



Roj: **SAP B 12208/2018 - ECLI:ES:APB:2018:12208**

Id Cendoj: **08019370152018100888**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **10/12/2018**

Nº de Recurso: **1105/2017**

Nº de Resolución: **900/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **BERTA PELLICER ORTIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801942120168050596

### **Recurso de apelación 1105/2017-2ª**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 04 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 276/2016**

**Cuestiones.-** Condiciones generales. Cláusula **multidivisa**. Acción ejercitada- acción nulidad por carácter abusivo de la cláusula y subsidiariamente vicio del consentimiento prestado por error -. Adaptación del objeto del procedimiento y pretensiones de la parte a la jurisprudencia del TS y del TJUE. Doble control de transparencia. Carácter abusivo de la cláusula **multidivisa**: juicio de relevancia. Efectos de la nulidad, caso de ser declarada, de la cláusula **multidivisa**.

**SENTENCIA núm. 900/2018**

### **Composición del tribunal:**

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

MARTA CERVERA MARTÍNEZ

Berta Pellicer Ortiz

En la ciudad de Barcelona, a diez de diciembre de 2018.

**Parte apelante:** "Caixabank, S.A."

Letrado: José Luís Terrón Guijarro y Javier Fernández Bermúdez

Procurador: Ramon Feixó Fernández-Vega

**Parte apelada:** ASUFIN, en defensa e interés de su asociado Sixto

Letrado: Óscar Serrano Castells

Procurador: Pedro Moratal Sendra

**Resolución recurrida:** Sentencia

Fecha: 28 de marzo de 2017



**Parte demandante:** ASUFIN , en defensa e interés de su asociado Sixto .

**Parte demandada:** "Caixabank , S.A."

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: "Estimar la Demanda deducida por la postulación procesal de DON Sixto y condeno a CAIXABANK SA a las siguientes

1.- *Declarando la nulidad parcial del contrato de préstamo respecto del clausulado **multidivisa** dejando subsistente el préstamo hipotecario de 21 de mayo de 2007 en los restantes extremos, condenando a la demandada a recalcular el préstamo desde la fecha de suscripción tomando como capital los 278.544 francos suizos, fijados en la escritura de préstamo, aplicando las condiciones financieras del contrato en lo restante, como si de un préstamo en euros se tratara, esto referenciado al Euribor, más un diferencial de 0,90 puntos porcentuales al tipo de interés de referencia . ítem . más aquellas operaciones que fueran necesarias para determinar el saldo pendiente atendiendo a lo pagado en concepto de capital e intereses. Devolución de lo cobrado en exceso amén de las comisiones por cambio de divisa e intereses.*

2.- *Impongo las costas a la demandada".*

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada . Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose 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 28 de noviembre de 2018.

Ponente: Berta Pellicer Ortiz.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO. Contextualización de la controversia.**

1. La parte actora interpuso demanda en relación al contrato de préstamo **multidivisa** suscrito por Sixto con la demandada Caixabank S.A. - entonces Banco de Valencia - el día 21 de mayo de 2007, por un importe de 278.544,00 francos suizos, equivalentes a 168.000,00 euros, para adquirir su vivienda habitual, con un plazo de amortización de 30 años -hasta el 5 de junio de 2037-.

Se establecen cuotas mensuales constantes que se ajustan a las variaciones del tipo de interés. El tipo pactado viene constituido por el LIBOR y el diferencial de 1% si opera en francos suizos y el Euribor más 0,90% si opera en euros.

Se prevé la opción de cambio de moneda por cualquier moneda que opere en España.

2. La parte actora en la Demanda ejercita acción de nulidad de la cláusula **multidivisa** por su carácter abusivo, con fundamento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; Ley de Mercado de Valores; y Ley de Condiciones Generales de la Contratación, si bien con carácter subsidiario ejercita una acción de nulidad del contrato por haber la actora prestado un consentimiento viciado por error esencial y excusable.

Solicita la nulidad parcial en relación a la cláusula **multidivisa** del préstamo con garantía hipotecaria suscrito y la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la misma.

3. La demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis, la caducidad de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento que ejercita la actora ; que el contrato no deja de ser un préstamo hipotecario formalizado en divisa extranjera que no está sujeto a la normativa MIFID; que la demandante era consciente de los riesgos ;que la entidad cumplió con sus deberes de información, que la cláusula se incorporó con transparencia y que no es abusiva; que además la escritura es clara y comprensible.

**SEGUNDO.De la sentencia, el recurso y la oposición.**

4. La sentencia estima íntegramente la demanda, declarando la nulidad parcial del contrato en cuanto a la cláusula **multidivisa**; condena al banco al recálculo del préstamo como si se hubiera formalizado en euros, referenciado al EURIBOR más 0,90 %, así como a la devolución de las cantidades cobradas en exceso. Las costas se imponen a la parte demandada.

