



Roj: **SAP B 140/2018 - ECLI:ES:APB:2018:140**

Id Cendoj: **08019370152018100008**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **22/01/2018**

Nº de Recurso: **135/2017**

Nº de Resolución: **30/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 140/2018,**  
**AAAP B 11401/2018**

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

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168023297

**Recurso de apelación 135/2017 -3**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 147/2016**

Parte recurrente/Solicitante: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.L.

Procurador/a: M<sup>a</sup> Pilar Albacar Arazuri

Abogado/a: PAZOS MOYA

Parte recurrida: Jaime

Procurador/a: Jordi Ribo Cladellas

Abogado/a: ESTEVE FONTANET MARIN

**Cuestiones:** Nulidad cláusula multidivisa.

**SENTENCIA N° 30/2018**

**Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

MANUEL DÍAZ MUYOR

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

Barcelona, a veintidós de enero de dos mil diecisiete.

**Parte apelante:** Banco Popular Español, S.A.



Letrado/a: Sr. Pazos.

Procurador: Sra. Albácar.

**Parte apelada:** Jaime .

Letrado/a: Sr. Fontanet.

Procurador: Sr. Ribó.

**Objeto del proceso:** nulidad cláusula multidivisa.

**Resolución recurrida:** sentencia.

Fecha: 20 de octubre de 2016.

Parte demandante: Jaime .

Parte demandada: Banco Popular Español, S.A.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: « *Estimo íntegramente la demanda que formula Jaime representada por el/la Procurador/a Jordi Ribo Cladellas y defendida por el/la Letrado/a Esteve Fontanet Marin, declarando nula la cláusula 1.3 del contrato de préstamo hipotecario firmado entre las partes el día 13 de julio de 2006, condenando a la demandada a estar y pasar por este pronunciamiento y a proceder al recálculo del capital que se adeuda a fecha de interposición de la demanda, una vez descontados las amortizaciones e intereses pagados, tal como sería en un préstamo referenciado a euros y sin la cláusula declarada nula.* ».

*Las costas causadas en esta instancia se impondrán a la parte demandada. ».*

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Banco Popular Español, S.A. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 30 de noviembre pasado.

Ponente: magistrado JUAN F. GARNICA MARTÍN.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. Jaime interpuso demanda contra Banco Popular Español, S.A. solicitando que se declarara:

a) La nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria con cláusula multidivisa de fecha 13 de julio de 2006.

b) Subsidiariamente respecto de la pretensión anterior, solicitó la nulidad de la cláusula 3.2 B) sobre variación del tipo de interés, con la consiguiente nulidad de las operaciones efectuadas en yens japoneses y el consiguiente recálculo del capital que se adeuda.

c) Y, subsidiariamente respecto de la anterior pretensión, también solicitó la nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato con devolución de las cantidades percibidas a su amparo.

Como fundamento de las acciones ejercitadas, la demanda se limitaba a hacer una genérica invocación del art. 82.1 del TR LGDCU, así como del art. 1266 CC, relativo al error vicio en el consentimiento, y expresaba que el consumidor no fue debidamente informado sobre el contrato, al que califica como un contrato complejo. Añadía que el yen japonés, moneda en la que se hizo el préstamo, había perdido un 30 % de su valor entre octubre de 2007 y enero de 2015, lo que significa que el cliente debía un 20 % más del capital inicialmente solicitado.

2. Banco Popular se opuso a la demanda alegando que el préstamo cumplía con todos los requisitos y no merecía ser anulado y exponía que el demandante es piloto de aviación civil y que el contrato se encontraba dentro del marco de condiciones pactado entre el Banco y el SEPLA (Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas), de forma que fue el mismo consumidor quien solicitó al Banco ese producto. También afirmaba que, durante la vida del préstamo, el actor solicitó hasta en dos ocasiones distintas (en 2008 y 2010) el cambio de divisa, conforme a lo pactado.



En cuanto a la cláusula suelo, afirma que nunca ha entrado en vigor, porque nunca se ha aplicado el euro como moneda del préstamo, condición a la que esa cláusula está vinculada.

También exponía que en 2012 se había novado la escritura pública, modificando el periodo de carencia y el plazo de amortización. Y negó la existencia de vicio en el consentimiento o la falta de transparencia de la cláusula suelo.

