



Roj: **SAP B 1360/2019 - ECLI: ES:APB:2019:1360**

Id Cendoj: **08019370152019100335**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **26/02/2019**

Nº de Recurso: **208/2018**

Nº de Resolución: **356/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

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.: 0830742120168126956

Recurso de apelación 208/2018 -3

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Vilanova i la Geltrú

Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 359/2016

Parte recurrente/Solicitante: DEUTSCHE BANK SOCIEDAD ANONIMA ESPAÑOLA

Procurador/a: ANGEL MONTERO BRUSELL

Abogado/a:

Parte recurrida: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS- ASUFIN, Isaac , Laura

Procurador/a: NURIA FRAILE ANTOLIN

Abogado/a: Vanesa Fernandez Escudero

Cuestiones: Condiciones Generales de Contratación. Préstamo multidivisas. Control de transparencia y carácter abusivo. Declara la nulidad. Recurso del Banco.

SENTENCIA núm. 356/2019

Composición del tribunal:

Luis Rodriguez Vega

BERTA PELLICER ORTIZ

NURIA BARCONES AGUSTÍN

Barcelona, a veintiséis de febrero de dos mil diecinueve.

Parte apelante: Deutsche Bank SA

- Letrado/a: Luis Javier Vidal

- Procurador: Ángel Montero Brusell

**Parte apelada:** Asufin

- Letrado/a: Vanesa Fernandez Escudero

- Procurador: Nuria Faile Antolin

Resolución recurrida: sentencia

- Fecha: 18 de julio de 2017

- Parte demandante: Asufin

- Parte demandada: Deutsche Bank SA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "Que, ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Da Nuria Fraile Antoín, en nombre y representación de la entidad ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS "ASUFIN" en nombre de D. Isaac y de D^a Laura , frente a la entidad financiera DEUTSCH .BANK, S.A., DEBO:

1.-DECLARAR Y DECLARO la nulidad parcial de las estipulaciones contenidas en el contrato de préstamo hipotecario con cláusula multidivisa suscrito entre las partes en fecha 25 de septiembre de 2008 y la del contrato de préstamo hipotecario de fecha 26 de julio de 2012 en lo referente a los pactos en divisas, declarando que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos que se contienen en las estipulaciones PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, TERCERA BIS y demás cláusulas accesorias o derivadas de la opción multidivisa y que la cantidad adeudada por la demandante, es el saldo vivo de la **hipoteca** referenciado en euros, resultando de disminuir del importe prestado en su día (310.000 euros), según consta en escritura pública, la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses amortizados convertidos a euros.

2.-CONDENAR Y CONDENO a la entidad DEUTSCH BANK, S.A. a estar y pasar por dicha declaración y a recalcular (en ejecución de sentencia) la cantidad adeudada por la demandante desde el inicio de la relación contractual (25 de septiembre de 2008), teniendo en cuenta las anteriores declaraciones, esto es, que el saldo vivo de la **hipoteca** referenciado en euros, resulta de disminuir del importe prestado la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue de 310.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, por tanto también en el capital pendiente de amortizar en fecha 26 de julio de 2012, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la cláusula tercera de la escritura (euribor a un mes más diferencial de 0,85 puntos básicos), más los intereses legales desde la interpelación judicial.

3.- CONDENAR Y CONDENO a la entidad demandada a la restitución a los actores de las cantidades que han sido abonadas en exceso, por aplicación de la opción multidivisa y las cláusulas relacionadas con este contenidas en la escritura de préstamo de fecha 25 de septiembre de 2008, por amortización de capital, intereses y comisiones por el cambio de moneda, más los intereses legales devengados de dicha cantidad desde las respectivas fechas de cobro hasta su completa devolución, según lo dispuesto en el artículo 1.108 del Código Civil , así como a las cantidades que han sido abonadas en exceso, por intereses devengados en atención al mayor capital que se contiene en la estipulación primera de la escritura de préstamo de 26 de julio de 2012.

4.- Todo ello, con expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento a la parte demandada".

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte reseñada. Admitido el recurso 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 13 de febrero de 2019 pasado.

Ponente: magistrado **Luis Rodriguez Vega**.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

1. La demandante presentó demanda contra la entidad financiera demandada en la que pretende, en primer lugar, que el Tribunal declare la nulidad de las estipulaciones del préstamo hipotecario suscrito entre los socios de la actora Isaac y Laura y la entidad financiera demandada las partes que hagan referencia a la **divisa**



extranjera, y, en segundo lugar, el Tribunal condene al Banco a recalcular la deuda como si el préstamo se hubiera concedido en euros.

2. El Banco se opuso a la demanda y la sentencia de primera instancia estimó íntegramente la misma. El Banco recurrente impugna la sentencia centrándose en afirmar la validez del contrato y sus cláusulas reproduciendo los argumentos de la contestación a la demanda, mientras que la demandada se opone a dicho recurso y pide la confirmación al sentencia.

SEGUNDO. Hechos relevantes y no controvertidos en esta instancia.

3. Los socios de la actora Isaac y Laura suscribieron el día 25 de septiembre de 2008 con el Banco demandado un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por el que el Banco prestaba a los prestatarios una suma en divisa 48.682.400 yenes japoneses (310.000 euros), para la cancelación de lo **hipoteca** que gravaba su vivienda, a un tipo de interés variable, fijando dos referencias, el Euribor para disposiciones en euros y el Libor, para disposiciones en divisas.

