



Roj: **SAP B 59/2019 - ECLI: ES:APB:2019:59**

Id Cendoj: **08019370152019100027**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **14/01/2019**

Nº de Recurso: **1186/2017**

Nº de Resolución: **31/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANNA ESTHER QUERAL CARBONELL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0812142120168042830

**Recurso de apelación 1186/2017 -3**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mataró**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 264/2016**

Parte recurrente/Solicitante: BANKINTER S.A.

Procurador/a: Ricard Simo Pascual

Abogado/a:

Parte recurrida: ASUFIN

Procurador/a: Anna Charques Grifol

Abogado/a: Laia Manté Majó

**Cuestiones:** Nulidad cláusula **multidivisa**.

**SENTENCIA núm. 31/2019**

**Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Anna Esther Queral Carbonell

En Barcelona, a catorce de enero de dos mil diecinueve.

**Parte apelante:** Bankinter, S.A.

Letrada: Joaquín González Roquete.

Procurador: Ricard Simó Pascual.

**Parte apelada:** Asociación de Usuarios Financieros (Asufin) en defensa e interés de Juan Ignacio y Eufrasia .



Letrada: Laia Manté Majó.

Procuradora: Anna Charques Grífol.

**Resolución recurrida: sentencia.**

Fecha: 18 de mayo de 2017.

Parte demandante: Asociación de Usuarios Financieros (Asufin) en defensa e interés de Juan Ignacio y Eufrasia .

Parte demandada: Bankinter, S.A.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO:

"Estimando sustancialmente la demanda entablada por la representación procesal de la Asociación de Usuarios Afectados por Permutas y Derivados Financieros, actuando en interés de sus asociados Don Juan Ignacio y Doña Eufrasia , frente a Bankinter, SA, debo declarar y declaro la nulidad de los incisos de la cláusula financiera 3ª D del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes el 6 de noviembre de 2007 en los que se establece que " **La sustitución afectará al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar dispuesto en una sola divisa**" y que " **La sustitución de la divisa utilizada nos pondrá, en ningún caso, la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto, el prestatario 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**". En congruencia con ello, debo declarar y declaro que el importe en euros del capital del préstamo pendiente de amortización es el resultante de deducir del capital prestado de 285.000 euros el contravalor en dicha moneda de las amortizaciones de capital realizadas por los prestatarios desde la formalización del contrato y debo condenar y condeno a Bankinter, SA a recalcular aquel importe en euros en función del citado criterio con desestimación del resto de pretensiones planteadas por la parte demandante y con imposición a la demandada de las costas causadas."

*Por auto de aclaración se añadió a la sentencia lo siguiente:*

"Aclarar la sentencia recaída en el presente pleito en el sentido de precisar lo siguiente:

1. *El recálculo de las cantidades pagadas por los prestatarios durante la vida del préstamo ha de afectar no sólo al capital sino también a los intereses y de forma que las cantidades eventualmente pagadas en exceso por tal concepto habrán de aplicarse a la amortización del capital.*

2. *Las operaciones de recálculo se realizarán en función mismo tipo de cambio que la entidad bancaria haya utilizado en cada uno de los pagos de capital e intereses, de conformidad con lo pactado en la escritura de préstamo*

*hipotecario."*

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 19 de diciembre de 2018.

Ponente: magistrada Anna Esther Queral Carbonell.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.**

1. La parte actora ejercitó una acción de nulidad de la cláusula **multidivisa** (apartado D, pacto tercero) incluida en el préstamo hipotecario suscrito con la entidad demandada el 6 de noviembre de 2007. Sostiene que la entidad demandada no le informó de sus características y riesgos, especialmente de que el contravalor en euros del capital pendiente de amortización podría llegar a incrementarse por encima del capital inicial, por lo que solicita la nulidad de la misma por su carácter abusivo y, subsidiariamente, por error en el consentimiento al no haber recibido una correcta información precontractual para comprender el funcionamiento de la misma.



2. La entidad demandada contestó a la demanda alegando que un préstamo hipotecario **multidivisa** no es un instrumento financiero ni un servicio de inversión según el TJUE, por lo que no resulta aplicable la normativa Mifid. La cláusula impugnada no es una condición general de la contratación pues fue negociada por las partes; es válida y lícita y no puede considerarse abusiva pues supera el control de transparencia. El contrato se celebró a iniciativa de los demandantes quienes realizaron varios cambios de divisa durante la vida del préstamo. Opone también la excepción de caducidad de la acción de anulabilidad por error del consentimiento que en ningún caso concurre. En todo caso no sería posible disponer la nulidad parcial del contrato.