3. La resolución recurrida afirma estimar íntegramente la demanda, si bien limita la declaración de nulidad a la cláusula 1.3 (por tanto, no al contrato - pretensión primera-), condenando a la demandada a proceder al recálculo del capital como si el contrato se hubiera pactado inicialmente en euros y sin la cláusula nula. En su cuerpo argumenta las razones por las que desestima la pretensión principal, a pesar de apreciar la existencia de error vicio en el consentimiento (el principio de conservación de los actos); y también rechaza declarar la nulidad de la cláusula suelo por haberse ejercitado de forma subsidiaria a la anterior y no concurrir, por tanto, el presupuesto para entrar en esa acción (que se hubiera desestimado la anterior).

4. El recurso de Banco Popular alega que no ha existido error en la prestación del consentimiento y sí en la valoración de la prueba por parte del juzgado de la primera instancia afirmando que el demandante tenía perfecto conocimiento de lo que estaba adquiriendo. También denuncia indebida aplicación de la norma sobre costas.

### **SEGUNDO . Principales hechos que sirven de contexto**

5. La resolución recurrida declara como hechos probados los siguientes:

a) El demandante, Sr. Jaime , es piloto de aviación civil y firmó el contrato de préstamo hipotecario el 13 de julio de 2006 cuando contaba con 36 años de edad.

b) El día 9 de mayo de 2006 el Sr. Jaime se puso en contacto con el Banco solicitándole un crédito hipotecario multidivisa en las condiciones pactadas con el SEPLA. Previamente ya tenía una hipoteca con Banco Santander.

c) El préstamo quedó inicialmente formalizado en yenes japoneses e incluye una cláusula multidivisa que permite al prestatario satisfacer las cuotas en euros o en una de las divisas alternativas.

d) El interés pactado sería: fijo durante un primer periodo (el 1,072 %) y variable durante un segundo periodo (Libor + 0'39 puntos). Si el capital estaba en euros el mínimo aplicable sería 3,5 %.

e) El Sr. Jaime solicitó el cambio de divisas en dos ocasiones distintas, de acuerdo con lo pactado: el 9 de diciembre de 2008 a francos suizos y el 5 de febrero de 2010 otra vez a yenes.

f) El 6 de marzo de 2012 las partes firmaron una escritura de novación del crédito hipotecario en la que se modificó el periodo de carencia y el plazo de amortización, estableciéndose que desde esa fecha y hasta el 13 de marzo de 2014 no se amortizaría principal.

### **TERCERO. El planteamiento de la controversia**

6. En nuestra opinión, el planteamiento del conflicto no debe ser el que ha seguido la resolución recurrida, que se ha limitado a examinar la acción de nulidad de la cláusula multidivisa desde la óptica de la acción de error en el consentimiento. Ello tiene trascendencia desde la perspectiva de la sistemática a seguir para resolver los concretos motivos del recurso, que quedan notablemente afectados por ese cambio de perspectiva. Por ello, no seguiremos en nuestra exposición la sistemática que propone el recurso y daremos comienzo a ella exponiendo cuál creemos que debe ser el punto de vista desde el que enfocar el problema que la demanda plantea, para a continuación dar respuesta a las cuestiones concretas que el recurso suscita, en la medida en que ello resulte necesario, lo que no siempre ocurrirá.

7. La invocación que la demanda hacía de la doctrina del error vicio podía tener sentido desde la perspectiva de que la demanda pretendía, como acción principal, la nulidad del propio contrato de préstamo, pero no así respecto de la pretensión subsidiaria, que se refería a concretas cláusulas del contrato, pero no al propio contrato.

8. Si lo que la demanda pretende es la nulidad de una concreta estipulación, no la nulidad del contrato de préstamo, creemos que lo razonable no es examinar esa cuestión desde la perspectiva de los vicios en el consentimiento, que es más propia del examen de la validez del negocio jurídico que de la que corresponde al examen de la validez de sus concretas estipulaciones. Y, como indica el art. 9.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), es la nulidad de una condición general lo que puede determinar la nulidad del contrato, cuando afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil . Si bien en este caso estamos hablando de los efectos de la nulidad de la estipulación que



pueden determinar también la del contrato. Pero ello no autoriza a poder aplicar, al menos de forma directa, la doctrina de los vicios del consentimiento al examen de la validez de las condiciones generales, ya que se trata de una doctrina sobre la validez del negocio jurídico.

