



Roj: **SAP B 4997/2016 - ECLI:ES:APB:2016:4997**

Id Cendoj: **08019370152016100125**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **09/06/2016**

Nº de Recurso: **143/2015**

Nº de Resolución: **136/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOQUINTA

ROLLO Nº 143/2015-3ª

PROCEDIMIENTO 170/2014A (Juicio ordinario. Condiciones generales de la contratación)

JUZGADO MERCANTIL Nº 7 DE BARCELONA.

SENTENCIA núm. 136/2016

Componen el tribunal los siguientes magistrados:

Juan F. GARNICA MARTÍN

José Mª RIBELLES ARELLANO

José Mª FERNÁNDEZ SEIJO

En la ciudad de Barcelona a nueve de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial los presentes autos de juicio ordinario, tramitados con el número arriba expresado ante el Juzgado Mercantil Nº 7 de Barcelona, a instancia de don Eugenio , representado por la procuradora de los tribunales doña Carolina González Infante y asistida por el letrado don Daniel Panyella Callao, contra la entidad mercantil CATALUNYA BANC, S.A., representada por el procurador de los tribunales don Ignacio López Chocarro y bajo la dirección letrada de don Ignasi Fernández de Senespleda .

Pendientes en esta instancia al haber apelado la demandada la sentencia que dictó el referido juzgado el día 18 de noviembre de 2014.

Han comparecido en esta alzada las partes con la representación y defensa reseñada.

Conocemos las actuaciones por razón del recurso de apelación formulado por la entidad mercantil CATALUNYA BANC, S.A. contra la sentencia dictada en fecha 18 de noviembre de 2014 .

ANTECEDENTES DE HECHO

El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: «*ESTIMO parcialmente la demanda formulada por Dña. Carolina González Infante, en nombre y representación de D. Eugenio , y DECLARO la nulidad de:*

1. - PACTO SEGUNDO: AMORTIZACIÓN, en cuanto al último párrafo de la letra B); AMORTIZACIÓN C) OPCIÓN MULTIDIVISA y APARTADO d).

La nulidad de estas cláusulas conlleva que no puedan aplicarse las restantes del contrato relacionadas con ella y que resulten incompatibles con la declaración de nulidad. La parte demandada deberá presentar a la actora



un nuevo cuadro de amortización teniendo presente la nulidad de las anteriores cláusulas y las cantidades abonadas.

2. - PACTO SEXTO SOBRE INTERESES DE DEMORA.

3. - PACTO SEXTO BIS SOBRE CAUSAS DE RESOLUCIÓN.

No se imponen las costas procesales» .

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de CATALUNYA BAN, S.A. por escrito de 29 de diciembre de 2014.

Admitido a trámite, se dio traslado a la parte actora, que presentó escrito de oposición el 28 de enero de 2015.

remitidas las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona, comparecieron las partes y, tras los trámites legales, se señaló audiencia para votación y fallo prevista para el día 31 de marzo de 2016.

Es ponente José M^a FERNÁNDEZ SEIJO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Circunstancias necesarias para resolver el recurso.

La representación de la entidad mercantil CATALUNYA BANC, S.A. interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el juzgado mercantil nº 7 de Barcelona el 18 de noviembre de 2014 (Juicio Ordinario 170/2014A). En dicho procedimiento la representación de don Eugenio solicitaba, al amparo de los artículos 82 y 83 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre (Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), que se declarara la nulidad de determinadas cláusulas del préstamo hipotecario suscrito por el Sr. Eugenio con la mercantil CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA (actual CATALUNYA BANC) el 29 de febrero de 2008. Concretamente solicitaba que se declarara la nulidad de las siguientes cláusulas conforme al siguiente suplico:

PACTO SEGUNDO.- AMORTIZACIÓN, párrafo final de la letra B).- La determinación en euros del valor de cada cuota se calculará en base al cambio vendedor de divisas que publique la caja, de acuerdo con la normativa vigente, dos días hábiles anteriores a la fecha del vencimiento.

PACTO SEGUNDO.- AMORTIZACIÓN C) OPCIÓN MULTIDIVISAS i APARTADO D).

PACTO TERCERO BIS.- DETERMINACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS VARIABLE.

PACTO SEXTO.- INTERÉS DE DEMORA.

PACTO SEXTO BIS.- CAUSAS DE RESOLUCIÓN.

LA MODIFICACIÓN DEL PACTO NOVENO.- CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA, en el sentido de que la cantidad que la hipoteca garantice sea únicamente de 290.000 euros.

COMO EFECTOS DE ESTAS PRETENSIONES SE SOLICITA:

Se solicita que se declare expresamente que la moneda en la que se considera celebrada la hipoteca es el euro y el índice de referencia el Euribor, en el sentido más favorable a la prestataria.

Que las cantidades ya satisfechas por el demandante - que suman 74.000 euros, se considere que han amortizado la parte proporcional de esta deuda principal hipotecaria por la suma de 290.000 euros.

Que se obligue a la demandada a presentar un nuevo cuadro de amortización inicial y otro actual con el fin de determinar la diferencia exacta pendiente de pago a partir de las cantidades ya pagadas y de las cantidades pendientes conforme a la petición de la demanda de considerar que el préstamo lo era en euros y que el principal era de 290.000 euros.

Conviene destacar los datos fundamentales del préstamo hipotecario de 29 de febrero de 2008:

Don Eugenio y la mercantil CATALUNYA BANC, S.A. firmaron el 29 de febrero de 2008 un préstamo hipotecario con las siguientes cláusulas con incidencia en el procedimiento de autos:

CAPITAL DE PRÉSTAMO.- 479.979'80 francos suizos, equivalentes a 290.000 euros.

AMORTIZACIÓN.- 30 años.- 120 cuotas trimestrales comprensivas de capital e intereses.

Respecto del tipo de interés remuneratorio aplicable se pactó que durante el primer período el interés sería fijo (el 4'06167%) y para el resto de períodos el interés sería variable, sumando al tipo de referencia (Euribor) un



diferencial que sería de 0'75 puntos, si el capital pendiente de amortizar estaba en euros, y sumando al tipo de referencia (Libor) un diferencial de 1'25 puntos, si el capital estaba en una de las divisas alternativas.

Respecto de los intereses se anexa cuadro teórico de amortización del préstamo calculado al tipo de interés inicial, del que resulta el capital pendiente, en la divisa prestada y en euros, después del vencimiento de cada una de las cuotas. La determinación en euros del valor de cada cuota se calculaba en base al cambio vendedor de divisas que publique la caja, de acuerdo, con la normativa vigente, dos días hábiles anteriores a la fecha de vencimiento de la cuota.

Como apartado C) de la cláusula segunda, con el título de opción **multidivisa**, se habilitaba al prestatario a cambiar de divisa de referencia en determinadas condiciones.

Como apartado D) una cláusula sin título que hacía referencia a los mecanismos de mantenimiento de equivalencia entre valor de divisa.

Interés de demora del 10 % si es en franco suizo y Euribor más 10 % si es en euros.

En la cláusula 9 se constituye la hipoteca sobre 469.979'80 francos suizos o su contravalor equivalente a 290.000 euros, más la cantidad de 14.000 euros para cubrir posibles oscilaciones de la paridad entre el franco y el euro, del pago de sus intereses hasta un máximo de dos años, al tipo máximo del 10 % de los intereses de demora hasta un máximo de 87.000 euros, así como 27.500 euros para costas y gastos.