3. Tras los trámites correspondientes, el juzgado dictó sentencia estimando sustancialmente la demanda al considerar que parte de la cláusula impugnada, apartado D pacto tercero, no supera ni el control de incorporación por no ser clara ni comprensible, ni el de transparencia material por falta de información precontractual. En concreto únicamente anula la parte de la cláusula que permite recalcular el importe del capital pendiente en función de la fluctuación de la divisa de modo que los deudores puedan llegar a adeudar un capital en euros superior al inicial, condenando al banco al recálculo procedente. No estima la pretensión de denominar el préstamo en euros ni establecer el Euribor como índice de referencia al no haberse impugnado las cláusulas 1ª y 2ª del préstamo hipotecario **multidivisa**.

4. La sentencia es recurrida por la parte demandada que opone que el préstamo hipotecario **multidivisa** no es un producto de inversión, de modo que no resulta aplicable la Ley de mercado de valores que fija las exigencias especiales de la información a prestar por la entidad de crédito. Invoca que la cláusula **multidivisa** impugnada es válida al superar el control de incorporación y transparencia. Existió suficiente información precontractual; la iniciativa en la contratación fue de los demandantes quienes cambiaron la divisa en dos ocasiones. Insiste en que no se trata de una condición general de la contratación. Considera caducada la acción de nulidad por vicios del consentimiento, que en todo caso, considera que no concurren.

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

#### **SEGUNDO. La cláusula **multidivisa** como cláusula que determina el objeto principal del contrato.**

6. Delimitados los términos del debate, estimamos conveniente, como hemos hecho en resoluciones anteriores, partir de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por el Tribunal Supremo sobre el alcance del control de transparencia de las cláusulas **multidivisa** y sobre el carácter abusivo de la cláusula no transparente. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( STJUE) de 20 de septiembre de 2017 (- ECLI:EU:C:2017:703- asunto *Andriuc* ) ha considerado que "el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "objeto principal del contrato", en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato".

7. La STS de 15 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3893) sigue el mismo criterio del TJUE para identificar las cláusulas que definen el objeto principal del contrato: "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 del prestatario, 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".

8. Partimos de la jurisprudencia del TJUE sobre el control que puede hacerse de las condiciones generales que determinan el objeto principal del contrato. Estas cláusulas no pueden considerarse abusivas si han sido redactadas de forma clara y comprensible (así, por ejemplo en el apartado 43 de la sentencia de 20 de septiembre de 2017, en la que se citan sentencias anteriores en las que se afirma que "las cláusulas contempladas en esa disposición sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible ( sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08, EU:C:2010:309, apartado 32)").

9. El Tribunal proyecta la claridad y comprensibilidad de las cláusulas no sólo a sus aspectos formales (transparencia formal), sino que la extiende al denominado segundo control de transparencia, entendido como la "obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose



en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él ( sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C 96/14, EU:C:2015:262, apartado 50)" (apartado 45 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017).

**10.** La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 se expresa en parecidos términos, al señalar que " *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*" (apartado 11 del fundamento octavo).

### **TERCERO. Sobre el alcance del control de transparencia.**

**11.** La STJUE de 20 de septiembre de 2017 se extiende de forma notable en interpretar la forma en la que debe llevarse a cabo el control de transparencia, así como la finalidad que el mismo persigue. En cuanto a esta última, expresa en el apartado 47 que "incumbe al juez nacional, (...) *verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso*". Por consiguiente, el objetivo último del control de transparencia consiste en determinar si el consumidor se ha encontrado al contratar en situación de poder conocer y comprender adecuadamente todos aquellos elementos que tienen incidencia en las obligaciones asumidas. Ello incluye, en un contrato como es el préstamo **multidivisa**, los riesgos asociados al producto contratado.

**12.** La STJUE hace referencia, en el apartado 49, a la extraordinaria importancia de esos riesgos, a la que también nosotros nos referíamos en nuestra Sentencia de 26 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:4033), con alusión a la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes " *en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado*", así como que " *algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban*". En el considerando trigésimo, la Directiva añade que "[d]ebido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio".

En los arts. 13.f/ y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.