9. Por tanto, la argumentación con base en la cual la resolución recurrida ha resuelto el litigio creemos que no tiene fundamento. Si de lo que se trata es meramente de analizar la validez de unas concretas condiciones generales, y los términos de la cuestión en esta instancia no nos permiten ir más allá, habrá que estar a las acciones de impugnación propias de las condiciones generales, que son las que se regulan en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, concretamente, la acción de no incorporación (art. 7) y la acción de nulidad (art. 8). Y ello debe entenderse sin perjuicio de que, como veremos, y ya hemos adelantado en parte, la doctrina sobre los vicios de la voluntad, y particularmente sobre el error, no es completamente ajena al examen de la validez de las cláusulas, al menos en el caso del préstamo multidivisa. No obstante, hemos anticipado que no se aplica de forma directa la acción de nulidad con fundamento en los vicios en el consentimiento, sino que se hace una aplicación indirecta de la doctrina de los vicios, porque, como se analizará en el fundamento siguiente, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente, la causa directa de nulidad reside en la falta de transparencia. La existencia de falta de transparencia se conecta esencialmente con el grado de información recibido por el consumidor y con la trascendencia que el eventual déficit de información pudiera haber tenido sobre la correcta formación de la voluntad negocial por parte del consumidor adherente.

10. Es cierto, no obstante, que la demanda no va más allá de la invocación de la doctrina del error vicio como fundamento de toda la impugnación (tanto del contrato como de sus concretas estipulaciones), lo que plantea la cuestión de si el juzgado pudo haber acudido a causas de pedir distintas. Creemos que sí porque no se ha discutido que el Sr. Jaime ostenta la condición de consumidor, razón por la cual le debe ser aplicada la doctrina del Tribunal de la Unión Europea respecto de la interpretación de la Directiva 1993/13, que permite entender de forma más flexible el principio dispositivo y permitir que el juez pueda utilizar sus poderes de oficio y acudir a causas de pedir distintas a las invocadas en la demanda, siempre que ello no suponga modificación de lo solicitado en la misma (*petitum*). Y también creemos que otro dato justifica la respuesta afirmativa: la dificultad de deslindar entre la nulidad de la estipulación y la del contrato en supuestos como el enjuiciado, así como el juego que en cada caso viene a desempeñar el vicio en el consentimiento.

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

12. El planteamiento de la cuestión es, en tales resoluciones, muy distinto a como la plantean tanto la demanda como la resolución recurrida, pues el TJUE lo hace desde la perspectiva de lo previsto en el art. 4.2 de la Directiva 1993/13, esto es, desde la perspectiva del control de transparencia, sustitutivo del control de contenido o abusividad cuando se trata de una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato, como es la cláusula multidivisa. Seguiremos en lo sustancial ese mismo esquema argumentativo.

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

13. 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».

14. La STS de 15 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3893) sigue el mismo criterio del TJUE para identificar las cláusulas que definen el objeto principal del contrato: «Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de



amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato».

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

**16.** El Tribunal proyecta la claridad y comprensibilidad de las cláusulas no sólo a sus aspectos formales (transparencia formal), sino que la extiende al denominado segundo control de transparencia, entendido como la *«obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C 96/14, EU:C:2015:262, apartado 50)»* (apartado 45 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017).

**17.** La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 se expresa en parecidos términos, al señalar que *"no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas"* (apartado 11 del fundamento octavo).

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

**18.** La STJUE de 20 de septiembre de 2017 se extiende de forma notable en interpretar la forma en la que debe llevarse a cabo el control de transparencia, así como la finalidad que el mismo persigue. En cuanto a esta última, expresa en el apartado 476 que *«incumbe al juez nacional, (...) verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso»*. Por consiguiente, el objetivo último del control de transparencia consiste en determinar si el consumidor se ha encontrado al contratar en situación de poder conocer y comprender adecuadamente todos aquellos elementos que tienen incidencia en las obligaciones asumidas. Ello incluye, en un contrato como es el préstamo multdivisa, los riesgos asociados al producto contratado.

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

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

**20.** En suma, esa Directiva nos sirve para justificar que lo pactado no es algo corriente, al menos en las relaciones entre una entidad bancaria y un consumidor y menos aún cuando el consumidor se encuentra en una situación tan vulnerable como es la que se produce en el momento de la solicitud de financiación para la compra de su vivienda habitual. Por tanto, lo que pone de manifiesto esa Directiva es que en estas

situaciones se produce una situación de vulnerabilidad extraordinaria del consumidor que hace precisa una intervención del legislador para remediarla, al menos hacia el futuro. Y, en cuanto al pasado, esto es, respecto de los contratos ya celebrados, la enseñanza de la Directiva 2014/17/UE sirve al juez para justificar la idea de que al contrato se asocia una importante situación de riesgo para el consumidor, lo que ha de conducir a extremar la interpretación de las garantías relativas a la forma en la que se produjo la prestación de su consentimiento contractual.