En los anexos se indica que un euro era equivalente a 1'62062 francos suizos. Se acompañaba una tabla de amortización con el franco en el valor de la fecha de suscripción del préstamo hipotecario.

De 02 a 05 de 2008.- franco suizo estaba a 1'59974 €, posteriormente el franco ha perdido valor respecto del euro.

En la contestación a la demanda se acompaña la copia de la oferta vinculante de 27 de febrero de 2008. En ese documento se identifica el valor en euros y el compromiso de formalizarlo en francos suizos (no se dice nada de la necesidad de pago de las diferencias si se modifica el valor del franco suizo).

La sentencia dictada por el Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona estima parcialmente la demanda y declara la nulidad de las siguientes cláusulas:

El pacto segundo, titulado «*amortización*», en cuanto al último apartado de la letra B); Amortización C opción **Multidivisa** y apartado d). En el fallo de la sentencia se indica que la nulidad de estas cláusulas conlleva que no puedan aplicarse las restantes del contrato relacionadas con ella y que resulten incompatibles con la declaración de nulidad. Condena a la parte demandada a presentar un nuevo cuadro de amortización teniendo en cuenta las cláusulas anuladas y las cantidades abonadas.

Pacto sexto sobre intereses de demora.

Pacto sexto bis sobre causas de resolución.

Respecto de la nulidad de algunos aspectos del pacto segundo del contrato, en el que se recoge la denominada cláusula **multidivisa**, el Fundamento Segundo de la sentencia recurrida advierte que la parte demandante no ha sido suficientemente ordenada, rigurosa y clara en la exposición de hechos y fundamentos determinantes de la nulidad de las cláusulas impugnadas. En este fundamento la sentencia establece las pretensiones de las partes referidas a la cláusula **multidivisa**. La sentencia hace algunas consideraciones cuya reproducción literal es útil para resolver el recurso:

« (...) la lectura de las cláusulas y del sentido de las obligaciones que estaba asumiendo [el Sr. Eugenio] permite afirmar que a la incerteza y riesgo que se asume con la contratación de un préstamo hipotecario a interés variable, como el de autos, determinado por un tipo de referencia fluctuante en el mercado, que escapa del control de la parte demandante, se suma un riesgo adicional, cual es que en el momento de determinación de la cuota trimestral que se debía abonar, ésta fuera determinada por el tipo de cambio de la correspondiente divisa, también fluctuante.

La existencia de este riesgo adicional exige, como se desarrollará, la necesidad de una información precontractual y una claridad adicional que no existe en este caso ».

A continuación, la sentencia hace referencia al denominado control de transparencia de las cláusulas abusivas, menciona la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (fundamento 144), y otras resoluciones del Tribunal Supremo que desarrollan este control, concretamente el voto particular de la Sentencia de 8 de septiembre de 2014 . Se hace también referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13).



Tras estas referencias jurisprudenciales se realizan las siguientes consideraciones referidas al caso concreto:

« En el presente caso, de los documentos obrantes en autos no queda suficientemente acreditado que se cumpliera con los deberes de claridad y transparencia pues, por un lado las cláusulas indicadas son por sí solas de difícil comprensión, no son claras y comprensibles para el consumidor y, por otro lado, no aporta la entidad bancaria ninguna prueba relativa a que se le entregara al cliente ningún folleto informativo o documento similar con carácter previo a la suscripción del préstamo hipotecario, ni acerca del funcionamiento de la opción **multidivisa**, acerca de cómo se procedía al cálculo del tipo de cambio, ni las opciones que contemplan la letra C), ni las condiciones que dicha cláusula establece, ni tampoco el significado concreto de la cláusula D) del PACTO SEGUNDO. A lo anterior cabe añadir que a las cuotas hipotecarias, según los recibos aportados, se les adiciona una comisión por cambio, de no alta cuantía, pero que no figura en la escritura pública y que suma confusión.

El documento adjunto a la escritura pública en que se contienen unos "datos estimativos a tipos de interés constante y meramente informativo" que puede presumirse que estuvo a disposición de los demandantes para su lectura (como también la propia escritura de préstamo), no puede estimarse en modo alguno como suficiente como para entender que mediante dicho documento se pudieran colmar las carencias de claridad de las cláusulas y el consumidor aquí demandante pudiera hacerse cargo de las consecuencias económicas derivadas a su cargo. Dicho documento tan sólo presenta una estimación que es no sólo a tipo de interés constante (cuando es un interés variable) sino que se ha de entender que también es a un tipo de cambio constante, cuando de los recibos aportados y los interrogatorios desarrollados en el acto de juicio se desprende que desde la fecha del contrato los tipos de cambio entre el Franco Suizo y el Euro han variado, en detrimento del euro, notablemente.

En consecuencia, la parte demandante con las cláusulas referidas estaba asumiendo un riesgo adicional, sin que pueda tenerse como probado, sino al contrario, que por la redacción de las cláusulas y por la información suministrada el demandante pudiera conocer de una manera razonable qué riesgos estaba realmente asumiendo.

Por ello, se declara la nulidad de las cláusulas pactos segundo b) in fine, pactos segundo C) y D) de la escritura, sin que resulte necesaria ninguna integración adicional del contrato que puede subsistir, referido únicamente a euros y con aplicación del Pacto TERCERO BIS sobre el tipo de referencia, siendo procedentes los pronunciamientos recogidos en el suplico de la demanda d) y e) como efecto propio de la nulidad. Las restantes cláusulas del préstamo que estén relacionadas con las declaradas nulas se entenderán inaplicables ».

Segundo.- Sobre el préstamo hipotecario firmado por las partes y el modo en el que se fueron satisfaciendo las cuotas.

Antes de entrar a analizar los motivos de apelación, consideramos que puede ser útil hacer referencia a la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos, firmada el 29 de febrero de 2008 por don Eugenio , doña Adelina y la Caixa d'Estalvis de Catalunya (actual CATALUNYA BANC, S.A.). Esta escritura se aportaba como documento número 2 de la demanda.

Como ya hemos referido en fundamentos anteriores, en el primero de los pactos de la escritura se indica que el capital prestado es de 469.979'80 Francos Suizos, equivalentes a 290.000 €. El préstamo se firma a 30 años, pactándose la devolución en 120 cuotas trimestrales, comprensivas de capital e intereses. Como norma general se establece que las cuotas deben pagarse en la misma divisa en la que se hubiera realizado el último pago, salvo que el prestatario optara por sustituir la divisa de pago en los términos que preveía el apartado C del pacto segundo, referido a la amortización del préstamo.

Aunque el préstamo se había establecido en francos suizos, sin embargo, en el párrafo final del apartado B del pacto segundo, referido al modo de amortización, se establece: « La determinación en euros del valor de cada cuota se calculará en base al cambio vendedor de divisas que publique la CAJA, de acuerdo con la normativa vigente, dos días hábiles anteriores a la fecha del vencimiento de la cuota ».

De estas dos primeras referencias se podría afirmar que el prestatario solicitó un préstamo en francos suizos, que debía devolver en francos, sin perjuicio de que la realización del pago se hiciera calculando en euros, por lo que cualquier oscilación en el valor del franco suizo con referencia al euro a lo largo de los 30 años de vigencia del préstamo podía jugar a favor o en contra de los intereses de las partes (si el franco se depreciaba respecto del euro, la cuota en francos le suponía al prestatario pagar menos euros al prestamista; si el franco se apreciaba respecto del euro, la cuota en francos determinaba que el prestatario hubiera de pagar más euros al prestamista).

