista que sabía (i) que el préstamo estaba formalizado en divisas y que existía la posibilidad de cambiar de divisa, y (ii) que la hipoteca multidivisa estaba referenciada a un tipo diferente al euribor, (3) que no ha sido hasta el 27.7.2017 cuando ha interpuesto demanda, (4) que la sentencia del TS de 15.11.2017 no es extrapolable al presente caso, y (5) que el clausulado multivisa supera el test de transparencia por cuanto que manifiesta (i) que el capital del préstamo es en la divisa que el cliente eligiera, (ii) que nos encontramos ante un préstamo en la modalidad multidivisa, (iii) que el riesgo del tipo de cambio y del tipo de interés con ajuste de las cuotas y del capital dependiendo de la fluctuación de la divisa, (iv) que existía la



posibilidad de cambiar el préstamo a otra moneda, (v) que el préstamo se amortiza en la divisa elegida, (vi) cual es el interés de referencia, y (vii) que se acepta los riesgos del tipo de cambio.

La parte actora, ahora apelada, se opone al recurso y solicita su desestimación y la confirmación íntegra de la sentencia recurrida, con condena en costas a la entidad actora apelante.

SEGUNDO.- Planteado en estos términos el recurso, un nuevo examen del contenido del contrato de préstamo hipotecario con opción multidivisa de fecha 11.5.2018 objeto de autos y de las pruebas practicadas, permite ya de entrada destacar que este Tribunal comparte los acertados razonamientos que a lo largo de su extensa y detallada argumentación ofrece la sentencia apelada en la que se ofrece una cumplida y razonable respuesta sobre cada una de las cuestiones debatidas.

Nos vamos a detener sobre aquellos extremos que la recurrente trae de nuevo a consideración (en la medida que no muestra su disconformidad con lo que se indica acerca de la naturaleza y caracteres de la opción multidivisa, su normativa aplicable, la no caducidad de las acciones ejercitadas, ni con la condición de consumidor del demandante, del que no consta que tuviera conocimientos financieros superiores a los de un ciudadano medio -y con ello la aplicación de la normativa de protección de los consumidores, entre ellas la Directiva 93/13/CEE- así como tampoco que las cláusulas u opción multidivisa tengan la consideración de condición general de la contratación, ni de las consecuencias y efectos de la nulidad, como tampoco que no hubo confirmación posterior del contrato, entre otras cuestiones).

Como decimos, debemos detenernos en analizar si en la contratación del préstamo se superó el control de transparencia real y el carácter abusivo del clausulado multidivisa pues lo verdaderamente relevante es determinar si la citada opción o clausulado multidivisas fue objeto de una particular e individualizada negociación con el demandante -prestatario- y si éste, en cuanto consumidor medio sin especiales conocimientos financieros, recibió una información previa, veraz, adecuada y suficiente sobre este producto a fin de que pudiera comprender el alcance y la trascendencia jurídica y económica del mismo, sus riesgos implícitos y las pérdidas que podría conllevar su contratación por las oscilaciones del tipo de interés y cotizaciones de la divisa; significando que sobre la realidad y el alcance de ambos hechos -negociación e información- la carga de la prueba corresponde al empresario y no cabe efectuar ninguna presunción en contra del consumidor.

La sentencia apelada se ajusta al resultado probatorio obtenido y aplica, con buen criterio, la normativa y la doctrina jurisprudencial siguiendo las pautas y criterios del Tribunal Supremo sobre este tipo de contratos de préstamos hipotecarios.