**13.** En suma, esa Directiva nos sirve para justificar que lo pactado no es algo corriente, al menos en las relaciones entre una entidad bancaria y un consumidor y menos aun cuando el consumidor se encuentra en una situación tan vulnerable como es la que se produce en el momento de la solicitud de financiación para la compra de su vivienda habitual. Por tanto, lo que pone de manifiesto esa Directiva es que en estas situaciones se produce una situación de vulnerabilidad extraordinaria del consumidor que hace precisa una intervención del legislador para remediarla, al menos hacia el futuro. Y, en cuanto al pasado, esto es, respecto de los contratos ya celebrados, la enseñanza de la Directiva 2014/17/UE sirve al juez para justificar la idea de que al contrato se asocia una importante situación de riesgo para el consumidor, lo que ha de conducir a extremar la interpretación de las garantías relativas a la forma en la que se produjo la prestación de su consentimiento contractual.

**14.** La doctrina que emana de la STJUE de 20 de septiembre es particularmente elocuente respecto de ese punto, al poner mucho énfasis en los deberes de lealtad y diligencia que pesan sobre el Banco, deberes que comportan unas especiales obligaciones de información que el Banco debe prestar al consumidor. A pesar de que en la STJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14) se afirmara que el préstamo **multidivisa** no es un producto de inversión, razón por la que no le resultan de aplicación la normativa MiFID (esto es, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financiero), ello no impide que la intensidad y calidad de la información que el Banco debe suministrar al cliente se aproxime mucho a la que es propia de los productos de inversión, porque los riesgos son similares.



15. El alcance de ese derecho de información constituye uno de los pilares fundamentales (no el único, como veremos) de la doctrina que establece la STJUE de 20 de septiembre de 2017. En el apartado 47 se expresa que esa información debe permitir "... a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar" el coste total del préstamo, lo que incluye las consecuencias económicas adversas y desconocidas en el momento de contratar que se puedan derivar de la evolución de los mercados de divisas.

16. El deber de prestar información que pesa sobre el Banco se proyecta en una doble dirección: de una parte, como exigencia del deber de lealtad de quien se encuentra en clara posición de ventaja hacia quien está en clara posición de desventaja, implica que el Banco ponga en conocimiento del cliente toda aquella información relativa al conocimiento de los mercados de divisas a las que haya podido tener acceso de forma ordinaria, esto es, sin un especial esfuerzo o inversión de medios por su parte; de otra, ese deber de información se ha de acomodar a las concretas circunstancias de cada consumidor, a su grado de información y conocimiento de los mercados, para asegurarse (le entidad financiera) de que ambas partes prestan de forma efectiva el consentimiento sobre un mismo objeto, determinado previamente con la necesaria claridad.

17. La Sentencia *Andriciuc* expone en el apartado 48 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)".

18. Y se refiere al alcance de la información que deberá recibir el cliente (consumidor) en los siguientes términos: "...por una parte, el prestatario deberá 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. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa (apartado 50 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017).

19. En el supuesto del denominado préstamo **multidivisa** el deber de información del predisponente tiene unos perfiles especiales ya que no sólo debe informarse al adherente sobre las condiciones del crédito, es decir, los intereses, comisiones y garantías a cargo del prestatario, de modo que el prestatario debe conocer y comprender con certeza "el crédito se reembolsará en la misma divisa extranjera en que se contrató [indicando] las razones de su inclusión en el contrato y su mecanismo de funcionamiento". Sino que también se debe informar al adherente de "la posibilidad de apreciación o de depreciación de una moneda extranjera" (apartado 42 de la Sentencia *Andriciuc*).

20. El Tribunal Europeo, a modo de resumen sobre el alcance de ese deber de información, precisa en el apartado 51 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".

21. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 refleja con detalle el alcance de este deber cualificado de información cuando afirma en el apartado 48 que:

"Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato.

Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan



en el "pico" de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos "picos" de cotización".