Se acompañan con la demanda las liquidaciones trimestrales desde el inicio de amortización y allí se constata cómo a medida que el franco suizo se devalúa respecto del euro, la cuota que debía pagar el Sr. Eugenio iba reduciéndose al ser convertida en euros.



Estas previsiones iniciales se complican cuando se examina el apartado C) del pacto destinado a la amortización. Este apartado C), bajo el epígrafe opción **multidivisa**, permite al prestatario cambiar la divisa fijada para el pago de las cuotas a una de las divisas alternativas que publicaba la entidad financiera. El único requisito que debía cumplirse era que el prestatario comunicara al prestamista esta opción tres días antes del comienzo de un período de intereses.

El apartado D del pacto segundo - recordamos que es el referido al modo de amortizar - advierte que el ejercicio de la opción **multidivisa** no supone, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni la reducción del riesgo en vigor, salvo caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio. Por lo tanto, « *el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a la CAJA, de cualquier responsabilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción pueda ser superior al límite pactado.*

Por ello, el prestatario se obliga a mantener la equivalencia establecida en el pacto primero entre la divisa prestada y su contravalor en euros, de forma que en ningún momento el capital pendiente de amortizar en divisas, en un determinado período de intereses, represente un incremento de la deuda en euros que resulta del cuadro teórico de amortización que se anexa a este contrato según lo pactado en la letra A) anterior. Si la desviación es superior al 5%, el prestatario se obliga a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener dicha equivalencia.

El incumplimiento de la anterior obligación será causa de vencimiento anticipado de la presente operación ».

Este último apartado con sus tres párrafos es el que exige un mayor esfuerzo de análisis partiendo de los siguientes datos constatados en autos:

El préstamo se constituye en francos suizos, el día en el que se hace la transferencia a la cuenta del Sr. Eugenio los 469.979'80 francos se corresponden con 290.000 euros (documento nº 3 de la demanda). En esa fecha - 29 de febrero de 2008 - un franco se cambiaba por 1'62062 euros.

La cuota de amortización trimestral se ha establecido siempre sobre la referencia de la divisa en la que se hizo el préstamo, es decir, los francos suizos. Sin embargo, en la cuenta que el Sr. Eugenio tenía abierta en la entidad demandada se cargaba el valor de esa cuota en euros (así se constata en los documentos 4 a 25, correspondiente con las distintas liquidaciones). En estas liquidaciones se constata que el Franco empieza a perder valor respecto del euro (llega a cambiarse un Franco a 1'18524 euros en febrero de 2012). Por lo tanto, el Sr. Eugenio ve cómo el resultado en euros de sus cuotas se reduce sensiblemente.

De esa misma documentación referida a la liquidación de las cuotas debe considerarse probado que el Sr. Eugenio nunca modificó el sistema de amortización a otra divisa que no fuera la pactada en el contrato - le prestan en francos y ha de devolver francos, sin perjuicio de que se calcule el valor en euros dado que el Sr. Eugenio paga siempre la cuota en euros.

El 27 de noviembre de 2012 el Sr. Eugenio recibe una comunicación de la entidad financiera (documento nº 26 de la demanda) en la que se le indica que le habían prestado con un límite de 290.000 euros y que, sin embargo, había dispuesto de la suma de 34 5. 039'78 euros, es decir, que se había excedido en un 18'98% en el capital prestado.

En ese mismo documento aparece un cálculo manuscrito en el que se indica que en cinco años ha pagado 74.183'83 euros y le quedan por pagar 324.607'30 euros.

Para entender lo sucedido hay que volver al pacto segundo D) por el que el prestatario se obliga a mantener la equivalencia entre la divisa prestada y su contravalor en euros conforme al cuadro teórico de amortización anexado (el cuadro anexado es el documento nº 2 de la demanda), este cuadro de amortización parte de que no habría modificaciones en el tipo de cambio entre los francos suizos y el euro, cuadro proyectado a 30 años.

Cómo el franco suizo ha perdido valor respecto del euro lo que ha sucedido es que el Sr. Eugenio no ha mantenido la equivalencia entre los francos prestados y su contravalor en euros y las modificaciones en el tipo de cambio han determinado que, conforme a la cláusula de referencia, se haya excedido en más de un 18% en el capital prestado, pese a que durante años ha pagado puntualmente las cuotas y ha visto como se reducía aparentemente la cuota a pagar al trasladarse a euros.

Tercero.- Motivos del recurso de apelación.

En el recurso de apelación la entidad demandada identifica los pronunciamientos de la sentencia que recurre, concretamente los referidos al pacto segundo: Amortización, en cuanto al último párrafo de la letra B),



amortización C) Opción **Multidivisa** y apartado D), y el pacto sexto sobre intereses de demora. Quedan fuera del debate de la apelación otras cuestiones referidas en demanda y contestación.

Tal y como advertía la sentencia recurrida, el escrito de demanda no era especialmente claro en cuanto a sus argumentos y pretensiones, por eso consideramos conveniente reproducir literalmente las cláusulas que finalmente se han declarado nulas y que son objeto del recurso de apelación:

Pacto segundo B) in fine. El pacto segundo se refiere a la amortización, la parte anulada literalmente establece: « *La determinación en euros del valor de cada cuota se calculará en base al cambio vendedor de divisas que publique la CAJA, de acuerdo con la normativa vigente, dos días hábiles anteriores a la fecha de vencimiento de la cuota* ».

La parte recurrente desarrolla sus motivos de impugnación de este pronunciamiento de la sentencia del modo siguiente:

Respecto de esta cláusula considera la parte recurrente que puesto que el actor percibió el préstamo en francos suizos y se obligó a devolver el préstamo en francos suizos, la cláusula de referencia era necesaria para conocer en cualquier momento su equivalencia en la moneda nacional. La cláusula no establece ningún riesgo adicional.

Considera la parte recurrente que la cláusula no perjudica al prestatario, más bien al contrario, queda protegido en la medida en la que se fija el momento en el que se determina el tipo de cambio aplicable.

No establece la sentencia el precepto del texto de la Ley General de Consumidores y Usuarios infringido, ni por qué se declara abusivo el cambio vendedor y no, por ejemplo, el cambio comprador y qué aspecto concreto de dicho cambio comprador perjudica al consumidor. Tampoco especifica por qué considera que dicha cláusula no supera el control de transparencia.

La cláusula en cuestión no establece ninguna obligación adicional al prestatario ni le supone un riesgo adicional.

Hace referencia el recurso a la cualificación del prestatario, ciudadano italiano licenciado en ciencias políticas y de la administración, especializado en relaciones internacionales.

No se ejercita una acción de nulidad por vicios de consentimiento, no se solicita la nulidad del contrato. Considera que la nulidad de un pacto por abusivo nunca puede conllevar que el juzgador modifique el préstamo inicial.

Concluye el recurso advirtiendo que « *una diligencia mínima en la contratación exige al prestatario prever que, de acuerdo con dicha evolución de esa relación entre dos monedas saldrá beneficiado o perjudicado. De ese modo el riesgo asumido es perfectamente perceptible por cualquier y no reviste otra complejidad que la de adivinar si el valor de cotización de la divisa va a continuar por debajo del atribuido a la moneda nacional o subirá, algo que está por completo fuera del alcance de todo conocimiento cuando la expectativa se evalúa en un préstamo a veinte años de vigencia* ».

