



Roj: **SAP B 1014/2019 - ECLI: ES:APB:2019:1014**

Id Cendoj: **08019370152019100231**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **14/02/2019**

Nº de Recurso: **56/2018**

Nº de Resolución: **262/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

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.: 0801942120168112333

Recurso de apelación 56/2018 -1

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 581/2016

Cuestiones.- Condiciones generales. Cláusula multidivisa. Control de transparencia.

SENTENCIA núm. 262/2019

Composición del tribunal:

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

ANNA ESTHER QUERAL CARBONELL

MARTA PESQUEIRA CARO

En Barcelona, a 14 de febrero de 2019

Parte apelante: Asociación de Usuarios Financieros.

Letrado: Óscar Serrano Castells.

Procurador: Pedro Morata Sendra.

Parte apelada: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

Letrado: Manuel Ledesma García.

Procurador: Ignacio Anzizu Pigem.

Resolución recurrida: Sentencia.

Fecha: 25 de octubre de 2017.

Parte demandante: Asociación de Usuarios Financieros.

Parte demandada: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: "Que desestimo, íntegramente, la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Pedro Moratal Sendra en nombre y representación de la ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS-ASUFIN, que actúa en defensa e interés de sus asociados don Alberto y doña Silvia contra la entidad BBVA SA y, en consecuencia, absuelvo a la demandada de todas las pretensiones contra ella ejercitadas, todo ello con expresa condena a la actora al pago de las costas causadas a la demandada en el presente proceso".

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose al recurso 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 13 de febrero de 2019.

Ponente: **JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.**

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. La Asociación de Usuarios Financieros (Asufin) interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) solicitando la nulidad de la denominada cláusula multidivisa incluida en el préstamo con garantía hipotecaria firmado por Alberto y Silvia (asociados de Asufin) con Caixa d'Estalvis de Catalunya (actual BBVA) el 1 de marzo de 2007.

Con carácter principal, la actora amparaba su demanda en la acción por vicios de consentimiento, causada por la falta de información facilitada por la entidad financiera. De modo subsidiario, se planteaba la misma pretensión de nulidad al amparo de la legislación y jurisprudencia sobre protección de consumidores frente a condiciones abusivas, indicando que la cláusula en cuestión no superaba el denominado control de transparencia.

Como consecuencia de la nulidad de la cláusula multidivisa, la actora solicitaba que se calculara nuevamente el préstamo como si se hubiera realizado en euros desde el inicio.

2. La entidad demandada se opuso a lo pretendido de contrario conforme a los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, defendió que la acción ejercitada por vicios de consentimiento debería considerarse caducada. Por otra parte, en la contestación a la demanda se indicaba que se habían satisfecho los deberes de información requeridos por la legislación sectorial, por lo que en modo alguno podría anularse la cláusula multidivisa ni por vicios de consentimiento, ni por ser cláusula abusiva.

3. Tras los trámites correspondientes, el juzgado dictó sentencia desestimando las pretensiones de la parte demandante, descartó que el préstamo multidivisa deba considerarse un producto financiero complejo, se excluye también se puedan apreciar vicios de consentimiento por falta de información, se entiende que no era posible aplicar la normativa sobre mercado de valores. En la sentencia se analiza también la cláusula desde la perspectiva de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), para concluir que la cláusula en cuestión también supera el denominado control de transparencia.

SEGUNDO . Principales hechos que sirven de contexto.

4. No hay en la sentencia de instancia un relato ordenado de hechos probados, aunque del contenido de su fundamentación jurídica se pueden extraer algunos hechos necesarios para resolver el recurso:

4.1. El 1 de marzo de 2007 el Sr. Alberto y la Sra. Silvia firmaron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con Caixa d'Estalvis de Catalunya para adquirir una vivienda.

4.2. El Sr. Alberto trabajaba en un laboratorio de muestras, la Sra. Silvia era administrativa.

4.3. Los pretarios, a los que ambas partes reconocen la condición de consumidores, no eran clientes de la Caixa d'Estalvis de Catalunya.

4.4. No hay prueba documental alguna en la que se indique cómo se ofrecía el préstamo en divisas.

4.5. El director de la oficina, en su declaración en la vista de juicio indica que no recuerda en concreto al Sr. Alberto y a su esposa.

4.6. Tal y como se recoge en la sentencia recurrida, "el empleado de la entidad que comercializó la **hipoteca** afirmó que explicaba que la **hipoteca** multidivisa era como una **hipoteca** normal, es decir, con riesgo de variabilidad del tipo de interés, pero a la que se añadía el riesgo de cambio de la divisa. Se remarcaba que



era una **hipoteca** multidivisa. Explicaba a los clientes que el franco suizo era la divisa más estable y que en la **hipoteca** en euros el tipo de interés era más elevado, pero era el cliente el que siempre decidía".