**22.** El Tribunal Supremo, en la citada Sentencia, fija algunas pautas para valorar el alcance de la información en el control de transparencia:

- a) En este tipo de cláusulas el deber de transparencia en la incorporación es más intenso, es especial.
- b) Se traslada a la entidad financiera la obligación de probar que se ha facilitado esa información adicional, información cualificada.
- c) Las pautas de información exigidas para los contratos de préstamo **multidivisa** debe ser superior a la información que se facilita para otros tipos de préstamos con garantía hipotecaria.
- d) Al exigirse una información cualificada, es necesario que el empleado que informa a los clientes tenga una formación también cualificada.
- e) La información que debe evaluarse es la facilitada al consumidor antes de suscribir el contrato.
- f) Ni la intervención del notario, ni la inclusión en la escritura cláusulas en las que se indica que el consumidor ha sido expresamente informado, o cláusulas de exención de responsabilidad a la entidad prestamista por la fluctuación de tipos de interés, son suficientes para acreditar que el consumidor ha sido suficientemente informado, o para convalidar posibles carencias de la información precontractual.
- g) El grado de conocimiento del consumidor medio sobre este tipo de cláusulas exige no sólo que conozca que la fluctuación de la divisa, con referencia al contravalor en euros, puede afectar al principal pactado, ha de ser consciente de que esa incidencia puede ser considerable.

#### **CUARTO. La falta de transparencia y el control de abusividad de la cláusula **multidivisa**.**

**23.** Si el profesional cumple con el deber de transparencia, esto es, si la cláusula es clara y comprensible, desde una perspectiva de contenido no solamente gramatical, queda excluida la abusividad, que no puede ser apreciada por referirse a un elemento esencial del contrato. Es decir, la falta de transparencia no produce como efecto directo la nulidad, sino que posibilita la apreciación del carácter abusivo de la cláusula, esto es, la falta de transparencia es el punto de partida del control de abusividad entendido en el sentido del artículo 3.1ª de la Directiva y artículo 82 TR LGDCU.

En definitiva, para que pueda prosperar la acción de nulidad y conseguir el efecto práctico pretendido por el consumidor, esto es, la sustitución de un préstamo concedido en moneda extranjera por otro concedido en euros, no basta con constatar si ha existido o no una infracción del deber de información, sino que es preciso que las cláusulas puedan considerarse abusivas, esto es, que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (ECLI ES:TS:2017:788), tras descartar en términos generales el control de contenido de las cláusulas que defina el objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida ( artículo 4.2 de la Directiva 93/2013), admite como excepción el control de abusividad si la cláusula no es transparente.

**24.** De igual modo la Sentencia del TJUE en el asunto *Andriuc* dice al respecto lo siguiente (apartado 43), antes citado, que " *las cláusulas contempladas en esa disposición (las que definen el precio) sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible ( sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08 , EU:C:2010:309 , apartado 32).*"

**25.** La Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, al dar respuesta a la primera cuestión prejudicial, referida el momento en que debe examinarse el desequilibrio que una cláusula abusiva causa en los derechos y obligaciones de las partes, tras indicar que debe examinarse en atención a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, expone en los apartados 56 a 58 el alcance de ese análisis. Antes, en el apartado 54, se remite a las conclusiones del Abogado General señaladas en los puntos 78, 80 y 82. Estimamos conveniente, para valorar adecuadamente la posición del Tribunal, partir de las consideraciones del Abogado General. En este sentido, en el apartado 82 señala que "*debe distinguirse el caso en el que una cláusula contractual entraña un desequilibrio entre las partes que sólo se manifiesta mientras se ejecuta el contrato de aquel otro en el que, aunque no existe una cláusula abusiva, las obligaciones que incumben al consumidor son percibidas por éste como más gravosas de resultas de una modificación de las circunstancias posterior a la celebración de un contrato y ajena la voluntad de las partes*". En los siguientes apartados dice lo siguiente:



" 83. El primer supuesto, que se corresponde, en particular, con el que el Tribunal de Justicia examinó en el asunto que dio lugar a la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C 92/11 , EU:C:2013:180 ) y que versaba sobre la posibilidad de que el profesional modificase unilateralmente, en virtud de la inclusión de una cláusula tipo, el precio de una prestación de servicios (suministro de gas), la "evolución posterior" al contrato en cuestión afectaba efectivamente a la aplicación de una cláusula contractual que era desde un primer momento abusiva por entrañar un desequilibrio importante entre las partes.

84. El segundo supuesto en cambio, a saber, aquel en el que no existiendo una cláusula abusiva, en virtud de la evolución de las circunstancias el consumidor percibe las obligaciones que le incumben como excesivas, no queda comprendido en la protección que confiere la Directiva 93/13. (37)

85. Considero que este último es el caso de la cláusula que, en el supuesto de un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, obliga a abonar las cuotas mensuales de reembolso del préstamo en esta misma divisa y, por consiguiente, "hace que recaiga" sobre el consumidor el riesgo de tipo de cambio en caso de devaluación de la moneda nacional respecto a esta misma divisa.