Pacto segundo C) completo. Recordamos que el pacto segundo se refiere a la amortización y el apartado C) regula la denominada opción **multidivisa**:

« *Esta opción podrá ejercitarse, a petición del prestatario, con arreglo a las siguientes condiciones:*

a) *El prestatario notificará a la CAJA, antes de las 11 horas del tercer día hábil anterior al comienzo de un PERÍODO DE INTERÉS, su deseo de ejercitar la opción y consecuentemente satisfacer la cuota correspondiente al próximo PERÍODO DE INTERÉS, en euros o en una de las DIVISAS ALTERNATIVAS (divisa cuyo cambio haya sido publicado por Caja Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España).*

b) « *La cantidad de DIVISA ALTERNATIVA objeto de la presente opción será la necesaria para adquirir el importe equivalente del capital pendiente no vencido, al tipo de cambio publicado por Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España, dos días hábiles (del Mercado de divisas de Madrid) antes de la fecha en que se inicie cada período de intereses.*

c) *El ejercicio de esta opción habrá de ser por una DIVISA ALTERNATIVA cuyo interés, determinado según lo establecido en el pacto tercero bis, no supere el tipo máximo garantizado en el pacto noveno.*

d) *Si el prestatario, en un determinado Período de Interés, no optara por satisfacer la cuota correspondiente al siguiente Período de Intereses mediante una moneda alternativa de las indicadas, u optara por una a las que se refiere la letra c) anterior, se entenderá que tal cuota deberá ser satisfecha en la misma moneda que la anterior.*



e) Si una vez adquirida la DIVISA ALTERNATIVA del siguiente período de interés, el prestatario impagara la cuota correspondiente al PERÍODO DE INTERÉS corriente, la CAJA queda facultada para vender la nueva divisa y unificar la totalidad de la deuda en euros o en la divisa en que se haya producido el impago, siendo por cuenta del prestatario el coste de tales operaciones ».

La parte recurrente desarrolla los motivos de oposición a la nulidad de la cláusula del modo siguiente:

Considera que no puede declararse nula una cláusula que es una opción para el hipotecante. No es una obligación. No supone un riesgo adicional.

El apelante trae también a este motivo del recurso que la sentencia impugnada no hace referencia al precepto de la LGCU infringida, ni por qué se declara abusiva o por qué no supera el control de transparencia.

La declaración de abusividad de esta cláusula no puede conllevar la conversión automática a euros de la moneda en la que se contrató el préstamo. Si se declarara nula dicha cláusula el préstamo continuaría definitivamente en francos suizos, sin posibilidad de modificarse unilateralmente por parte del consumidor.

12. 3 Respecto del apartado D) del pacto segundo literalmente tiene el siguiente contenido:

« El ejercicio de la opción **multidivisa** no supone, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio. Por tanto, el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a la CAJA, de cualquier responsabilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción pueda ser superior al límite pactado.

Por ello, el prestatario se obliga a mantener la equivalencia establecida en el pacto primero entre la divisa prestada y su contravalor en euros, de forma que en ningún momento el capital pendiente de amortizar en divisas, en un determinado período de intereses, represente un incremento de la deuda en euros que resulta del cuadro teórico de amortización que se anexa a este contrato según lo pactado en la letra A) anterior. Si la desviación es superior al 5%, el prestatario se obliga a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener dicha equivalencia.

El incumplimiento de la anterior obligación será causa de vencimiento anticipado de la presente operación ».

La parte recurrente desarrolla los motivos de impugnación a este pronunciamiento del modo siguiente:

No se especifica en la sentencia de instancia en qué consiste la abusividad de la cláusula, no concreta el apartado o artículo infringido.

Considera la parte recurrente que esta cláusula opera como una advertencia del riesgo asumido por el actor en una cláusula no impugnada por él mismo.

Considera que la parte actora en ningún momento cuestiona que el préstamo se realizó en francos suizos y que, por lo tanto, asumía el riesgo de interés y el riesgo de tipo de cambio. « Es consciente que el precio que deberá pagar por su préstamo fluctuará en función del tipo de interés aplicable (en el presente caso el Libro suizo) y el tipo de cambio aplicable a la divisa elegida».

En el recurso se hace referencia al principio de conservación del contrato.

La parte actora firmó la solicitud de compra de divisa anterior a la firma del préstamo, por lo que era consciente de que la operación se realizaba en francos suizos.

Se denuncia en este punto la incongruencia del fallo de la sentencia al convertir en euros un préstamo suscrito conscientemente por el prestatario en francos suizos. La parte demandante en ningún caso ha solicitado que el préstamo cambie de divisa.

El interés de demora se recoge en el pacto sexto de la escritura: « Sin perjuicio del eventual ejercicio de las acciones resolutorias que divo evento pueda acarrear, toda cantidad no pagada en fecha de su vencimiento devengará diariamente, a favor de la caja, intereses de demora al tipo que resulte de incrementar en DIEZ puntos el tipo de interés nominal que hubieren devengado las cantidades cuyo pago se demora, tal y como se define en el pacto tercero-bis, salvo que la cantidad no pagada sea en euros o se convierta en euros, en cuyo caso el interés de demora será el establecido en el párrafo siguiente. Los intereses indemnizatorios se liquidarán y pagarán, en la moneda en que estén expresadas las cantidades cuyo pago se demora, en la fecha en que se amorticen las cantidades que se devenguen; todo ello sin perjuicio de que la caja pueda convertir a euros el montante impagado, en cuyo caso los intereses de demora serán los pactados en el siguiente párrafo ». En el párrafo siguiente se establece que el interés de demora será el « que resulte de incrementar en DIEZ puntos el tipo de interés nominal denominado EURIBOR ».



Considera la parte recurrente que lo que se plantea de fondo en la resolución recurrida es si una cláusula que establece el interés de demora del préstamo será el remuneratorio más diez puntos porcentuales, puede constituir una cláusula abusiva conforme al apartado 1 e) del anexo de la directiva 93/13/CEE.

Considera la parte recurrente que no es correcto aplicar en el supuesto de autos la normativa sobre crédito al consumo.

Considera que el interés pactado cumple con la función disuasoria y que está justificado que sea superior al interés remuneratorio.

Cuarto.- Sobre el préstamo hipotecario en divisa extranjera y la tutela al consumidor.

El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de analizar una póliza de préstamo **multidivisa** (STS de 30 de junio de 2015, Roj STS 3002/2015) y ha tenido la oportunidad de realizar algunas consideraciones sobre estos instrumentos financieros:

*« Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca **multidivisa** " es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).*

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.

Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

*Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas **multidivisa** " se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos» .*

Aunque en la Sentencia del Tribunal Supremo los prestatarios no fueron considerados consumidores y, por lo tanto, no pudo darse respuesta a sus pretensiones desde la perspectiva de la Ley de Condiciones Generales (Ley 7/1998, de 13 de abril) y la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre), lo cierto es que los Fundamentos 3 y 4 de la citada resolución definen perfectamente el tipo de producto financiero complejo, un instrumento financiero **derivado**, « por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera ». Al calificarse el producto como un instrumento **derivado** complejo la entidad financiera prestamista ha de cumplir con unos especiales deberes



de información para con sus clientes, tanto en el supuesto de que sean consumidores, como en el supuesto de que no lo sean.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) también ha tenido la oportunidad de abordar los problemas vinculados a este tipo de productos financieros. En el caso del TJUE sí se ha analizado el conflicto desde la perspectiva de las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas (Sentencia de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, Caso Kásler).

