



Roj: **SAP B 120/2019 - ECLI:ES:APB:2019:120**

Id Cendoj: **08019370152019100041**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **15/01/2019**

Nº de Recurso: **1147/2017**

Nº de Resolución: **42/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **NURIA BARCONES AGUSTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

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

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801542120168197773

**Recurso de apelación 1147/2017 -1**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Badalona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 1138/2016**

Parte recurrente/Solicitante: Eulalia , Norberto , Florinda

Procurador/a: Roger Espi Casas, Roger Espi Casas, Roger Espi Casas

Abogado/a: Jaime Concheiro Fernandez

Parte recurrida: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A

Procurador/a: Ignacio De Anzizu Pigem

Abogado/a: JOSÉ MARIA GIMÉNEZ ALCOVER

**SENTENCIA N° 42/2019**

**Cuestiones.-** Nulidad préstamo **multidivisa**. Control de transparencia.

**Ilmos. Sres. Magistrados**

DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

DOÑA BERTA PELLICER ORTIZ

DOÑA Nuria Barcones Agustin

En Barcelona, a quince de enero de dos mil diecinueve

**Parte apelante:** Eulalia , Norberto , Florinda

-Letrado: Jaime Concheiro Fernández

-Procurador: Roger Espí Casas

**Parte apelada:** BBVA ( antes Caixa D'Estalvis de Catalunya)



-Letrado: Pepe Giménez Alcover

-Procurador: Ignacio AnzizuPigem

**Resolución recurrida:** Sentencia

-Fecha: 13 de julio 2017

- Demandante: Eulalia , Norberto ,  
Florinda .

-Demandada: BBVA ( antes Caixa DEstalvis de Catalunya)

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda presentada por Dña. Eulalia , D. Norberto y Dña. Florinda y, en consecuencia, absolver a la demandada, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., respecto de todos los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda. Imponer la totalidad de las costas devengadas a la parte demandante".

**SEGUNDO.** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante. Dado traslado a la demandada, presentó escrito de oposición al recurso.

**TERCERO.** Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 12 de diciembre de 2018.

Ponente: Nuria Barcones Agustin.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. La parte actora interpuso demanda de nulidad del contrato de préstamo hipotecario en todos los contenidos referentes a la opción **multidivisa** suscrito con la demandada, Caixa DEstalvis de Catalunya, el día 21 de diciembre de 2007, por un importe de 39.403,507 yenes, equivalentes a 240.000 euros. Respecto el tipo de interés, se estableció un interés variable de LIBOR más un diferencial del 1,25% o, en caso de que la **hipoteca** fuera en Euros, el tipo de referencia ( EURIBOR) más un diferencial del 0,80%.

2. La parte actora adujo que la entidad demandada había incumplido la obligación de informar sobre las características de la cláusula, al tratarse de un producto complejo y de alto riesgo, por lo que solicitó la nulidad del clausulado **multidivisa** por error en el consentimiento, y, subsidiariamente, de nulidad por no superar las cláusulas controvertidas el doble control de transparencia.

3. La demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que la acción estaría caducada y que las características del préstamo eran conocidas para la actora, que tomó la iniciativa en la concesión del préstamo en divisas, acudiendo a sus oficinas por ser el que más convenía a sus intereses y por los beneficios que se obtenía al contratar con otro tipo de divisa. Que la entidad procuró, desde el inicio de la negociación, que el cliente tuviera total información de las condiciones del crédito y de todas sus cláusulas. Que en consecuencia, no cabe declarar la abusividad de la cláusula **multidivisa** estipulada a la vista de que se trata de una condición esencial del contrato que ha sido negociada e incorporada siguiendo las previsiones normativas sobre transparencia bancaria.

4. La sentencia desestima la demanda e impone las costas a los actores. Entiende el juzgador que la acción de nulidad por vicio del consentimiento es inviable al no pretenderse la nulidad total del contrato. Y en relación a la acción subsidiaria, la nulidad absoluta por falta de transparencia y abusividad, estima que la cláusula fue negociada individualmente y no impuesta al consumidor, por lo que concluye que queda excluida tanto del control de transparencia como del de abusividad.