86. No me parece que tal cláusula entrañe, como tal, un desequilibrio. En efecto, ha de hacerse constar que la variación del tipo de cambio que, recuérdese, puede darse tanto al alza como a la baja, es una circunstancia que no depende de la voluntad de una de las partes del contrato de préstamo. El hecho de que la prestación debida por el prestatario haya devenido, como consecuencia de la evolución de los tipos de cambio, gravosa al convertirla a la moneda extranjera no puede llevar a trasladar al prestamista el riesgo de tipo de cambio.

87. Por otro lado, para que se compruebe la existencia de un desequilibrio importante habría de acreditarse una diferencia entre el importe prestado y el importe reembolsado. Pues bien, tal diferencia no existe: la entidad bancaria ha prestado un cierto número de unidades monetarias y tiene derecho a obtener la restitución de este mismo número de unidades.

88. Dicho con otras palabras, el hecho de hacer recaer sobre el consumidor un riesgo de tipo de cambio no crea, por sí mismo, un desequilibrio importante, puesto que el profesional (en el presente asunto, el banco) no tiene el control sobre el tipo de cambio que estará vigente tras la celebración del contrato.

89. Tratándose de acontecimientos producidos durante la vigencia del contrato, no podría decirse lo mismo si la existencia de un desequilibrio importante debiera apreciarse en relación con acontecimientos que el profesional acreedor conocía o podía prever en el momento de la celebración del contrato, y ello al margen de la voluntad de las partes".

**26.** Expuestas las consideraciones del Abogado General, a las que, como hemos dicho, se remite la Sentencia, esta aborda el posible desequilibrio de la cláusula en contra de las exigencias de la buena fe en sus apartados 56 a 58, que reproducimos a continuación:

" 56. A este respecto, incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, en primer lugar, el posible incumplimiento de la exigencia de buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 .

57. En efecto, para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11 , EU:C:2013:164 , apartados 68 y 69).

58. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición".



27. La Sentencia del TS de 15 de noviembre de 2017 aborda la cuestión relativa al desequilibrio de la siguiente manera (apartado 43):

*" 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 pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario **multidivisa** con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo **multidivisa**, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.*

*La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas, lo que les resultó perjudicial cuando el banco ejerció su facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortizar en un proceso de ejecución hipotecaria, que resultó ser superior al que habían recibido del prestamista al concertar el préstamo.*

También se agravó su situación jurídica, puesto que concurrieron causas de vencimiento anticipado del préstamo previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo, por más que la causa de vencimiento anticipado que empleó Barclays para hacer uso de su facultad fuera el impago de las cuotas".

Es decir, el Tribunal Supremo justifica el carácter abusivo de la cláusula **multidivisa** en las circunstancias particulares del consumidor demandante y de su específica situación económica y jurídica, a diferencia de la cláusula suelo, cuya abusividad se explica por su carácter lesivo o perjudicial.

28. Teniendo en cuentas las anteriores consideraciones y valorando, fundamentalmente, la obligación a la que alude el TJUE del juez nacional de "verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual", estimamos que a lo que en realidad se está refiriendo el Tribunal es, más que al perjuicio de la estipulación entendido en sentido propio, a si la voluntad del consumidor se conformó de la manera adecuada, esto es, aceptando todos los riesgos del contrato. Contemplada desde la perspectiva del contrato, esto es, en sí misma considerada, la cláusula no es ni perjudicial ni beneficiosa para el consumidor, pues tanto puede resultar perjudicado como favorecido por la evolución de los tipos de cambio. Lo que puede resultar perjudicial para el consumidor es que el Banco predisponente, incumpliendo la exigencia de la buena fe contractual, se reserve para sí la información de que disponga por su carácter de profesional sobre la evolución del tipo de cambio y no haga partícipe de ella al consumidor, determinando con ello que su voluntad no se determine de forma correcta.

29. Para llevar a cabo ese juicio de hecho habremos de atender a todas las concretas circunstancias de hecho del caso que nos resulten conocidas de forma concreta y que enmarquen la decisión del consumidor. Esto es, circunstancias tales como su perfil (prudente o arriesgado, previamente informado o no, que solicita el producto a la entidad bancaria o al que le es ofrecido, relacionado con las monedas del préstamo o no, con razones objetivas para querer contratar en una moneda distinta a la suya o no, etc.). Todas ellas son cuestiones de puro hecho, puramente circunstanciales (esto es, ninguna en sí misma definitiva) pero que nos pueden ayudar en cada caso a representarnos con la mejor aproximación posible ese juicio de pronóstico al que hemos hecho referencia.

