



Roj: **SAP B 127/2019 - ECLI: ES:APB:2019:127**

Id Cendoj: **08019370152019100048**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **16/01/2019**

Nº de Recurso: **1185/2017**

Nº de Resolución: **50/2019**

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.: 0821142120168190773

Recurso de apelación 1185/2017 -1

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Sant Feliu de Llobregat

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 643/2016

Parte recurrente/Solicitante: Melisa , Melchor

Procurador/a: Lluís Ricart Ribalta, Lluís Ricart Ribalta

Abogado/a: RAMON ALEXANDRE SALVAT SEOANE, RAMÓN ALEXANDRE SALVAT SEOANE

Parte recurrida: CAIXABANK, S.A.

Procurador/a: Robert Francesc Marti Campo

Abogado/a: IÑIGO VILLORIA RIVERA

SENTENCIA N° 50/2019

Cuestiones: Nulidad cláusula **multidivisa**.

Composición del tribunal:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Anna Esther Queral Carbonell

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

Parte apelante: Melchor y Melisa .

Letrado: Ramon Alexandre Salvat Seoane.

Procurador: Lluís Ricart Ribalta.

Parte apelada: Caixabank, S.A.



Letrado: Íñigo Villoria Rivera.

Procurador: Robert Martí Campo.

Resolución recurrida: sentencia.

Fecha: 31 de julio de 2017.

Parte demandante: Melchor y Melisa .

Parte demandada: Caixabank, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"Que desestimando íntegramente como desestimo la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Lluís Ricart Ribalta y representación de DOÑA Melisa y DON Melchor , contra la entidad CAIXABANK, S.A. , debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones contra ella formulada. Se imponen a la actora las costas causadas en el presente procedimiento. "

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la entidad 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. Los demandantes ejercitaron una acción de nulidad de las cláusulas **multidivisa** incluidas en el préstamo hipotecario suscrito con la entidad demandada el 2 de febrero de 2007. Sostienen que la entidad demandada no les informó de sus características y riesgos, por lo que solicitan la nulidad parcial del contrato por vicios en el consentimiento y por falta de transparencia y su carácter abusivo, al no haber recibido una correcta información precontractual para comprender el funcionamiento del préstamo hipotecario **multidivisa** que consideran un derivado financiero.

2. La entidad demandada contestó a la demanda oponiendo que el préstamo hipotecario **multidivisa** no es un derivado financiero. Defiende que la iniciativa para suscribir el préstamo hipotecario **multidivisa** fue de los demandantes. La entidad demandada cumplió con su deber de información con carácter precontractual entregando un folleto informativo. El principal del préstamo no ha aumentado. Los demandantes han recibido información periódica sobre el préstamo y las oscilaciones del tipo de cambio. Han cambiado de divisa hasta en tres ocasiones confirmando así la validez del contrato. Las cláusulas **multidivisa** no son abusivas. Opone también la excepción de caducidad de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento. En todo caso, no concurre error en el consentimiento de los demandantes, pues eran conscientes de no estar celebrando un préstamo hipotecario convencional, que además no daría lugar a la nulidad parcial del contrato.

3. Tras los trámites correspondientes, el juzgado dictó sentencia desestimando por la demanda por considerar que las cláusulas **multidivisa** fueron incorporadas de modo transparente no resultando abusivas y, una vez desestimada la excepción de caducidad, concluyó también que no concurría ningún vicio del consentimiento a raíz de la información prestada para formar la voluntad y el consentimiento de los demandantes.

4. La sentencia es recurrida por la parte demandante que opone que no se prestó la exigida y necesaria información precontractual ni verbalmente ni de forma escrita como se demuestra por los únicos documentos aportados al litigio y las declaraciones en juicio que valora. Defiende que la sentencia ha valorado erróneamente la prueba dando valor a un folleto informativo no recibido y a la información postcontractual.

5. La parte demandada se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

SEGUNDO. Sobre la determinación de las acciones ejercitadas.

6. En el escrito de demanda se ejercita, con carácter principal, la acción de nulidad de las cláusulas **multidivisa** por su carácter abusivo como, subsidiariamente, por error en el consentimiento. La sentencia aborda y resuelve las dos acciones en sentido desestimatorio.



7. En la Sentencia del TS de 15 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3893), el Tribunal Supremo adapta su jurisprudencia a la del TJUE y abandona el criterio de anular las cláusulas por considerarlas un producto financiero complejo desde el prisma de los vicios del consentimiento y resuelve la controversia al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la jurisprudencia que la desarrolla tanto interna como europea, con especial referencia a la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:703), el denominado Caso Andriuc.

8. Al resolver el recurso de apelación conforme a este nuevo criterio jurisprudencial consideramos que 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.

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

9. 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".

10. 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".

11. 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)").

12. 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).

13. 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).

CUARTO. Sobre el alcance del control de transparencia.



14. 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.

15. 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".

16. 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.

17. 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.

18. 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.

19. 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.



20. 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)".

21. 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).

22. 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*).

23. 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".

24. 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 incrementa 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".