4.7. El préstamo se suscribía en francos suizos (345.748'68 francos), pero en la escritura se hacía referencia expresa a su equivalente en euros (212.000 €). El plazo de amortización era a 30 años. Se incluía en el préstamo la opción multidivisa, que permitía a los prestatarios modificar la divisa de referencia, siempre y cuando se comunicara a la entidad financiera. Si la divisa elegida era el euro, el interés remuneratorio variable se establecía con referencia al Euribor; si la divisa elegida era distinta del euro, el índice de referencia era el Libor.

TERCERO. Motivos de apelación.

5. Es la parte demandante la que recurre en apelación. En su escrito centra las alegaciones en cuestionar la valoración de la prueba realizada en primera instancia, con referencia al denominado control de transparencia vinculado al desarrollo jurisprudencial de la normativa sobre condiciones generales de la contratación; todo ello en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que establecía que el préstamo multidivisa no podía considerarse un producto financiero complejo, ni estaba sometido a las denominadas Directivas MiFiD, remitiendo a la Directiva 93/13 sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, para afirmar que era en este ámbito normativo en el que debía analizarse la validez de estas cláusulas.

También se cuestiona la valoración de la prueba practicada en relación con la acción de nulidad por vicios de consentimiento.

La recurrente consideraba que debió estimarse la demanda principal bien por la vía de los vicios de consentimiento, bien por la de las condiciones generales de la contratación.

En el recurso se solicitaba que, en todo caso, se revocara la condena en costas en la primera instancia por dudas de hecho y de derecho.

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

6. Aunque la demanda se presentó ejercitando una acción de nulidad (parcial) por vicios en el consentimiento e invocando la normativa relativa a los instrumentos financieros, acorde con la doctrina jurisprudencial entonces vigente, la resolución recurrida desechó ese planteamiento y resolvió de forma distinta, esto es, en los términos que resultan de la doctrina jurisprudencial vigente ya cuando se dicta, que sustancialmente es la misma que la actual.

Si bien el recurso insiste en el planteamiento relativo a la acción de vicios en el consentimiento, creemos que no tiene sentido alguno seguir por ese camino, hoy ya abandonado por la jurisprudencia, y que ha chocado siempre con un inconveniente insuperable en nuestro derecho: la inadmisibilidad de la nulidad parcial por vicios en el consentimiento en nuestro derecho. Por tanto, prescindiremos completamente de tal planteamiento, centrándonos en analizar la nulidad de las estipulaciones a partir de los instrumentos que la legislación de condiciones generales de la contratación establece, así como de la protección concedida a los consumidores y usuarios frente a la utilización de condiciones generales abusivas.

7. Dado que en la demanda lo que pretende es la nulidad de una concreta estipulación, no la nulidad del contrato de préstamo, creemos que lo razonable no es examinar esa cuestión desde la perspectiva de los vicios en el consentimiento, que solo es propia del examen de la validez del negocio jurídico, no así de la que corresponde al examen de la validez de sus concretas estipulaciones.

Por lo tanto, habrá que estar a las acciones de impugnación propias de las condiciones generales, que son las que se regulan en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, concretamente, la acción de no incorporación (art. 7) y la acción de nulidad de la estipulación (art. 8). La nulidad parcial de un contrato, esto es, la nulidad de alguna de sus estipulaciones que no afecte al propio contrato, solo se admite de forma excepcional en nuestro ordenamiento, en los casos en los que expresamente lo dispone el legislador, entre los que no se encuentra la impugnación de cláusulas predispuestas con carácter general.

8. A lo expuesto debemos añadir que la cuestión relativa a la validez de las **hipotecas** multidivisa o de las cláusulas contractuales relativas al pacto multidivisa ha sido objeto en los últimos años de diversidad de pronunciamientos, tanto por parte del Tribunal Supremo como del Tribunal de la Unión Europea, en la mayor parte de los cuales se plantean en sustancia las mismas cuestiones que en el presente proceso. Por tanto, aunque la demanda no se hubiera acomodado a los términos en los que se ha venido planteando la cuestión ante esos órganos, creemos que no existe un gran inconveniente para aplicar la doctrina que dimana de las diversas resoluciones que han dictado, alguna de ellas reciente y de gran impacto en nuestro tema.