30. Y en ese sentido, obvio es decirlo, ocupa un lugar muy destacado, como no puede ser menos, el grado de información sobre los riesgos inherentes al producto recibido por el consumidor en el momento de contratar. Caso de resultar acreditado un alto grado de información, el mismo podría resultar muy determinante para representarnos que el consumidor conoció bien los riesgos y que por tanto su voluntad para contratar se prestó de forma adecuada, lo que no nos permitiría deducir o presumir que su decisión hubiera sido otra en la situación ideal a que nos hemos referido. Y, al contrario, si el grado de información hubiera sido escaso o no hubiera resultado acreditado por el Banco, ello también podría constituir un elemento trascendente en el juicio de hecho a que nos referimos.

31. La conexión que hemos visto que existe en este caso entre la falta de transparencia y los vicios de la voluntad impide que al hacer el enjuiciamiento nos podamos quedar con criterios completamente preestablecidos, esto es, criterios exclusivamente propios del consumidor medio. Sin despreciar la trascendencia de los mismos, el enjuiciamiento debe ir, al menos el caso de cláusulas **multidivisa**, más allá, en la medida en que lo permita el conocimiento de hecho sobre las concretas circunstancias del consumidor que en cada caso ha firmado el contrato que contenga la estipulación cuestionada. Por esa razón hemos de





insistir en el carácter esencialmente fáctico del juicio que en cada caso es preciso hacer, a partir de todas las circunstancias del caso.

La referencia al consumidor medio puede servir como punto de partida, para evaluar los riesgos del contrato, pero no así para concluir cuál hubiera sido en cada caso la decisión del consumidor, que insistimos es el aspecto determinante del juicio.

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

**33.** Tras este control de transparencia, se tendrá que realizar un segundo juicio de valor, un juicio de relevancia, para determinar si las cláusulas deben considerarse abusivas, atendiendo para ello a esos parámetros de evaluación de la actuación del predisponente de modo leal y conforme a las reglas de la buena fe, para ponderar si el consumidor, conocidas todas esas circunstancias y tratado de un modo leal, hubiera contratado igualmente.

#### **QUINTO. Aplicación de la anterior doctrina al supuesto de autos. Control de transparencia.**

**34.** Hechos reconocidos. No resulta controvertido, pues así la parte actora lo reconoce en la demanda, que con la intención de mejorar las condiciones financieras del préstamo hipotecario que había suscrito para adquirir su vivienda con Banco Santander acudió a la entidad demandada, con la que el 6 de noviembre de 2007 suscribió el préstamo hipotecario **multidivisa** por 47.720.400 yenes japoneses equivalentes a 285.000 euros.

En el acto de la audiencia previa, la parte actora reconoce los cambios de divisa que citaba la entidad demandada al contestar la demanda. En concreto, los demandantes pasaron del yen japonés al euro el 6 de marzo de 2012 y del euro a la libra esterlina el 6 de junio de 2012.

**35.** Iniciativa. Si bien en la demanda no se concreta la misma, en la prueba del interrogatorio de parte, el demandante ha reconocido que recibió un folleto de publicidad del préstamo hipotecario **multidivisa** a través del sindicato UGT del cuerpo de policía local, siendo él agente de la Guardia Urbana del Ayuntamiento de Barcelona. Ante la elevada cuota de amortización que abonaba y con la intención de reducirla, acudió a la entidad Bankinter, S.A. a preguntar por el préstamo hipotecario **multidivisa**.

**36.** Información precontractual. Se aporta por la parte demandada un folleto informativo del préstamo hipotecario **multidivisa** como documento 2 de la contestación, que no aparece firmado por los demandantes ni en cualquier caso se explica los riesgos del préstamo **multidivisa**. También se aporta una simulación comparativa en 300 y 360 meses en euro, franco suizo y yen japonés. Dicho documento tampoco consta firmado por los demandantes y en todo caso no se refleja ningún tipo de riesgo sino tan solo el ahorro que supone la cuota en la divisa del franco suizo o del yen japonés en relación con el euro (documento 3 de la contestación).