25. 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.

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

26. 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.

27. De igual modo la Sentencia del TJUE en el asunto *Andriciuc* 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).*"

28. 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".

29. 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".

30. 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.

31. 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.

32. 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.

33. 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. Si bien debemos insistir en que la ausencia de información, o de su prueba, no debe constituir el único elemento determinante, y en algún caso ni siquiera el más determinante.

34. 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.

35. 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.

36. 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.

SEXTO. Aplicación de la anterior doctrina al supuesto de autos. Control de transparencia.

37. No resulta controvertido que los demandantes suscribieron el 2 de febrero de 2007 un préstamo hipotecario **multidivisa**, por la cantidad de 31.364.550 yenes japoneses, equivalentes a 189.000 euros, con la entidad demandada. Tampoco se niega que realizaron tres cambios de divisa, a saber, de yenes japoneses a euros en febrero de 2013; de euros a yenes japoneses en abril de 2013 y de yenes japoneses a francos suizos en mayo de 2014.

38. En cuanto a la iniciativa en la contratación, debemos concluir que los demandantes, interesados en cancelar un previo préstamo hipotecario en euros suscrito con otra entidad financiera, acudieron a la entidad Barclays Bank, S.A. preguntando por el préstamo hipotecario **multidivisa**, del que les habían hablado en las distintas entidades de crédito a las que habían acudido para conseguir mejores condiciones de financiación. En este sentido se reconoce en la demanda que se interesaron por la suscripción de un segundo préstamo hipotecario y que era muy extendida en 2007 la suscripción de préstamos hipotecarios **multidivisa**, de lo que se deduce que les hablaron de dicho producto bancario.

El testigo, Juan Ignacio, director de la oficina que les atendió, declara que no solía ofrecer préstamos hipotecarios **multidivisa** a no ser que el cliente se interesara expresamente por él pidiendo información.

39. En cuanto a la prueba documental precontractual, no consta que se entregara el folleto informativo que aporta la parte demandada como documento 10 de la contestación. La sentencia valora la información precontractual que ofrece el folleto, que se refiere a que los préstamos hipotecarios **multidivisa** conllevan determinados riesgos que se deben conocer antes de su contratación, si bien sin concretarlos, presumiendo su recepción por los demandantes. Sin embargo el documento lo aporta la parte demandada; no consta firmado por los demandantes y éstos niegan haberlo recibido, pues en la demanda denuncian toda ausencia de información. En el recurso critican la valoración que del mismo realiza la sentencia asumiendo su recepción.

La sentencia valora también los documentos 11 y 12 de la contestación como si de información precontractual se tratara, cuando en realidad son documentos posteriores a la firma del contrato, a saber, los recibos mensuales de las cuotas de amortización y el capital pendiente en yenes japoneses y una advertencia del riesgo de tipo de cambio e información sobre el tipo de cambio. No se trata pues de ninguna información previa a la firma del préstamo hipotecario **multidivisa** que es la que debe valorarse al analizar el control de transparencia.

En definitiva, no consta ninguna información escrita previa a la firma de la escritura pública de préstamo hipotecario **multidivisa**, como fuera un folleto (el aportado por el banco, sin explicación de los riesgos, no aparece firmado por los demandantes que niegan haberlo recibido), minuta, oferta vinculante o simulaciones de los distintos escenarios en función de la fluctuación de la divisa.

40. En cuanto a la información verbal suministrada por el banco antes de la celebración, existe una absoluta contradicción entre las declaraciones de la demandante y del director del banco en aquel momento, el cual por otro lado ha respondido de forma general sin recordar la suscripción del préstamo hipotecario **multidivisa** con los demandantes, a los que ni siquiera recordaba, a pesar de no haber concertado muchas operaciones de este tipo, según indicó. En este sentido la demandante afirma que no fueron informados del riesgo del tipo de cambio, mientras que el director declara que, en general, advertía de dicha circunstancia.

La sentencia asume como cierta la información sobre el riesgo de tipo de cambio y su alcance que el director afirmó que daba cuando se le preguntaba, sin embargo no existe más prueba de dicha exigida información precontractual que la declaración general, que no del caso concreto, del empleado del banco, que contradice la declaración de la demandante y que no cuenta con ningún soporte documental que la avale.

41. En definitiva, no existe ninguna prueba sobre la información facilitada por la entidad demandada antes de la firma del contrato sobre el riesgo del tipo de cambio y sus consecuencias económicas para el caso de depreciación del euro respecto de la divisa elegida ni escrita ni verbal, habida cuenta en cuanto a esta última de las contradicciones existentes entre la demandante y el testigo ex director del banco, sin que exista ningún elemento que permita dar mayor veracidad al segundo. No podemos pues compartir la valoración de la prueba realizada por la sentencia que parte del controvertido folleto informativo (documento 10 de la contestación) como suficiente y entregado, cuando no existe prueba de ello, y de la información verbal declarada por el director como realmente proporcionada a los demandantes, además de valorar los recibos e información postcontractual (documentos 11 y 12 de la contestación) como relevante a los efectos del conocimiento por los demandantes de la cláusulas **multidivisa** al suscribir el contrato.