En el informe que emite el Abogado General a este asunto (conclusiones de 12 de febrero de 2014, Abogado General Sr. Nils Wahl), se hace también referencia a la utilización por parte de las entidades financieras de este tipo de productos financieros:

«El presente asunto se inserta en el contexto de la oferta de contratos de crédito al consumo denominados en moneda extranjera. La utilización de este tipo de contratos, que constituye una práctica relativamente corriente en determinados Estados miembros de la Unión Europea y que, prima facie, puede ser atractiva para los prestatarios por el tipo de interés, inferior al que generalmente se aplica, ha resultado ser problemática para muchos particulares como consecuencia de la crisis financiera internacional de finales de los años 2000, debido a la fuerte depreciación de determinadas monedas respecto de la moneda extranjera de referencia (en particular, el franco suizo). Estos particulares se han visto en la obligación de devolver cuotas, expresadas en moneda nacional, significativamente superiores a aquellas que habrían debido abonar si se hubieran calculado sobre la base del tipo de cambio histórico, aplicable en el momento de desembolso del préstamo. Las dificultades observadas han sido de tal magnitud que, de manera indirecta, el sector bancario de determinados Estados miembros se ha visto considerablemente afectado» .

Conviene, por lo tanto, reiterar que la escritura objeto de los presentes autos es un instrumento financiero complejo, contratado por un consumidor que utilizó el préstamo para la adquisición de su vivienda habitual (no se discute en este procedimiento ni la condición de consumidor del Sr. Eugenio ni el hecho de que el préstamo lo utilizara para adquirir una vivienda). Estas circunstancias permiten traer a colación alguna de las consideraciones realizadas por la Jurisprudencia del TJUE (Sentencia de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, caso Kúřionová) que le dan un enfoque más trascendente al conflicto, ya que entroncan con la tutela de derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea:

«§47 Conviene recordar que el artículo 38 de la Carta dispone que en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores. El artículo 47 de la Carta reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva. Estos imperativos rigen la aplicación de la Directiva 93/13 (véase en ese sentido la sentencia Pohotovost, EU:C:2014:101, apartado 52).

§48 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas (sentencias Pohotovost, EU:C:2014:101, apartado 39 y jurisprudencia citada, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 apartado 39 y jurisprudencia citada, y Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 22).

§63 la pérdida de la vivienda familiar no sólo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores (sentencia Aziz, EU:C:2013:164, apartado 61), sino que también pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada (véase en ese sentido el auto del Presidente del Tribunal de Justicia Sánchez Morcillo y Abril García, EU:C:2014:1388, apartado 11).

§64 En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida (véanse las sentencias del TEDH, McCann c. Reino Unido, demanda nº 19009/04, apartado 50, y Rousk c. Suecia, demanda nº 27183/04, apartado 137).

§65 En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13» .

La necesidad de garantizar un elevado nivel de protección al consumidor y la consideración del derecho a la vivienda como un derecho fundamental desde la perspectiva comunitaria, nos obligan a analizar las garantías del consumidor en este ámbito comunitario que entronca con los artículos 7 y 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 47.1 de ese mismo texto legal, conforme al que *«Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo» ,*



este precepto juega en la Carta un papel equivalente al que juega, en el derecho interno, el artículo 24 de la Constitución Española .

Quinto.- Sobre el control de transparencia realizado en la sentencia recurrida.

En distintos puntos del recurso de apelación la representación de CATALUNYA BANC considera que la sentencia recurrida no establece con precisión las razones por las que se declaran abusivas las cláusulas finalmente anuladas. Esa afirmación no puede considerarse acertada, en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia recurrida se hace referencia exacta al control de transparencia cuando se afirma que « *las obligaciones surgidas de las cláusulas en entredicho puede resultar en abstracto de fácil comprensión, la lectura de las restantes cláusulas C) y D) relacionadas con el pago en divisas resultan altamente complejas, de difícil comprensión* ». En ese mismo fundamento se hace referencia a los artículos 5, 7 y 8 de la Ley de Condiciones Generales , a la Directiva Comunitaria 93/13 y a las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y de 8 de septiembre de 2014 , así como a la STJUE de 30 de abril de 2014 , en la que se reitera el alcance del llamado control de transparencia. En definitiva, no cabe ninguna duda de que la sentencia recurrida anula las cláusulas referidas en el fallo aplicando ese doble control de transparencia. No se hace mención alguna a la posible nulidad del contrato por vicios del consentimiento, sino a la nulidad por abusivas de algunas de sus cláusulas.

La doctrina sobre el control de transparencia de las cláusulas abusivas tiene su origen normativo en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13), que exige que las condiciones generales incluidas en contratos que afecten a los consumidores se redacten « *de manera clara y comprensible* » para el consumidor. El TJUE ha considerado que « *la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical* » (Ordinal 71 de la Sentencia de 30 de abril de 2014), lo que lleva a exigir « *que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo* » .

El citado artículo 4.2 de la Directiva 93/13 se incorpora al derecho interno español en el artículo 5.5 de la Ley 7/1998 , que incluye expresamente el término « *Transparencia* », que no aparece en la redacción originaria de la directiva. La norma española establece que: « *La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez* » .

Este mismo redactado se mantiene en el RDL 1/2007, en el artículo 80 del citado Texto Refundido se recalca: « *En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:*

Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual».

Este control de transparencia tiene también su reflejo en la jurisprudencia española, así se recuerda en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 (ROJ. STS 5618/2015), que sintetiza el estado de la cuestión hasta la fecha: « *Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo , ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, « *la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido*



de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato» .

En definitiva, la sentencia impugnada identifica con claridad las razones por las que anula las cláusulas de referencia, las anula por falta de transparencia en la incorporación de las cláusulas al contrato.

Sexto.- Sobre la nulidad del pacto referido al modo de determinación en euros del cambio de divisas.

Se trata del pacto segundo B) in fine. Reproducimos literalmente la parte anulada: « *La determinación en euros del valor de cada cuota se calculará en base al cambio vendedor de divisas que publique la CAJA, de acuerdo con la normativa vigente, dos días hábiles anteriores a la fecha de vencimiento de la cuota* ».

Respecto de esta cláusula considera la parte recurrente que, puesto que el actor percibió el préstamo en francos suizos y se obligó a devolver el préstamo en francos suizos, la cláusula de referencia era necesaria para conocer en cualquier momento su equivalencia en la moneda nacional. La cláusula no establece ningún riesgo adicional.

En distintos alegatos del recurso la entidad financiera hace referencia a que el préstamo se suscribió en francos suizos y que el prestatario era consciente de esta circunstancia, hasta el punto de que no se ha cuestionado la validez de la cláusula primera, referida al capital prestado.

Esta afirmación de la parte demandada debe matizarse por varias razones:

Aunque el préstamo se referencia en francos suizos, ya en la escritura se establece el valor en euros a la fecha de suscripción.

En la simulación que se acompaña como anexo al contrato se establece una tabla de amortización con la equivalencia en euros sobre una premisa no cierta, que el euro no modificaría su valor de cambio respecto del franco en 30 años.

Aunque el préstamo se realizó en francos suizos es un hecho no discutido que el Sr. Eugenio en todo momento satisfizo las cuotas pactadas en euros, circunstancia que determinó que en cada una de las liquidaciones de amortización hubiera de realizarse el cálculo en euros de la cuota trimestral correspondiente.

El Sr. Eugenio es italiano, trabaja y vive en España. En los autos no hay referencia alguna a que el Sr. Eugenio pudiera disponer de ingresos en francos suizos o estuviera habituado a operar en esta moneda.