5. La sentencia es recurrida por los demandantes. Insisten en la posibilidad de declarar la nulidad parcial de un préstamo, dejando subsistente el resto de su clausulado. Y reiteran la inexistencia de información precontractual por parte de la entidad bancaria, alegando errónea valoración de la prueba por parte del juzgador. En relación a la acción subsidiaria ejercitada, denuncian una incorrecta aplicación de la normativa relativa a las condiciones generales de la contratación, pues la cláusula **multidivisa** no supera el doble control. Y se oponen al pronunciamiento relativo a las costas, por existencia de dudas de hecho y de derecho en la



controversia. La parte demandada se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

## SEGUNDO. Sobre la determinación de las acciones ejercitadas.

6. En el escrito de demanda se ejercita la acción de nulidad por vicios de consentimiento del clausulado **multidivisa** del contrato, solicitando, con carácter principal, la nulidad parcial del contrato en cuantos a las cláusulas mencionadas y, subsidiariamente, la nulidad de las mismas por no superar el doble control de transparencia.

7. La sentencia de primera instancia descarta la acción de nulidad por vicio del consentimiento al no haberse instado la nulidad total del contrato y desestima la pretensión subsidiaria al entender que no cabe el doble control de transparencia ante una cláusula que entiende ha sido objeto de negociación individual.

8. Como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo ha adaptado su jurisprudencia a la del TJUE, abandonando el criterio de anular las cláusulas por considerarlas un producto financiero complejo y resuelve la controversia al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la jurisprudencia que la desarrolla tanto interna como europea, con especial referencia a la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:703), el denominado Caso *Andriuc*. Así, lo hizo ya en la STS de 15 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3893).

9. En el caso que nos ocupa, se ejercitaba como pretensión principal la de nulidad por vicios del consentimiento y como acción subsidiaria, la de nulidad por no superar las cláusulas controvertidas el doble control de transparencia. Por lo tanto, no observamos ningún problema para resolver no ya el recurso de apelación, sino también las pretensiones principales de la demanda, conforme a esa legislación y jurisprudencia protectora de los consumidores frente a cláusulas abusivas, en línea con el cambio jurisprudencial que tuvo que afrontar el Tribunal Supremo sobre el control de transparencia en los préstamos **multidivisa** al amparo de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC), que incorpora al derecho interno la Directiva Comunitaria 93/13.

Ese cambio jurisprudencial se produce en la STS de 15 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3893).

10. Al resolver el recurso de apelación conforme a este nuevo criterio jurisprudencial consideramos que no tiene sentido entrar en aquellas cuestiones que se refieren a la acción de nulidad por vicios de consentimiento, concretamente, el carácter vencible o invencible del error, o la referencia a los parámetros de la Ley del Mercado de Valores (LMV) y las Directivas MiFid para identificar los estándares de información que el banco debe facilitar a sus clientes.

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

11. 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 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".

12. 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".

13. 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)").

14. 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 KáslernéRábai, 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).

15. 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).

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

16. 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.

17. 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.

18. En suma, esa Directiva nos sirve para justificar que lo pactado no es algo corriente, al menos en las relaciones entre una entidad bancaria y un consumidor y menos aun cuando el consumidor se encuentra en una situación tan vulnerable como es la que se produce en el momento de la solicitud de financiación para la compra de su vivienda habitual. Por tanto, lo que pone de manifiesto esa Directiva es que en estas situaciones se produce una situación de vulnerabilidad extraordinaria del consumidor que hace precisa una intervención del legislador para remediarla, al menos hacia el futuro. Y, en cuanto al pasado, esto es, respecto de los contratos ya celebrados, la enseñanza de la Directiva 2014/17/UE sirve al juez para justificar la idea de que al contrato se asocia una importante situación de riesgo para el consumidor, lo que ha de conducir a extremar la interpretación de las garantías relativas a la forma en la que se produjo la prestación de su consentimiento contractual.



19. 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.

20. 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.

21. 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.

22. 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)".

23. 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).

24. 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*).

25. 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".

26. 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".

**27.** 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.

#### **QUINTO. La falta de transparencia y el control de abusividad de la cláusula **multidivisa**.**

**28.** Si el profesional cumple con el deber de transparencia, esto es, si la cláusula es clara y comprensible, desde una perspectiva de contenido no solamente gramatical, 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 3.1<sup>º</sup> de la Directiva y artículo 82 TR LGDCU.

En definitiva, 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.

**29.** De igual modo la Sentencia del TJUE en el asunto *Andrić* 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).*"

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



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

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

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

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

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

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

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

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

**31.** 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".

**32.** La Sentencia del TS de 15 de noviembre de 2017 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 concurren 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".