5. La sentencia es recurrida por la demandada. La recurrente alega que la sentencia aplica la normativa incorrectamente ; que la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento se hallaba caducada cuando se interpuso la demanda y que , en todo caso , debe ser desestimada ; que no debe prosperar la acción de nulidad



de la cláusula **multidivisa** por su carácter abusivo, con fundamento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; Ley de Mercado de Valores ; y Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Finalmente se opone a los efectos que declara la sentencia derivados de la declaración de nulidad.

6. La parte actora se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia por sus propios fundamentos, con condena al banco de las costas causadas en la alzada.

**TERCERO. Sobre la naturaleza del préstamo **multidivisa** y la posibilidad de declarar la nulidad parcial por vicio de consentimiento.**

7. Debe señalarse, en primer lugar, que el préstamo **multidivisa** no es un producto de inversión sujeto a la normativa MIFID, tal y como ha declarado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2015 y, en consecuencia, que no es posible enfocar la nulidad desde la perspectiva de los vicios del consentimiento y por infracción de las especiales obligaciones de información que impone la normativa legal de desarrollo de la Directiva 2004/39/CE, en concreto la Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Ello no obstante, la Sentencia de Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2007 (ECLI ES:TS:2017:3893), señala que el hecho de que la normativa MIFID no sea aplicable a los préstamos hipotecarios denominados en divisa no impide que éste sea considerado un producto complejo a efectos del control transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos (fundamento octavo, apartado 16).

8. Por tanto la nulidad debe analizarse desde la perspectiva del control de transparencia y de la abusividad de las cláusulas, máxime cuando es doctrina jurisprudencial reiterada que el error o el dolo como vicios del consentimiento, al afectar al objeto del contrato o a sus elementos esenciales, determina la nulidad del propio contrato. En cualquier caso, aunque la sentencia de instancia analice los hechos desde la perspectiva de la nulidad por error en el consentimiento, no estimamos que nos apartemos de la causa de pedir o que alteremos los términos del debate en esta segunda instancia, dado que la nulidad también se sustentó en la demanda en la falta de transparencia y se justifica en los mismos hechos. Además, tanto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 20 de septiembre de 2017 (-ECLI:EU:2017:703- asunto Andriuc), como la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3893) analizan la cuestión desde esa perspectiva. Por tanto, realizaremos nuestro análisis a partir de las consideraciones jurídicas realizadas en esas dos resoluciones, lo que determina, en todo caso, que no pueda prosperar la excepción de caducidad de la acción del artículo 1301 del Código Civil, dado que la acción de nulidad por falta de transparencia no está sujeta a ese plazo de caducidad.

**CUARTO. La cláusula **multidivisa** como cláusula que determina el objeto principal del contrato. Es elemento esencial del contrato.**

9. Delimitados los términos del debate, estimamos conveniente, como hemos hecho en resoluciones anteriores, partir de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por el Tribunal Supremo sobre el alcance del control de transparencia de las cláusulas **multidivisa** y sobre el carácter abusivo de la cláusula no transparente.

En este sentido, la STJUE ya citada de 20 de septiembre de 2017 ha considerado que "el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "objeto principal del contrato", en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato".

10. La STS de 15 de noviembre de 2017 también citada, sigue el mismo criterio del TJUE para identificar las cláusulas que definen el objeto principal del contrato: "Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato".

11. La jurisprudencia del TJUE ha precisado el alcance del 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, 484/08, EU:2010:309, apartado 32)".

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

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

Por lo tanto, una cláusula que determina el objeto principal del contrato puede ser sometida a ese doble control de transparencia.

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

**14.** La STJUE de 20 de septiembre de 2017 se extiende de forma notable en interpretar la forma en la que debe llevarse a cabo el control de transparencia, así como la finalidad que el mismo persigue. En cuanto a esta última, expresa en el apartado 47 que "incumbe al juez nacional, (...) verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso". Por consiguiente, el objetivo último del control de transparencia consiste en determinar si el consumidor se ha encontrado al contratar en situación de poder conocer y comprender adecuadamente todos aquellos elementos que tienen incidencia en las obligaciones asumidas. Ello incluye, en un contrato como es el préstamo **multidivisa**, los riesgos asociados al producto contratado.

**15.** La STJUE hace referencia, en el apartado 49, a la extraordinaria importancia de esos riesgos, a la que también nosotros nos referíamos en nuestra Sentencia de 26 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:4033), con alusión a la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

En suma, aunque esta Directiva no sea directamente aplicable al supuesto de autos ya se trata de un préstamo concedido antes incluso de que se publicara la Directiva, lo cierto es que el contenido de la misma 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 todavía 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.