En el pacto segundo D) - también cuestionado en los presentes autos - se establecen una serie de condiciones que pueden servir como salvaguarda en el caso de incremento de valor del franco respecto del euros, pero no respecto de la pérdida de valor (que ha sido lo que finalmente a sucedido) ya que el prestatario se compromete a mantener la equivalencia franco euro que se estableció en el pacto primero de la escritura, este compromiso es el que ha llevado a que, depreciado el franco, el prestamista manteniendo esa equivalencia ha visto incrementado el principal adeudado.

Por lo tanto puede afirmarse que el préstamo pese a referenciarse formalmente en francos, al mantener ese sistema de pago en euros y equivalencias a cotización del euro en la fecha de constitución del préstamo, distorsionaba por completo el funcionamiento de un préstamo que se hubiera pactado y liquidado en francos suizos sin ningún tipo de mecanismo de equivalencia o equilibrio.

La cláusula en cuestión no introduce riesgos o consecuencias adicionales al prestatario.

Cierto es que para poder facilitar la liquidación en euros era necesario establecer un criterio reconocible por ambos contratantes que permitiera fijar la fecha que debía tenerse en cuenta a los efectos de la liquidación de las cuotas. Desde esta perspectiva, pese a las observaciones realizadas en los apartados anteriores, lo cierto es que no hay razones para decretar la nulidad de la cláusula.

Dentro de los motivos de apelación a este pacto la parte recurrente considera que la cláusula no perjudica al prestatario, más bien al contrario, queda protegido en la medida en la que se fija el momento en el que se determina el tipo de cambio aplicable.

La parte recurrente olvida en este punto un detalle: el tipo que fija es el de venta de la divisa. Debe tenerse en cuenta que si el Sr. Eugenio amortizaba en euros y esos euros debían transformarse en francos para ser consecuentes con la escritura, el tipo de referencia no podía ser el de venta de francos suizos, sino el de compra ya que esa era la operación que debía realizar la entidad financiera.

No es habitual que coincida el valor de compra y venta de una moneda en el mismo día, suele haber una ligera diferencia (establecida en centésimas normalmente) para evitar movimientos especuladores dentro del mismo día, por eso vender moneda es un poco más caro que comprarla en esa referencia diaria. Al Sr. Eugenio



se le liquida respecto del valor de venta, que en el intradía es superior. Aplicada esa proyección a un contrato de 30 años sí puede tener una incidencia económica en el préstamo.

Cierto es que el control que se realiza de esta cláusula es de transparencia, por lo tanto lo que debe analizarse es si el comprador era consciente de las obligaciones y consecuencias de esa cláusula.

En todo caso, no fue objeto de discusión en el pleito la circunstancia referida al cálculo conforme al precio de venta de la divisa en vez de conforme al precio de compra, lo que determina que la cláusula en cuestión no pueda ahora declararse nula.

Mantiene la parte recurrente que la sentencia no señala el precepto infringido del texto de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, tampoco indica porqué se declara abusivo el cambio vendedor y no, por ejemplo, el cambio comprador y qué aspecto concreto de dicho cambio comprador perjudica al consumidor. Tampoco especifica por qué considera que dicha cláusula no supera el control de transparencia.

En la medida en la que la cláusula consideramos que es válida, este motivo pierde su sentido, sin perjuicio de lo que ya hemos indicado con carácter general en fundamentos anteriores respecto del satisfactorio grado de motivación de la sentencia.

En definitiva, respecto de esta concreta cláusula se debe estimar el recurso y, por lo tanto, entender que la cláusula en cuestión es válida.

Séptimo.- Sobre la denominada opción **multidivisa y sus consecuencias.**

La llamada opción **multidivisa** se incluye en el Pacto Segundo C). Su dicción literal es la siguiente:

« Esta opción podrá ejercitarse, a petición del prestatario, con arreglo a las siguientes condiciones:

a) El prestatario notificará a la CAJA, antes de las 11 horas del tercer día hábil anterior al comiendo de un PERÍODO DE INTERÉS, su deseo de ejercitar la opción y consecuentemente satisfacer la cuota correspondiente al próximo PERÍODO DE INTERÉS, en euros o en una de las DIVISAS ALTERNATIVAS (divisa cuyo cambio haya sido publicado por caja Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España).

b) « La cantidad de DIVISA ALTERNATIVA objeto de la presente opción será la necesaria para adquirir el importe equivalente del capital pendiente no vencido, al tipo de cambio publicado por Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España, dos días hábiles (del Mercado de divisas de Madrid) antes de la fecha en que se inicie cada período de intereses.

c) el ejercicio de esta opción habrá de ser por una DIVISA ALTERNATIVA cuyo interés, determinado según lo establecido en el pacto tercero bis, no supere el tipo máximo garantizado en el pacto noveno.

d) Si el prestatario, en un determinado Período de Interés, no optara por satisfacer la cuota correspondiente al siguiente Período de Intereses mediante una moneda alternativa de las indicadas, u optara por una a las que se refiere la letra c) anterior, se entenderá que tal cuota deberá ser satisfecha en la misma moneda que la anterior.

e) Si una vez adquirida la DIVISA ALTERNATIVA del siguiente período de interés, el prestatario impagara la cuota correspondiente al PERÍODO DE INTERÉS corriente, la CAJA queda facultada para vender la nueva divisa y unificar la totalidad de la deuda en euros o en la divisa en que se haya producido el impago, siendo por cuenta del prestatario el coste de tales operaciones ».

De los documentos acompañados con demanda y contestación, así como de lo alegado por las partes en el recurso, el Sr. Eugenio nunca utilizó esta opción, no cambió en ningún momento el sistema de amortización. Siempre mantuvo el préstamo en francos suizos y la cuota de amortización, calculada en francos suizos se pagaba en euros, por lo que el Sr. Eugenio durante los años que cumplió el contrato pagó en euros. Sin optar por el cambio de la cuota a otra divisa alternativa de las publicadas por la entidad financiera.

Pese a no hacer uso de esta opción, nada impide en sede de procedimiento declarativo ordinario que la parte actora pueda cuestionar la validez de la cláusula, sobre todo desde la perspectiva del control de transparencia, es decir, desde la perspectiva de determinar si el consumidor era consciente del conjunto de consecuencias jurídicas y del significado de las obligaciones que asumía.

En este punto, además, debe advertirse que la cláusula en cuestión, referida al modo de liquidar las amortizaciones, no es un elemento esencial que defina el objeto del contrato. Por lo tanto también es posible analizar si la cláusula en cuestión conlleva algún desequilibrio económico en las prestaciones.

Considera la parte recurrente que no puede declararse nula una cláusula que es una opción para el hipotecante.



No podemos compartir esta afirmación si lo que se realiza es un control de transparencia ya que para que el prestatario pueda hacer un uso consciente de esta opción es necesario que pueda comprender sus consecuencias.

Una simple lectura de la cláusula permite constatar que la opción de cambio de divisas no respeta las condiciones inicialmente pactadas ya que al comunicarse la opción la entidad financiera ha de adquirir la cantidad de divisa alternativa para adquirir el importe equivalente del capital pendiente no vencido. Por lo tanto, si el prestatario opta por esta modalidad lo hace debiendo asumir las fluctuaciones del valor de la divisa elegida en el momento de comunicar la opción. No se trata de un cambio automático de la divisa en la que se realiza el pago, sino de un cambio que obliga a un proceso previo de compra de divisas a un precio distinto del que se estableció como referencia al firmarse la escritura.