42. En cuanto al perfil de los demandantes, son trabajadores asalariados, que perciben su sueldo en euros, con estudios básicos, sin conocimientos financieros ni de la fluctuación de las divisas y sin experiencia en productos de riesgo.

43. Los tres cambios de divisa solicitados por los demandantes de yenes japoneses a euros en febrero de 2013; de euros a yenes japoneses en abril de 2013 y de yenes japoneses a francos suizos en mayo de 2014 (hechos no controvertidos) no permiten concluir que los demandantes conocieran, al suscribir el contrato, el riesgo que suponía la fluctuación de las divisas, pues se produjeron 6 años más tarde cuando ya se habían evidenciado los riesgos.

44. Por todo ello, no podemos considerar acreditado que se comunicaran a los demandantes todos los elementos que podían incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndoles evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. No consta que se les prestara la información suficiente para que éstos pudieran valorar y comprender las consecuencias económicas de una cláusula controvertida sobre sus obligaciones financieras. En concreto, no consta que fueran informados ni advertidos de que la depreciación del euro frente al yen japonés pudiera suponer un incremento las cuotas hipotecarias ni de la afectación del riesgo del tipo de cambio en el capital pendiente, en el sentido de que su contravalor en euros en un momento determinado podría ser superior al suscrito inicialmente también en su contravalor en euros.

Por todo lo razonado, concluimos que la cláusula **multidivisa** no se incorporó de forma transparente, pues los demandantes consumidores no pudieron comprender que el contravalor en euros de la cuota mensual podía variar en función de la evolución del tipo de cambio, así como que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar también fluctuaba pudiendo llegar a deber más dinero que el capital inicial en euros.

SÉPTIMO. Juicio de relevancia.

45. No superado el control de transparencia de la cláusula **multidivisa**, debemos acudir al juicio de relevancia, para resolver si dicho déficit de información resultó trascendente para suscribir el préstamo hipotecario **multidivisa**, atendidas las circunstancias del caso concreto (control de abusividad de las cláusulas). 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.

Hecho el juicio de relevancia y atendiendo a las circunstancias del caso expuestas, tales como un perfil prudente de los demandantes, no relacionados con la moneda del préstamo, sin constar previamente informados ni con una situación de necesidad imperiosa para obligarse en una moneda distinta a las suyas, debemos concluir que si la entidad demandada hubiera informado de forma leal, de manera que los demandantes hubieran podido conocer y comprender de forma efectiva los riesgos de la operación y su alcance, aquellos no hubiera aceptado obligarse en yenes japoneses.

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

OCTAVO. Efectos de la nulidad.

46. En la demanda se solicita la devolución de las comisiones pagadas con ocasión de los cambios de divisas realizados. La cuestión de los efectos de la nulidad de la cláusula **multidivisa** la aborda la STS citada, según la cual, aplicando la LGDCyU, así como la LCGC, procede declarar la nulidad únicamente de las cláusulas que se han incorporado de modo no transparente, lo 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. El TS considera que el efecto de la nulidad de la cláusula **multidivisa** lo que determina es que se considere que el préstamo fue concedido en euros, dado que en el contrato se indica desde el inicio el contravalor en euros de la cantidad prestada.

47. En consecuencia, declarada la nulidad de las cláusulas **multidivisa** de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrita el 2 de febrero de 2007, procede declarar que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la **hipoteca** referenciada a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros, de manera que el préstamo quedará referenciado en Euros y el tipo de interés será el Euribor, + 0,50 de diferencial escriturado, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por tal declaración. No procede la condena al abono de cantidades. Todo ello supone la estimación sustancial de la demanda.

NOVENO. Sobre las costas de la instancia.



48. A pesar de la estimación sustancial de la demanda, concurren dudas de hecho en el caso concreto que justifican la no imposición de las costas procesales a la parte demandada, de conformidad con el artículo 394.1 LEC.

DÉCIMO. Sobre las costas del recurso.

49. Al estimarse el recurso, no procede imponer las costas de esta alzada al apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 LEC.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Melchor y Melisa contra la sentencia de Juzgado de Primera instancia núm. 4 de Sant Feliu de Llobregat de fecha 31 de julio de 2017, que revocamos. En su lugar, estimamos sustancialmente la demanda interpuesta por los demandantes; declaramos la nulidad parcial del préstamo hipotecario de 2 de febrero de 2007 en todas las cláusulas que hagan referencia a la facultad multimonedada; declaramos que el referido préstamo seguirá en vigor sin la referencia a la cláusula **multidivisa**, y que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la **hipoteca** referenciada a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros, de manera que el préstamo quedará referenciado en Euros y el tipo de interés será el Euribor, + 0,50 de diferencial escriturado, condenando a la entidad demandada al consiguiente recálculo de cuotas y capital pendiente en euros, sin imposición de las costas procesales al demandado por dudas de hecho.

No se hace imposición de las costas procesales 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, a los efectos pertinentes.

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