Es decir, el Tribunal Supremo justifica el carácter abusivo de la cláusula **multidivisa** en las circunstancias particulares del consumidor demandante y de su específica situación económica y jurídica, a diferencia de la cláusula suelo, cuya abusividad se explica por su carácter lesivo o perjudicial.

**33.** 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.

**34.** 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.

**35.** 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.

**36.** 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 el caso de cláusulas **multidivisa**, 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.

**37.** En definitiva y a modo resumen, procederá la nulidad de las cláusulas **multidivisa** 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.

#### **SEXTO. Aplicación de la anterior doctrina al supuesto de autos. Control de transparencia.**

**38.** No resulta controvertido, pues así el demandante lo relata en su demanda, que el 21 de diciembre de 2007 con la intención de adquirir su vivienda habitual, suscribió con la entidad demandada un préstamo hipotecario **multidivisa** por 39.403,507 yenes, equivalentes a 240.000 euros.

**39.** En relación a la iniciativa en la contratación, si bien en la demanda se decía que la iniciativa fue de la entidad financiera, la prueba practicada determina lo contrario. La propia demandante, Sra. Agueda, ha reconocido que fueron a muchos Bancos y que el asesor de ING, el Sr. Braulio, les dijo que en Caixa Catalunya les podrían hacer la **multidivisa**. El testigo, Sr. Morero, empleado en la época de la entidad bancaria y ahora ya jubilado, ha explicado que los actores acudieron a la oficina con el Sr. Braulio buscando una **multidivisa**. Y ha aclarado que el producto no lo ofrecían a los clientes y que lo tenían sólo por si alguien lo pedía expresamente, recordando que sólo intervino en cuatro operaciones de **multidivisa**, siendo ésta la única que se formalizó en yenes. La testifical del Sr. Braulio, abunda en este sentido, indicando que los actores acuden a él buscando una **multidivisa**.

En consecuencia la iniciativa para suscribir un préstamo hipotecario **multidivisa** correspondió al demandante.

**40.** En cuanto a la información precontractual, debe indicarse que los actores acuden a la entidad bancaria con el asesoramiento de un tercero, el Sr. Braulio, quien percibe unos honorarios de los clientes, tal y como ha resultado de las testificales practicadas, en el sentido de que él no cobraba de la entidad bancaria. El Sr. Braulio ha explicado de modo detallado que él actuaba como agente financiero y los actores se dirigieron a él porque estaban interesados en una **hipoteca multidivisa** y él les podría explicar cómo funcionaba el producto. Que él explicaba que al riesgo propio de la evolución del tipo de interés había que añadir el riesgo de cambio de moneda. Y que en cuanto al yen les explicaba que era más volátil y hacía una explicación más completa. Que incluso les hacía una demostración en excell, si bien, la situación tan drástica actual no se la explicó. Pero sí que les explicaba que podían tener que necesitar más dinero para pagar y que con cualquier oscilación en contra podría poner el capital más por encima. El Sr. Damaso, empleado de la entidad, ha explicado que acudieron con el Sr. Braulio y que no daban nunca esas **hipotecas** porque era un riesgo y que sólo si el cliente lo quería lo daban y que él sólo hizo una en yenes que fue esta y que la hizo a petición expresa de los clientes.

**41.** En relación al perfil de los demandantes estos tienen estudios básicos y ningún tipo de conocimientos financieros ni de inversión. Dicho perfil del demandante no ha sido negado por la entidad demandada.

**42.** Nos encontramos así con una iniciativa de los clientes que acuden a la entidad bancaria a buscar una **multidivisa** tras haber acudido a otras entidades con el mismo objetivo, que abonan los servicios de asesoramiento a un tercero de quien reciben una exhaustiva información sobre las características de la misma y tras esta información deciden suscribir la **hipoteca multidivisa** que nos ocupa. Siendo ello así, tenemos por acreditado que los prestatarios fueron conscientes y aceptaron contratar un préstamo en yenes, y que se obligaron a amortizarlo en la divisa pactada, superando así la cláusula el control de transparencia. Siendo ello así, el recurso debe ser desestimado y confirmada la sentencia de instancia.



**. SÉPTIMO. Costas procesales del recurso.**

**43.** Al desestimarse el recurso procede imponer las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 LEC y la pérdida del depósito constituido al recurrir.

**FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Eulalia , Norberto , Florinda , contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Badalona de fecha 13 de julio de 2017, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que confirmamos. Se imponen las costas de alzada a los recurrentes y pérdida del depósito.

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 originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, a los efectos pertinentes.

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

FONDO DOCUMENTAL CEJUD