Como documento 4 de la contestación, se aporta la solicitud del préstamo hipotecario **multidivisa** firmado por los demandantes en el que se hace mención al riesgo asociado del tipo de cambio que puede suponer que el contravalor de la divisa pueda ser superior al límite pactado. Se adjunta un ejemplo numérico en el que se refleja el aumento del capital pendiente de amortización en euros ante una apreciación del yen japonés frente al euro. Se refiere expresamente a un incremento de las cuotas en su contravalor en euros así como del capital pendiente que podría llegar a ser superior al contravalor inicial de la **hipoteca**. Se añade que el riesgo de la divisa sobre el capital vivo sólo se materializa si se amortiza anticipadamente la **hipoteca** o por el cambio de la divisa de su capital pendiente.

En este documento se informa de forma clara y comprensible de la existencia del riesgo del tipo de cambio y de su alcance y, en consecuencia, de la carga económica para el cliente consumidor del contrato, por cuanto se dice claramente que la fluctuación de la divisa puede suponer un aumento de las cuotas de amortización y del capital pendiente, en su contravalor en euros.

La sentencia recurrida no valora como relevante dicha información expuesta en atención a la fecha del documento, que efectivamente es la misma que la de la escritura pública de préstamo hipotecario **multidivisa**, el 6 de noviembre de 2007.

Sin embargo debemos poner en relación dicho documento con la declaración del demandante que explica claramente que mantuvo al menos dos reuniones con la entidad demandada antes de acudir a la firma de la escritura pública ante el notario. En concreto, expone que en la primera reunión se le dio información sobre el

préstamo hipotecario **multidivisa**, en relación con el que reconoce que acudió a la oficina a preguntar con la intención de rebajar la cuota de amortización de su vigente entonces préstamo hipotecario en euros, si bien sostiene que únicamente le contaron las bondades del negocio que le supondrían, en su caso, un ahorro de 300 euros cada mes. En la segunda reunión explica que recibió una serie de documentación que le hicieron firmar. Sostiene que algo leyó, cree recordar, pero que no entendía los tecnicismos. En esa reunión aportó la documentación requerida para analizar su solvencia.

La información sobre la existencia del riesgo del tipo de cambio y su ejemplificación numérica son tan claras y comprensibles que no puede menos que valorarse, por más que la fecha sea la misma del contrato, pues cabe entender que en todo caso se entregó con anterioridad a la firma de la escritura pública, muy probablemente con la entrega de la documentación a la que se refería el demandante en su interrogatorio en la reunión previa a la firma. Por ello debemos considerar que la entidad informó de forma suficiente sobre el riesgo de tipo de cambio en dicho documento.

**37.** En cuanto a la información verbal, declaró en juicio el demandante, a cuya declaración ya hemos hecho referencia, a saber, reconoció su iniciativa al interesarse por el préstamo hipotecario **multidivisa** con la intención de rebajar las cuotas de amortización de su previo préstamo hipotecario en euros; le informaron del mismo, si bien insiste que solamente en sentido favorable; reconoce que sabía que suscribía un contrato en divisa, que es una moneda extranjera que fluctúa, si bien sostiene que no sabía que podía afectar al capital pendiente de amortización en el sentido de llegar a deber más capital en euros que el inicial. Reconoce que se le entregó una serie de documentación que leyó y firmó pues lo que quería era pagar menos. Declara que realizó dos cambios de divisa porque estaba amargado con el incremento de las cuotas. Se mantuvo solamente dos meses en el euro y, como seguía pagando mucho, preguntó de nuevo cuál podía ser la mejor opción y le hablaron de optar por la libra esterlina.

El testigo, Emilio, ex director prejubilado de la oficina de la entidad demandada, declaró que había trabajado cinco años en el departamento extranjero, por lo que conocía bien los préstamos hipotecarios **multidivisa**. Declara que siempre informaba del riesgo de tipo de cambio que suponía dicha operación y de la posibilidad de cambiar de divisa. Niega que pudiera decir que era el mejor préstamo hipotecario, como lo declara el demandante, pues ello no es cierto, si bien en aquel momento era un préstamo con el que se podía pagar menos. Insiste en que él se preocupaba de informar y de que se entendiera lo que explicaba, si bien no asesoraba nunca, sino que el cliente tomaba su propia decisión. No recuerda del todo a los demandantes pues hacía diez años de la suscripción del préstamo hipotecario **multidivisa**.