**16.** La doctrina que emana de la STJUE de 20 de septiembre de 2017 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 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.



17. 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.

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

19. 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, 92/11, EU:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, 154/15, 307/15 y 308/15, EU:2016:980, apartado 50)".

20. 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).

21. 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 que "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*).

22. 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".

23. El Tribunal Supremo en la citada Sentencia va más allá de lo que había establecido el propio TJUE y 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) Los requisitos de información exigidos 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 de 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.

En este orden de cosas, el análisis debe venir referido a analizar si el consumidor fue debidamente informado y comprendió:

-Que el préstamo era en moneda distinta al euro.

-Que el tipo de cambio influía en la cuota y en el capital, esto es, el riesgo del cambio de divisa, que se añade al que viene referido al tipo de interés.

-La posibilidad de cambio de la divisa, consolidándose la pérdida con el cambio.

#### **SEXTO. Carácter abusivo de la cláusula **multidivisa**. El juicio de relevancia.**

**24.** Si el profesional cumple con el deber de transparencia, esto es, si la cláusula es clara y comprensible, queda excluida la abusividad, que no puede ser apreciada por referirse a un elemento esencial del contrato. Es decir, la falta de transparencia no produce como efecto directo la nulidad, sino que posibilita la apreciación del carácter abusivo de la cláusula, esto es, la falta de transparencia es el punto de partida del control de abusividad entendido en el sentido del artículo 3.1ª de la Directiva y artículo 82 TR LGDCU.

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.

**25.** 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, C484/08, EU:2010:309, apartado 32)."*

**26.** La Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, al dar respuesta a la primera cuestión prejudicial, referida el momento en que debe examinarse el desequilibrio que una cláusula abusiva causa en los derechos y obligaciones de las partes, indica que debe examinarse en atención a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato.

**27.** Para llevar a cabo ese juicio de abusividad 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, integran el contenido del juicio de abusividad, circunstancias relevantes para valorar la buena fe del profesional y el desequilibrio, tales como:

-La STJUE prioriza la experiencia y conocimiento de la entidad de crédito en lo que respecta a la variación del tipo de interés, que permite valorar, entre otros, informes sobre la evolución de los tipos de cambio que se hubieran hecho públicos o de lo que pudiera disponer el profesional o la evolución de la divisa en los meses anteriores y posteriores al contrato.

-El perfil del consumidor, que comprende su formación en general y la financiera en particular.

-La iniciativa a la hora de suscribir el contrato. La iniciativa del consumidor favorece la transparencia y puede excluir por sí sola la mala fe del banco.

- El motivo que puede haber llevado al consumidor a contratar este tipo de producto, como puede ser la pertenencia a colectivos que han firmado acuerdos con entidades de crédito.



28. En definitiva y a modo resumen, procederá la nulidad de las cláusulas multividiva si se llega a la conclusión que el consumidor -teniendo como tal a un consumidor medio, normalmente informado, y razonablemente atento y perspicaz-, 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. Conclusión .**

29.- Concluyendo, se *tendrá que realizar un primer juicio de valor para determinar si las cláusulas se incorporaron al contrato de un modo transparente*, entendiendo como tal control de transparencia el denominado segundo control que permita constatar con certeza que el consumidor fue consciente de los derechos y obligaciones que llevaban aparejadas las cláusulas en cuestión.

Tras este control de transparencia, se *tendrá que realizar un segundo juicio de valor, un juicio de relevancia*, para determinar si las cláusulas deben considerarse abusivas, atendiendo para ello a esos parámetros de evaluación de la actuación del predisponente de modo leal y conforme a las reglas de la buena fe, para ponderar si el consumidor, conocidas todas esas circunstancias y tratado de un modo leal, hubiera contratado igualmente.

#### **OCTAVO.- Efectos de la nulidad de la cláusula multividiva, caso de ser declarada.**

30- La declaración de nulidad de la cláusula **multividiva** determina únicamente la nulidad parcial del contrato, de manera que el préstamo queda como concedido en euros y amortizado en euros; se sustituye la cláusula abusiva por el régimen previsto en el contrato (la posibilidad de que el préstamo esté denominado en euros); procede recalcular el importe de las cuotas como si el préstamo se hubiera concedido en euros y, finalmente, el banco debe restituir la diferencia entre la suma resultante y la cantidad efectivamente abonada por el consumidor.

#### **NOVENO -Aplicación de la anterior doctrina al supuesto de autos.**

31. En el presente caso únicamente se ha practicado prueba documental, consistente en la aportación de la escritura de préstamo y la nómina del actor- bloque documental 5 de la demanda; resumen de las cantidades pagadas por el actor durante la vida del préstamo - documento 17 de la contestación- , además de la pericial aportada por la actora - documento 6 de la demandada y la testifical de la empleado de la entidad, la Sra Manuela .

