



Roj: **SAP B 458/2019 - ECLI: ES:APB:2019:458**

Id Cendoj: **08019370152019100116**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **29/01/2019**

Nº de Recurso: **876/2017**

Nº de Resolución: **119/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL CHAMORRO GONZALEZ**

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.: 0801942120168065777

Recurso de apelación 876/2017-2ª

Materia: Juicio ordinario condiciones generales de la contratación

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 33 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 362/2016

Cuestiones.- Nulidad cláusula **multidivisa.**

SENTENCIA núm. 119/2019

Composición del tribunal:

JOSE MARÍA RIBELLES ARELLANO

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

Miguel Angel Chamorro Gonzalez

Barcelona, a veintinueve de enero de dos mil diecinueve.

Parte apelante: Doña Reyes y Don Arcadio

Letrado/a: Don Ramón Valls Domínguez

Procurador: Don Javier Mundet Salavería

Parte apelada e impugnante: BBVA S.A.

Letrado/a: Don Manuel Ledesma García

Procurador: Don Ignacio de Anzizu Pigem

Resolución recurrida:

Fecha: 26 de mayo de 2017

Parte demandante: Doña Reyes y Don Arcadio

Parte demandada: BBVA S.A.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: " *DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por el/l Procurador/a D./D^a Javier Mundet Salaverria, en representación de, D^a Reyes y D. Arcadio frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (anteriormente Catalunya Banc S.A) representada por el/l Procurador/a D./D^a Ignacio Anzizu Pigem, y en consecuencia ABSUELVO a la parte demandada de todos los pedimentos contra ella formulados. Se imponen las costas procesales a la parte actora "* .

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito oponiéndose al mismo e impugnando la resolución apelada por considerar que la acción está caducada. Sustanciada la impugnación, se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el pasado día 18 de octubre.

Ponente: magistrado/a Miguel Angel Chamorro Gonzalez.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. La parte actora formuló demanda interesando la declaración de nulidad de las cláusulas referidas a la opción **multidivisa** del contrato de **préstamo** hipotecario de fecha 4 de agosto de 2004 suscrito ante el Notario Don Santiago Gotor Sánchez. Los actores esgrimen en su demanda que la entidad financiera en ningún momento informó de los riesgos que asumían con esta modalidad de hipoteca, desconociendo que la misma quedaba ligada a la evolución del cambio de la divisa y que podía suponer que se llegara a deber más capital que el inicialmente prestado. También alegan que el capital recibido es inferior al que los actores vienen amortizando con infracción de lo previsto en la Ley de 23 de julio de 1908 de la Usura y de forma subsidiaria la existencia de un vicio en el consentimiento en el momento de contratar.

2. La demandada por su parte alegó en su escrito de contestación que las hipotecas **multidivisa** no son un producto financiero tal como pone de relieve la STJUE de fecha 3 de diciembre de 2015. Se alegó a continuación la ilicitud de reclamar la nulidad parcial de las cláusulas que contienen la opción **multidivisa** y considera que fueron los actores los que tuvieron la iniciativa de contratar este tipo de producto, cumpliendo la demandada con sus obligaciones de información. Descartan la existencia de vicio en el consentimiento y pusieron de manifiesto en el trámite de conclusiones la caducidad de la acción.

3. Tras los trámites correspondientes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Barcelona dictó sentencia desestimando las pretensiones de la parte demandante considerando que no hubo un incumplimiento por la parte demandada de sus obligaciones de información, al haberse acreditado que la parte actora conoció en toda su extensión el riesgo económico que suponía la contratación de la hipoteca **multidivisa**.

SEGUNDO . - Principales hechos que sirven de contexto en esta instancia.

4. La sentencia es recurrida por la parte demandada alegando en síntesis los siguientes motivos de apelación: i) nulidad por falta de transparencia, ii) nulidad por abusividad, iii) nulidad por vicios en el consentimiento: error, iv) nulidad por infracción de normativa imperativa, v) las cláusulas del contrato en todo caso no son abusivas. Por su parte la apelada impugna la resolución por caducidad de la acción de anulabilidad entablada.

TERCERO . Naturaleza del préstamo.

5 . La parte recurrente pone de manifiesto que la sentencia recurrida exige deberes de información y aplica criterios jurisprudenciales relativos a productos de inversión, cuando en realidad estamos ante un simple **préstamo** concedido en moneda extranjera.