**38.** Cambios de divisas. Como se ha indicado, los demandantes pasaron del yen japonés al euro el 6 de marzo de 2012 y del euro a la libra esterlina el 6 de junio de 2012. Sostiene el actor que lo hizo al ver que su cuota había aumentado considerablemente buscando así una solución, si bien al no resultar acertada, pues seguía pagando mucho dinero, cambió a la Libra esterlina.

Según el informe pericial que aporta la parte demandante, el cambio del yen japonés al euro supuso una consolidación de un aumento del capital pendiente en su contravalor en euros considerable. En 2016 la fluctuación de la divisa elegida y el cambio del yen japonés al euro en febrero de 2012 le supusieron deber 71.313,36 euros más del capital inicial en su contravalor euros.

**39.** De la prueba analizada debemos concluir, en contra del criterio de la sentencia apelada, que la cláusula **multidivisa** impugnada supera el control de incorporación de los artículos 5,5 y 7 LGCG pues su redacción es clara y comprensible en la medida que se refiere al riesgo del incremento del capital pendiente por encima del inicial en euros.

También debemos concluir que la cláusula **multidivisa** se incorporó con transparencia, habida cuenta de la hoja de solicitud del préstamo que incorpora una clara explicación del significado y alcance del riesgo de tipo de cambio con una simulación concreta para el caso de apreciación del yen japonés frente al euro, tal y como se ha valorado anteriormente.

Como hemos reseñado en distintas resoluciones, estimamos muy relevante en la valoración del carácter abusivo de las cláusulas **multidivisa** si el consumidor tomó o no la iniciativa en la suscripción de ese tipo de productos. La iniciativa del consumidor favorece la transparencia, en la medida que permite deducir que conoce el producto y sus riesgos, y excluye o puede excluir la mala fe del banco.

**40.** Aun considerando un déficit de información por parte del banco tampoco estimamos que la cláusula **multidivisa** sea abusiva. Como hemos expuesto en los fundamentos anteriores, la falta de transparencia no implica en todo caso que la cláusula sea nula, sino que es el punto de partida (y el presupuesto) para analizar si la misma tiene carácter abusivo. Según la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 deben valorarse las circunstancias existentes en el momento de suscribirse el préstamo.



41. A la mencionada iniciativa, hay que añadir otro factor muy destacable como fue la imperiosa necesidad de conseguir un abaratamiento de las cuotas a pagar, así como, la posibilidad de haber comprendido el riesgo de tipo de cambio habida cuenta de la información facilitada por el banco, según se ha valorado, y la falta de acreditación de mala fe del banco, pues no resulta probado que tuviera conocimiento de previsiones futuras de las divisas y las hubiera ocultado, como se le imputa; todo ello permite concluir que el déficit de información en que haya incurrido la entidad demandada no fue relevante para tomar la decisión de los demandantes, de modo que de haber sido tratado lealmente por el banco, también hubieran suscrito dicho préstamo hipotecario **multidivisa** asumiendo el riesgo del tipo de cambio.

42. Al analizarse la cláusula impugnada, tanto en la sentencia como también en este recurso, conforme a la legislación y jurisprudencia protectora de los consumidores frente a cláusulas abusivas, en línea con el cambio jurisprudencial que tuvo que afrontar el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3893) sobre el control de transparencia en los préstamos **multidivisa** al amparo de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC), que incorpora al derecho interno la Directiva Comunitaria 93/13, no tiene sentido entrar en aquellas cuestiones que se refieren a la acción de nulidad por vicios de consentimiento, concretamente, las que afectan a la caducidad de la acción de nulidad, el carácter vencible o invencible del error, o la referencia a los parámetros de la Ley del Mercado de Valores (LMV) y las Directivas MiFid para identificar los estándares de información que el banco debe facilitar a sus clientes, que además en ningún caso, podría suponer la pretendida nulidad parcial del contrato.

Ello conlleva la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia.

#### **SEXTO. Costas procesales de la instancia.**

43. La estimación del recurso del banco supone la desestimación de la demanda, sin embargo entendemos que concurren dudas de hecho que conllevan la no imposición de las costas procesales, de conformidad con el artículo 394.1 LEC.

#### **SÉPIMO. Sobre las costas procesales del recurso.**

44. Al estimarse el recurso, no procede imponer las costas de esta alzada al apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 LEC, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Bankinter, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró de fecha 18 de mayo de 2017, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca y, en su lugar, se desestima la demanda, sin imposición de las costas procesales por concurrir dudas de hecho.

No se hace imposición de las costas del recurso y se ordena la devolución del depósito constituido al recurrir.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.