El planteamiento de la cuestión es, en tales resoluciones, desde la perspectiva de lo previsto en el art. 4.2 de la Directiva 1993/13, esto es, desde la perspectiva del control de transparencia, como corresponde a una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato, como es la cláusula multidivisa. Seguiremos en lo sustancial ese mismo esquema argumentativo.

Ello determina una consecuencia práctica importante: que no puedan ser estimadas las cuestiones relativas a la caducidad de la acción y a la confirmación del contrato, motivos que solo tienen justificación desde la perspectiva de la acción de vicios en el consentimiento. A la acción de nulidad de las cláusulas ni se aplica la caducidad o la prescripción (salvo en cuanto a los efectos) ni tampoco la doctrina sobre la confirmación del contrato, instituciones ambas propias de las acciones de anulabilidad.

9. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 20 de septiembre de 2017 (- ECLI:EU:C:2017:703- asunto *Andriciuc*) 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).

CINCO. 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 476 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".

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.

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 financieros), 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 *Andriuc* 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 *Andriuc*).

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.

SEXTO. Carácter abusivo de las cláusulas multdivisa.

26. Ahora bien, 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 *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)*".

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. 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.

31. 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.

32. 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.

33. 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 multivisa, 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.

34. En definitiva y a modo resumen, procederá la nulidad de las cláusulas multivisa si se llega a la conclusión de 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.

SÉPTIMO. Aplicación de la doctrina expuesta al presente caso.

36. Hechos reconocidos: No resulta controvertido, pues así la parte actora lo reconoce en la demanda, que los prestatarios no eran clientes de la entidad, buscaban una **hipoteca** con buenas condiciones, pero no se prueba que se plantearan a priori suscribir un préstamo multivisa.

37. Iniciativa: Si bien en la demanda no se concreta la misma, en la prueba del interrogatorio del director de la oficina se corrobora lo que se indicaba en la demanda, era el director de la entidad quien recomendaba acudir a la multivisa por sus mejores condiciones.

38. Información precontractual: No se ha practicado prueba alguna al respecto, no hay referencias al modo en el que se comercializaba el producto y la información que se prestaba. En todo caso, la declaración del director de la oficina pone de manifiesto que en la información que se daba se destacaban los elementos interesantes para el prestatario (la cuota más reducida por el índice aplicado al interés), sin que conste el modo en el que se indicaba la información sobre riesgos. La información que consta es exclusivamente verbal.

39. No hay prueba que permita considerar acreditado que los prestatarios modificaron la divisa elegida.

40. De la prueba analizada debemos concluir, en contra del criterio de la sentencia apelada, que la cláusula multivisa impugnada no supera el control de incorporación de los artículos 5,5 y 7 LGCG pues, aunque su redacción es clara, no hay prueba alguna que permita considerar acreditado que el Sr. Alberto y la Sra. Silvia conocieran y asumieran el riesgo de suscribir un préstamo en una moneda de la que eran completamente ajenos.

Como hemos reseñado en distintas resoluciones, estimamos muy relevante en la valoración del carácter abusivo de las cláusulas multivisa si el consumidor tomó o no la iniciativa en la suscripción de ese tipo de productos.

41. No hay ningún factor que permita considerar que los prestatarios hubieran contratado este tipo de préstamo de haber sido conscientes del riesgo realmente asumido, riesgo que se concretaba en que cumpliendo puntualmente sus obligaciones, el capital prestado, al trasladarse al euro, incrementaría si la divisa elegida alzaba su valor de cambio respecto del euro.

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

SÉPTIMO. Sobre las costas.

42. Al estimarse el recurso, conforme al artículo 398 de la LEC, no hay condena en costas de la segunda instancia.



43. La estimación del recurso determina la estimación de la demanda, condenando por ello a la demandada al pago de las costas de la primera instancia (artículo 394 de la LEC).

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Usuarios Financieros contra la sentencia dictada el 25 de octubre de 2017 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 50 de Barcelona , revocándola en su integridad. Se estima la demanda inicial instada por la demandante, anulando, por abusiva, la cláusula multidivisa del préstamo con garantía hipotecaria firmado por Alberto y Silvia (asociados de Asufin) con Caixa d'Estalvis de Catalunya (actual BBVA) el 1 de marzo de 2007. Condenando a la entidad demandada a transformar dicho préstamo en euros, desde su firma, realizando nuevo cálculo de las cuotas satisfechas y el principal adeudado como si hubiera sido suscrito en euros, con las condiciones fijadas para dicha divisa.

No hay condena en costas del recurso de apelación. Se condena a BBVA al pago de las costas de la primera instancia. Ordenando la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

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.