Obvia la apelante que aún cuando el demandante supiera que estaba formalizando un contrato en divisas y que existía la posibilidad de cambiar de divisa, como así lo hizo, lo decisivo es que debió ofrecer prueba que acreditara (lo que no ha verificado) que en la fecha de suscripción del contrato se le ofreció información suficiente sobre los riesgos que conllevaba el préstamo multidivisa en particular, y en concreto sobre el posible aumento del capital prestado para caso de una fluctuación importante de la moneda. Como señala la sentencia apelada, no se comprende el que no haya sido citada como testigo la empleada de la entidad que ofreció al actor este producto, ya que no tiene relevancia alguna el tiempo transcurrido desde la formalización del contrato y la interposición de la demanda, puesto que como señala la STS de 454/2020, de 23 de julio (Rec.Núm.4061/2017) "*la nulidad derivada de la abusividad no es subsanable o convalidable*". En relación a este producto, señala esta sentencia que "Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera, pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero este consumidor no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que las SSTJUE Andriciuc y OTP Bank exijan una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa".

Igualmente coincidimos con el Juzgador de Instancia cuando señala que la propia documentación aportada por la entidad demandada revela que se trató de una contratación donde no existió una fase previa de información sobre el producto y sus riesgos adecuada a la complejidad del producto pues no se acredita la entrega de ningún folleto informativo, ni tampoco de una oferta vinculante con antelación suficiente a la firma del préstamo. Tampoco consta la existencia de simulaciones sobre el riesgo de la operación para el caso de fluctuaciones de la divisa o moneda.

Es cierto que la propia escritura de préstamo (por un importe de 660.000 €) se denomina DE PRÉSTAMO EN DIVISA CON GARANTÍA HIPOTECARIA, pero también lo es que contiene un clausulado, especialmente el atinente a los intereses y multidivisas, plagado de conceptos técnicos y remisiones difíciles de entender por



quién no es experto financiero. No consta tampoco que la persona que ofreció el producto hubiera explicado y advertido de forma clara y comprensible sobre el funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa extranjera así como la relación entre este mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas al préstamo, déficit informativo que tampoco puede considerarse subsanado por la mera y rutinaria lectura de la Escritura por el Notario autorizante. Tal como señalamos en la Sentencia núm.760/18, de 3.12 (Rollo 1478/17) en orden al cumplimiento del deber de información (que es carga probatoria -formal y material ex art. 217 de Lec.-del banco) no existe el más ligero atisbo probatorio cuando la entidad demandada centra su discurso en el elemental conocimiento del riesgo de fluctuación del valor de las divisas, a los propios términos del contrato, o a la garantía que supuso la intervención notarial, pues en tales casos mal puede ser la de tener por cumplido ese especial deber informativo.

Piénsese que un consumidor que concierta el préstamo con hipoteca sobre su vivienda habitual y cuyos ingresos son exclusivamente en euros, ese déficit en la información y falta de transparencia al momento de contratar, supuso, no solo que no fuera consciente de la trascendencia y de la verdadera carga económica y jurídica que portaba dicha contratación, y en particular la opción multidivisa, y el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, sino también, un claro desequilibrio en su perjuicio puesto que al ignorar esos graves riesgos no pudo comparar la oferta del préstamo multidivisa con las de otros préstamos y ha visto agravada su situación económica cuando, como consecuencia de una evolución adversa de la paridad euro-divisa, el coste efectivo que debían pagar por el préstamo ha sido muy superior al que resultaría si hubiera contratado un préstamo en euros sin cláusulas multidivisas. En este sentido se pronuncia la STS 4.3.2019 cuando resalta que *"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 incrementa significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar"*.

En conclusión, 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, por lo que procede confirmar la sentencia.

TERCERO.- En cuanto a costas, deben imponerse a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación al caso de autos,

FALLAMOS

Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. María Jesús Madrid Luque, en nombre y representación de BANKINTER, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N° 9 bis de Córdoba, con fecha 16.9.2018 (que fue aclarada por Auto de 30.7.2018) en el Juicio Ordinario n° 592/2019, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia en todos sus pronunciamientos, condenando a la parte apelante al pago de las costas de la apelación.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de conformidad con los criterios de admisión recogidos en el Acuerdo del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27.1.2017; recursos que se interpondrán en el plazo de veinte días y ante esta misma Sección, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y una vez firme, devuélvanse los autos originales al Juzgado de 1ª Instancia de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y efectos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de su razón, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/.