Cierto es que el prestatario conociendo la evolución de las divisas alternativas que a priori le ofrecía la entidad financiera podía activar esta opción en su beneficio pero para ello era necesario que pudiera contar con ese conocimiento.

No hay prueba en autos que permita considerar acreditado el conjunto de divisas alternativas que en la práctica pudiera ofrecer la entidad financiera al Sr. Eugenio . Del contenido de la escritura y de sus anexos parece que el juego en el supuesto de autos sólo pudiera hacerse entre euros y francos suizos, no se ampliaba el abanico de divisas a las de terceros países.

Por otra parte, no hay una prueba directa que permita considerar ni que el Sr. Eugenio era una persona habituada al manejo de divisas y a la realización de operaciones en divisas, tampoco hay una prueba determinante de la cualificación profesional del Sr. Eugenio que permita afirmar, sin género de dudas, que conocía el funcionamiento de estos productos financieros complejos.

Conviene reiterar aquí lo ya indicado sobre la naturaleza derivada y compleja de los préstamos en divisa extranjera en los términos en los que ya se ha expresado el Tribunal Supremo Español y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Las alegaciones que realiza el recurrente respecto de la falta de referencia a las razones por las que la cláusula se declara abusiva ya han sido contestadas de modo general en otros fundamentos de esta sentencia.

Alega la parte recurrente que la declaración de abusividad de esta cláusula no puede conllevar la conversión automática a euros de la moneda en la que se contrató el préstamo, es cierta esa afirmación, por lo tanto la nulidad de la cláusula no modifica ni permitirá modificar la moneda en la que se pactó el préstamo.

Octavo.- Sobre la nulidad de la cláusula por la que se establece un mecanismo de equivalencia en el cambio.

Esta cláusula se incluye en el apartado D) del pacto segundo, apartado que, literalmente, tiene el siguiente contenido:

*« El ejercicio de la opción **multidivisa** no supone, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio. Por tanto, el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a la CAJA, de cualquier responsabilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción pueda ser superior al límite pactado.*

Por ello, el prestatario se obliga a mantener la equivalencia establecida en el pacto primero entre la divisa prestada y su contravalor en euros, de forma que en ningún momento el capital pendiente de amortizar en divisas, en un determinado período de intereses, represente un incremento de la deuda en euros que resulta del cuadro teórico de amortización que se anexa a este contrato según lo pactado en la letra A) anterior. Si la desviación es superior al 5%, el prestatario se obliga a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener dicha equivalencia.

El incumplimiento de la anterior obligación será causa de vencimiento anticipado de la presente operación ».

Argumenta la parte recurrente que no se especifica en la sentencia de instancia en qué consiste la abusividad de la cláusula, no concreta el apartado o artículo infringido.

En este punto tenemos que volver a traer lo ya referido al control de transparencia que realiza la sentencia. Es necesario indagar acerca de si el consumidor prestatario era consciente de lo que suponía esta cláusula.

Debe advertirse que este apartado D) en principio está en un epígrafe independiente del referido a la opción **multidivisa** (apartado C).



Siguiendo la línea argumental de la entidad financiera, si el prestatario finalmente no realizó opción alguna durante la vida del contrato esta cláusula D) no debería ser operativa. Sin embargo examinado el documento nº 26 de la demanda, en el que la entidad financiera advierte al Sr. Eugenio que se ha excedido en un 18'98% del principal prestado, puede considerarse acreditado que la cláusula D) sí que fue activada por la entidad financiera aunque no hubiera el Sr. Eugenio usado la opción de cambio de divisa.

La cláusula en cuestión pese a incluirse dentro del amplio pacto segundo referido a amortizaciones (más de 8 folios de los 40 que componen la escritura), no afecta en realidad ni al modo de amortizar ni a la posibilidad de cambio de la divisa. En realidad afecta al principal prestado:

La cláusula es poco transparente porque carece de título o indicación y porque se vincula a una opción no utilizada por el consumidor.

Es poco transparente porque en la cláusula se afirma que no debería elevar el importe del préstamo, ni la reducción del riesgo. Sin embargo en el párrafo dos de esa cláusula se establece que el prestatario debe garantizar la equivalencia de cambios entre el franco y el euro que consta en el pacto primero donde se indica que los 469.969 francos suizos equivalen a 290.000 euros.

Porque la entidad financiera aplica esta cláusula aunque el prestatario no haya realizado la opción, sólo así se explica que el banco comunique en noviembre de 2012 que aunque se han pagado las cuotas trimestrales se ha producido un exceso en el crédito concedido de un 18'98 %, lo que determina que el principal en euros dispuesto pase de 290.000 euros a 345.039'78 euros, y que pese a haberse satisfecho 74.183'83 euros en 5 años sólo de principal se adeuden más de 30.000 euros del capital inicial.

Difícilmente puede considerarse que el Sr. Eugenio sea consciente del significado, efectos y aplicación de la cláusula en cuestión, sobre todo en un escenario en el que de modo constante a lo largo de varios ejercicios el franco suizo había perdido valor frente al euro.

La activación de esta cláusula por parte de la entidad financiera determina que, de hecho, se diluya cualquier efecto favorable al consumidor por el uso de este tipo de **derivados** financieros ya que la garantía de mantenimiento de la equivalencia inicial franco suizo/euro y el compromiso del prestatario de cancelar parcialmente el capital pendiente cuando se produjera una desviación superior al 5% en esa equivalencia de valores trastoca por completo el préstamo concedido y el modelo de riesgo que el prestatario podía ser consciente de haber asumido.

No cabe duda de que quien firma un préstamo con garantía hipotecaria en divisa extranjera asume que las modificaciones al alza o a la baja de la divisa elegida pueden afectar a sus obligaciones, fundamentalmente si el prestamista en todo caso satisface las cuotas en euros y no directamente en la divisa pactada.

Lo que en modo alguno parece claro, ni previsible, es que una cláusula de equivalencia que no se recoge en el pacto primero, sino enmascarada en un amplio segundo pacto. De este modo dificulta extremadamente que el prestatario pudiera ser consciente de los efectos que finalmente tuvo el préstamo en cuanto a la determinación del principal.

Desde estas perspectiva no nos cabe ninguna duda de que la cláusula en cuestión se incorporó al contrato de modo no transparente y desplegó sus efectos en un modo completamente distinto al previsto en la propia cláusula, ya que no operó cuando el prestamista optó formalmente por un cambio de la divisa de la amortización, sino que operó por el mero hecho de que siendo un préstamo en francos suizos y amortizable en francos suizos, en la práctica el pago de las cuotas se realizara en euros.

Considera la parte recurrente que esta cláusula opera como una advertencia del riesgo asumido por el actor en una cláusula no impugnada por él mismo.

Esta afirmación no es, en modo alguno, correcta ya que el sistema de equivalencia a los valores de cambio originarios generaba un riesgo adicional respecto del que no hay constancia alguna que el consumidor hubiera sido informado.

Considera que la parte actora en ningún momento cuestiona que el préstamo se realizó en francos suizos y que, por lo tanto, asumía el riesgo de interés y el riesgo de tipo de cambio. « *Es consciente que el precio que deberá pagar por su préstamo fluctuará en función del tipo de interés aplicable (en el presente caso el Libor suizo) y el tipo de cambio aplicable a la divisa elegida*».

El prestatario era consciente de que el préstamo se pactó en francos suizos pero no de esta cláusula de equivalencia que trastoca por completo sus expectativas y el funcionamiento previsible de sus compromisos, funcionamiento previsible que era que si el franco perdía valor respecto del euro, al convertir en euros su cuota



trimestral debía ésta ser inferior, reduciendo el principal prestado en francos sin que se produjera una alteración constante de su contravalor en euros como consecuencia del pacto, enmascarado, de equivalencia.