32. Pasando al análisis del resultado de la prueba practicada , y en lo que se refiere al *perfil del actor*, no es un hecho controvertido por las partes que el actor ha cursado estudios de FP Grado II y trabaja como mecánico, lo que se acredita con el documento B) del bloque documental 5 de la demandada, que es la nómina del actor en la empresa ITP , en la que trabaja desde el año 2006, por lo que además cabe concluir que percibe sus ingresos en euros . No tiene conocimientos específicos en materia financiera, lo que tampoco se discute por el banco .

33. *No podemos considerar acreditado que fuera el prestatario quien asumiera la iniciativa de contratar un préstamo multividiva*, pues la única prueba en este sentido ha sido la declaración de la empleada de la entidad que declaró que el actor "se dejaba asesorar por el banco".

34. En relación a la *documentación e información previa que se le facilitó por la entidad bancaria y la información que se desprende de la propia escritura*, la prueba practicada acredita los siguientes extremos:

No se ha acreditado que al actor se le hiciera entrega de una oferta vinculante o de un folleto informativo; tampoco se ha aportado a los autos el expediente de tramitación y concesión del préstamo; tampoco se ha acreditado que se expusieran diversos posibles escenarios, que se hicieran simulaciones o que se facilitara al actor un cuadro de amortización de la **hipoteca** ; tampoco consta que recibiera información de la posibilidad de acabar pagando mucho más del capital en euros ni existe prueba de la concreta antelación con la que se le facilitó la escritura , si fue antes de la firma o el mismo día de la firma .

Ello además debe entenderse enteramente corroborado por la testifical prestada por la empleada de la entidad, la Sra Manuela , que declaró que " *el cliente se dejaba asesorar por el banco*"; "era un producto de alto riesgo que hay que conocerlo muy bien . *Hablando en términos de peligroso. Hay que conocer el producto porque si no te puede llevar a la ruina "*; "si la entidad comercializaba este tipo de producto era porque le resultaba beneficioso. *Era un producto peor que la Bolsa*"; "se comercializaba de forma masiva y sin perfilar a los clientes".

En definitiva, la declaración de la testigo ha sido muy elocuente, sin fisuras, sin que hayan aportado datos que permitan considerar probado que antes de la firma del contrato el demandante conociera de modo cierto que



contrataba en francos suizos, con los riesgos inherentes a este tipo de préstamo, o dicho de otro modo, que el préstamo era en moneda distinta al euro ; que el tipo de cambio influía en la cuota y en el capital, esto es , el riesgo del cambio de divisa, que se añade al que viene referido al tipo de interés y la posibilidad de cambio de la divisa , consolidándose la pérdida con el cambio.

La escritura tampoco informa suficientemente del funcionamiento del mecanismo **multidivisa** y especialmente de los riesgos inherentes a la contratación del mismo, esto es, la escritura tampoco advierte de manera clara ni mucho menos expresa de los riesgos y en especial de los que van aparejados a la fluctuación de la divisa.

**35.** En relación a la *remisión tras el contrato de información por el banco* , en este caso la demandada únicamente ha aportado un resumen de las cantidades abonadas por el actor durante la vida del préstamo, como documento 17 de la contestación, sin que consten en autos otros documentos que las liquidaciones trimestrales, de manera que no se puede analizar si las mismas reflejaban el capital pendiente en euros.

**36.** *No existe prueba alguna de que el actor solicitara cambios de divisa durante la vida del préstamo.*

**37.** Realizado el anterior juicio de valor, queda ahora realizar el juicio de relevancia, es decir, valorar si el demandante, de haber sido tratado lealmente, hubiera mantenido su intención de contratar el préstamo en divisas.

En este punto la propia situación del demandante, que buscaba financiación para comprar su vivienda habitual , no determina que, informado puntualmente de los riesgos que conllevaba endeudarse en divisas, hubiera aceptado en todo caso el contrato.

En este orden de cosas ya nos hemos referido a la prueba sobre la iniciativa contractual y en cuanto al perfil del actor, que viene a corroborar lo ya expuesto.

En definitiva, debe desestimarse el recurso de apelación, lo que determina que la sentencia de instancia se deba confirmar íntegramente por sus propios fundamentos.

#### **DÉCIMO. Costas procesales.**

**38.** La desestimación íntegra del Recurso de Apelación interpuesto, determina que procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte recurrente, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada contra la sentencia de 28 de marzo de 2017, que confirmamos íntegramente. La desestimación íntegra del Recurso de Apelación interpuesto determina que procede imponer las costas de la segunda instancia a la parte recurrente.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos 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.