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

**22.** 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.

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

**24.** 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)*».

**25.** 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)*».

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

**27.** El Tribunal Europeo, a modo de resumen sobre el alcance de ese deber de información, precisa en el apartado 51 que «*... la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal*



y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

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

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

*Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incrementa progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización» .*

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

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

#### **SEXTO. Carácter abusivo de las cláusulas multidivisa**

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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





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

34. La Sentencia del TS de 15 de noviembre de 2011 aborda la cuestión relativa al desequilibrio de la siguiente manera (apartado 43):

« La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

#### **SÉPTIMO. Aplicación de la doctrina expuesta al presente caso**

**40.** En nuestro caso creemos que concurren circunstancias suficientes como para estimar que ese juicio de pronóstico hubiera sido en todo caso favorable a suponer la voluntad del consumidor de contratar el crédito multivisa firmado. Así lo pensamos por las siguientes razones concretas:

a) Se trata de un consumidor al que por su profesión (piloto de aviación civil) se le puede presumir un conocimiento superior a la media respecto del riesgo de variación de los mercados de tipo de cambio.

b) Se trata de un consumidor que obtuvo un grado de información sobre el contenido del contrato que le permitió ejercitar hasta en dos ocasiones distintas la opción de cambio de la moneda de referencia del préstamo.

c) Es un consumidor que percibía el producto contratado como un producto muy beneficioso, porque pertenecía a un colectivo (el SEPLA) que se lo había presentado como tal. No podemos ignorar que, aunque en último extremo el contrato fuera pactado entre el consumidor y el Banco, sus condiciones esenciales, entre ellas el pacto multivisa, había sido previamente negociado por ese Sindicato de Pilotos de aviación (suponemos que con un asesoramiento adecuado) y el Banco.

d) Por tanto, el demandante ya se dirigió a la oficina bancaria con una idea preconcebida de lo que quería contratar, que percibía como un producto muy favorable, probablemente porque confiaba en una evolución favorable a sus intereses del yen. De ello creemos que se deriva que, fuera cual fuera el defecto de información que se produjera, el mismo no se nos representa como relevante desde la perspectiva de su decisión, que creemos que estaba previamente conformada.

e) Aunque la evolución del tipo de cambios resultara a la postre desfavorable para el consumidor, no podemos ignorar que ello no ocurrió durante los meses inmediatamente siguientes a la firma del contrato (2006) sino mucho más tarde, lo que no nos permite presumir que el Banco se hubiera reservado para sí información relevante respecto de la previsible evolución del tipo de cambio de la moneda establecida en el contrato como referencia del préstamo.

f) Los actos posteriores del propio consumidor evidencian asimismo que no se representó como incorrecta la actuación del Banco, ni tampoco la propia. La demanda de nulidad la presenta casi diez años más tarde de la firma del contrato y después de haber cambiado de moneda en dos ocasiones (en 2008 y 2010) y tras haber llevado a cabo una novación de la escritura en 2012. Esos actos propios creemos que implican un reconocimiento de que el consumidor no se había planteado durante todo ese tiempo que su voluntad se hubiera informado de manera incorrecta en el momento de la firma del contrato.

**41.** Y a ello debemos añadir que esos actos propios deben entenderse en la perspectiva de un derecho como el nuestro, que permite al consumidor la modificación unilateral de los términos del contrato a través de la subrogación del acreedor. Por tanto, no ha existido durante esos diez años nada relevante que haya impedido al consumidor modificar el contrato de forma trascendente disminuyendo su exposición a los riesgos de tipo de cambios asumidos voluntariamente al contratar.



42. Por tanto, debemos estimar el recurso de Banco Popular y con ello desestimar íntegramente la demanda del Sr. Jaime .

#### **DÉCIMO. Costas**

43. Desestimada íntegramente la demanda, procede imponer las costas de la primera instancia al demandante ( art. 394.1 LEC ).

44. 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 Banco Popular Español, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Barcelona de fecha 20 de octubre de 2016 , dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos y, en su lugar, desestimamos íntegramente la demanda de Jaime con imposición al demandante de las costas de la primera instancia.

No se imponen las costas del recurso, con devolución del depósito.

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

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

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