En fecha 26 de julio de 2012, con la finalidad de refinanciar la deuda que no podían asumir y evitar la ejecución hipotecaria, suscribieron un nuevo préstamo hipotecario con la entidad demandada por 464.854 euros, que debía ser reembolsado en 58 años.

TERCERO. El control de transparencia de las cláusulas de divisas.

4. La actora, como hemos dicho, pretende que se declaren nulas las cláusulas del contrato de préstamo en las que se hace referencia a la divisa en la que se concedió el préstamo y se recalcule la deuda pendiente como si el préstamo se hubiera pactado en euros y con referencia al Euribor respeto de los intereses. Fundamenta dicha pretensión en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDUC). Las partes no discuten el carácter predispuesto de las cláusulas impugnadas, lo que discuten es su validez.

5. La posición detallada de este Tribunal ha sido objeto de diversas sentencias, la primera la sentencia núm. 137/2018, de fecha 5 de marzo (Rollo 142/2017, ECLI:ES:APB:2018:1759), que incluye un voto particular, y la sentencia núm. 30/2018, de 22 de enero de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:140) a las cuales nos remitimos.

6. Son nulas las cláusulas predispuestas en un contrato entre un profesional, como una entidad de crédito, y un consumidor, como es el prestatario, cuando dichas cláusulas sean abusivas. Ahora bien, este control no es aplicable directamente a las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato, siempre que las mismas "se redacten de manera clara y comprensible".

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

7. 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".

8. Las SSTs núm. 669/2017, de 15 de noviembre (ECLI: ES:TS:2017:3893) y num. 599/2018, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3677) sigue el mismo criterio del TJUE para identificar las cláusulas que definen el objeto principal del contrato.

9. 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.

10. El Tribunal de Justicia 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). La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 se expresa en parecidos términos.

QUINTO. Sobre el alcance del control de transparencia.

11. Por consiguiente, el objetivo último del control de transparencia consiste en determinar si el consumidor se ha encontrado al contratar en situación de poder conocer y comprender adecuadamente todos aquellos elementos que tienen incidencia en las obligaciones asumidas. Ello incluye, en un contrato como es el préstamo multidivisa, los riesgos asociados al producto contratado.

12. 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.

13. 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)".

14. 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).

SEXTO. Análisis del caso concreto.

15. En el presente caso, la cláusula es transparente, ya que se ha acreditado que los prestatarios disponían de la información necesaria para valorar y asumir sus riesgos (el riesgo de cambio y el riesgo de variación del tipo de interés).

En primer lugar, tenemos la declaración de la testigo María Angeles, que en septiembre del 2008 cuando se suscribió el préstamo, era la directora de la sucursal de Vilanova y quien comercializó la operación. Aunque la testigo reconoció no recordar exactamente la información que proporcionó a los clientes, manifestó que este producto solo se ofrecía a solicitud de los clientes y que siempre se informaba de los riesgos de la operación.

En segundo lugar, el testigo Jose Miguel, en ese momento gestor de la sucursal, que también manifestó que los préstamos multidivisas solo se comercializaban a petición del cliente y que, una vez suscrito el préstamo, todos los meses, el cliente tenía que autorizar la compra de yenes japoneses para el pago de la cuota y recibía información puntual del capital pendiente en yenes y en euros.

En tercer lugar, el testigo Carlos Daniel, empleado del banco que actuó en la refinanciación de la deuda en el 2012 aclaró que parte de la familia de los prestatarios había suscrito este tipo de préstamo y se había encontrado con el mismo problema.

En cuarto lugar, también hay que tener en cuenta que el préstamo se suscribió para cancelar un préstamo hipotecario anterior concertado con Caixa d'Estalvis de Terrassa, no para adquirir la vivienda.

En quinto lugar, el mismo día en que se firmó la escritura, los prestatarios firmaron un documento en el que reconocieron que han tenido ellos la **iniciativa** para contratar el préstamo, que habían sido informados exhaustivamente, entre otras cosas, de los riesgos derivados de las variaciones de la cotización de las divisas, igualmente reconocen que el banco no presta asesoramiento y que son conscientes de las condiciones del préstamo (documento núm. 1 de la contestación, folio 238). Ese documento tiene especial importancia, ya que es la única forma que tiene el banco para acreditar que prestó la información adecuada y es perfectamente coherente con las declaraciones de los testigos a las que hemos hecho referencia.

En consecuencia, si la cláusula es transparente no puede ser valorado su eventual carácter abusivo, ya que se refiere al mismo objeto del contrato. Lo que nos lleva a revocar la sentencia y desestimar la demanda.

**SÉPTIMO. Costas.**

16. No procede hacer especial imposición de las costas de la primera instancia, ya que hay que reconocer las dudas que la cuestión ha suscitado en la jurisprudencia, a esos efectos, basta con citar la sentencia del Tribunal Supremo 323/2015, de 30 de junio y las Sentencias del TJUE de fecha 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14, Banif Pus Bank) y sentencia 20 de septiembre de 2017 (C-186/16 , Ruxandra Paula Andriciuc y otros y Banca Româneasca SA).

17. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC , no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Deutsche Bank SA contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Vilanova i la Geltru de fecha 18 de julio de 2017, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca íntegramente y, en consecuencia, se desestima la demanda y se absuelve al demandado de sus pedimentos, sin hacer especial imposición de las costas ni en primera instancia ni en segunda. Ordenando la devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes interponer en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación recursos de casación y/o extraordinario por infracción procesal ante este mismo órgano.

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.