Se denuncia en este punto la incongruencia del fallo de la sentencia al convertir en euros un préstamo suscrito conscientemente por el prestatario en francos suizos. La parte demandante en ningún caso ha solicitado que el préstamo cambie de divisa.

Es cierta la consideración final que se hace en el recurso. El fallo de la sentencia determina que haya de convertirse el préstamo en un préstamo en euros, con el cálculo de lo amortizado y lo pendiente de amortización partiendo de que el préstamo se hubiera otorgado por 290.000 euros, sin modificación alguna.

Los pronunciamientos tanto de la sentencia de instancia como de la que dictamos ahora en apelación no pueden llevar a modificar la moneda en la que se constituyó el préstamo, tampoco pueden modificarse los mecanismos de determinación de la cuota que se calcula en francos suizos, sin perjuicio de que haya de determinarse la cifra en euros que el deudor debe satisfacer en cada uno de los trimestres.

La anulación del apartado C) del pacto Segundo determina que el prestatario no pueda optar por el cambio de divisa ya que la cláusula se incorporó de modo no transparente.

La nulidad del apartado D) del pacto segundo determina que deba condenarse a la entidad financiera a realizar un cuadro de amortización en el que, sin tener en cuenta los mecanismos de garantía de equivalencia, permitan al Sr. Eugenio conocer la cantidad satisfecha en concepto de principal con su referencia al valor del franco suizo en cada uno de los períodos de amortización, así como su contravalor en euros teniendo en cuenta el cambio de mercado del euro, sin la cláusula de equivalencia que determinaba un alza del principal en perjuicio del consumidor.

Noveno.- Sobre los intereses de demora pactados.

El interés de demora se recoge en el Pacto Sexto de la escritura: « *Sin perjuicio del eventual ejercicio de las acciones resolutorias que dicho evento pueda acarrear, toda cantidad no pagada en fecha de su vencimiento devengará diariamente, a favor de la caja, intereses de demora al tipo que resulte de incrementar en DIEZ puntos el tipo de interés nominal que hubieren devengado las cantidades cuyo pago se demora, tal y como se define en el pacto tercero-bis, salvo que la cantidad no pagada sea en euros o se convierta en euros, en cuyo caso el interés de demora será el establecido en el párrafo siguiente. Los intereses indemnizatorios se liquidarán y pagarán, en la moneda en que estén expresadas las cantidades cuyo pago se demora, en la fecha en que se amorticen las cantidades que se devenguen; todo ello sin perjuicio de que la caja pueda convertir a euros el montante impagado, en cuyo caso los intereses de demora serán los pactados en el siguiente párrafo* ». En el párrafo siguiente se establece que el interés de demora será el « *que resulte de incrementar en DIEZ puntos el tipo de interés nominal denominado EURIBOR* ».

Considera la parte recurrente que lo que se plantea de fondo en la resolución recurrida es si una cláusula que establece el interés de demora del préstamo será el remuneratorio más diez puntos porcentuales, puede constituir una cláusula abusiva conforme al apartado 1 e) del anexo de la directiva 93/13/CEE. Considera la parte recurrente que no es correcto aplicar en el supuesto de autos la normativa sobre crédito al consumo y que, además, el interés pactado cumple con la función disuasoria y que está justificado que sea superior al interés remuneratorio.

La cláusula reproducida establece dos pactos distintos de determinación del interés de demora: (1) Si el préstamo se mantiene en divisa distinta del euro el interés de demora se calcula incrementando en diez puntos el interés remuneratorio. (2) Si el modificara la divisa y se convirtiera en un préstamo en euros, o si se convierte en euros la deuda pendiente, en este caso el interés de demora se calcula incrementando en diez puntos el Euribor vigente.

Al Sr. Eugenio se le han cargado las liquidaciones de la cuota trimestral en euros (así se constata examinando los documentos 3 a 25), de este dato puede concluirse que el interés moratorio que se le aplica es el previsto en segundo lugar.

El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza de los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, considerando que estos intereses se aplican como « *la indemnización que haya de abonarse por la misma responderá a la cobertura del daño por el retraso en función del tiempo transcurrido hasta el pago efectivo. Como dijimos en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril, hay una correlación entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora. Por ello, el pacto de intereses moratorios sólo no tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el período por el que se prolongue la mora. Así, dijimos en la sentencia antes citada: "Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el*



tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones" » (STS de 22 de abril de 2015).

Por lo tanto, debe considerarse superada la configuración de estos intereses realizada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2009 . La finalidad o naturaleza de estos intereses no debe impedir el control de abusividad. A éste control se refiere el tribunal Supremo en la Sentencia citada de 22 de abril de 2015 : « *La cláusula que establece el interés de demora es susceptible de control de abusividad de su contenido, no sólo en cuanto a su transparencia, sino también respecto a si, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, por no estar incluida en el ámbito de aplicación del art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE* ».

En la Sentencia de 22 de abril de 2015 , dictada en el marco de una acción colectiva, se llega a esta conclusión: « *es admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor (que en ningún caso serán los **derivados** del ejercicio de la acción judicial, como afirma el recurrente, puesto que esos daños resultan resarcidos por la condena en costas), y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusivo, que sea una indemnización desproporcionadamente alta* ». En el supuesto de autos el interés de demora se había fijado incrementando en 10 puntos o bien el interés remuneratorio o bien el Euribor.

Los parámetros para poder determinar cuándo es razonable la sanción establecida en el contrato y cuándo no, en el caso del pacto por intereses, no son seguros, aunque sí numerosos, como ha puesto la doctrina jurisprudencia de forma reiterada. Ciertamente no puede aplicarse de modo analógico la limitación de intereses de los préstamos al consumo. La pauta para determinar si un interés de demora es abusivo o no debe ser su relación o proporción con el interés remuneratorio pactado (aquí vinculado al Euribor más un diferencial o al Libor). Ese diferencial es, en todo caso, inferior a dos puntos porcentuales. Por lo tanto un interés moratorio que incrementa en 10 puntos ese interés debe entenderse desproporcionado, sin que la parte demandada aporte argumento alguno que permita considerarlo razonable, más allá de la invocación genérica al carácter disuasorio de este tipo de interés vinculado al incumplimiento del contrato.

Por lo tanto, debe desestimarse el recurso en este punto.

Cuarto.- Costas.

De conformidad con el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al estimarse parcialmente el recurso no hay condena en costas de la segunda instancia.

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de apelación planteado por la representación en autos de la entidad mercantil CATALUNYA BANC, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil N° 7 de Barcelona el 18 de noviembre de 2014 , revocando el pronunciamiento de la sentencia referido a la nulidad del último párrafo del Pacto Segundo apartado B de la escritura de préstamo hipotecario firmada por las partes el 29 de febrero de 2008. Confirmamos la sentencia en el resto de sus pronunciamiento, aunque con la salvedad de que el préstamo se considera suscrito en francos suizos, por lo que el efecto de la nulidad de las cláusulas será la de requerir a la entidad financiera para que realice una nueva tabla de amortización del préstamo sin aplicación de las cláusulas que obligaban al mantenimiento de la equivalencia o paridad del cambio franco suizo/euro a fecha de firma del contrato.

No hay condena en costas respecto de las causadas en segunda instancia y ordenamos la devolución del depósito constituido.

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.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, 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.



PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