6. La sentencia del tribunal *a quo* de forma acertada rechaza la aplicación de la normativa referida a los derivados financieros. La Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14 , declara que el **préstamo multidivisa** no constituye un servicio o una actividad de inversión sujeto a la normativa 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), por lo que debe analizarse la nulidad de las cláusulas **multidivisa** con arreglo a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en atención a su posible carácter abusivo de acuerdo con el TRLGCU. El hecho de que la contratación tuviera lugar con anterioridad a la transposición a nuestro ordenamiento de la citada directiva y que fuera de aplicación el artículo 79 de la Ley de Mercados de Valores en su redacción, no empaña la anterior conclusión del tribunal europeo, que el contrato de **préstamo multidivisa** no es un instrumentos de inversión financiera.



7. A pesar de que no resultar exigibles las obligaciones adicionales de información exigidas por la Ley de Mercado de Valores, ello no impide apreciar 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.

CUARTO.- Caducidad de la acción de anulabilidad.

8. En el desarrollo argumental del motivo sostiene el banco impugnante que la acción de anulabilidad contractual basada en un supuesto vicio al prestar el consentimiento está caducada, pues alcanzaron el conocimiento del riesgo del **préstamo** concertado transcurridos cuatro años después de la formalización del contrato según se indicó por los demandados durante el interrogatorio judicial.

9. Tal como se argumentará posteriormente, realmente estamos ante una cláusula contractual abusiva, nula de pleno derecho, por lo que no son aplicables los términos de caducidad del artículo 1301 del Código Civil, predicables de la acción de nulidad relativa, pero no al supuesto de nulidad absoluta de las cláusulas abusivas, que resulta imprescriptible.

QUINTO- Vicio en el consentimiento.

10. El examen de la acción de nulidad desde la perspectiva del vicio en el consentimiento tiene trascendentales efectos prácticos, ya que daría lugar a la nulidad del contrato de **préstamo** en su integridad, no de alguna de sus cláusulas como se deduce del redactado del suplico de la demanda. En la STS de 16 de octubre de 2017 se indica: "No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento.

Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento.

Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses".

11. Pretendiéndose por la actora la nulidad de concretas estipulaciones del contrato, no resulta razonable examinar la cuestión desde la perspectiva de los vicios del consentimiento, ya que ello afectaría, en caso de ser estimada la pretensión, a la validez del propio negocio jurídico. Por tanto, tratándose de analizar las validez de determinadas cláusulas, habrá que estarse a lo dispuesto 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 aunque tal como indica el art. 9.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), la nulidad de una condición general puede determinar la nulidad del contrato cuando afecte a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil .

12. Este análisis tampoco impide que la falta de transparencia en la contratación, en concreto la falta de información por parte de la entidad financiera, haya podido influir en la formación de la voluntad por parte del consumidor.

SEXTO.-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 Andriuciu) 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)

SÉPTIMO.- 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 multidivisa**, 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.

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 (le 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 multdivisa** 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).

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 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.

OCTAVO. 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 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".*

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 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 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 **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.

39 . En definitiva y a modo de 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.

NOVENO. Aplicación de la doctrina expuesta al presente caso.

40. Con aplicación de la anterior doctrina al presente caso, y analizada la prueba practicada, hemos de concluir que hubo déficit de información por parte de la entidad financiera y que la cláusula no se incorporó con transparencia.

41 . Resulta incontrovertido que el **préstamo** por un importe de 284.295,60 francos suizos (equivalentes a 183.999,38 euros) debía de amortizarse en francos suizos, obligándose los prestatarios al pago de cuotas mensuales expresadas en esta moneda.

42. No consta que los actores tengan conocimientos ni experiencia en productos financieros y tampoco son presumibles unos ingresos por parte de los consumidores que les permita asumir una alteración sustancial del importe de las cuotas como consecuencia de la evolución del tipo de cambio. Por otra parte, la intervención del Notario no sufre por sí sola el cumplimiento del deber de transparencia y el hecho de que el contrato permita cambiar de divisa no excluye el riesgo derivado de la fluctuación.

43. En relación con la iniciativa en la contratación, el demandante Don Arcadio reconoció que *"...fueron ellos los que se interesaron por el producto. Que una persona de Grupasa les dijo que conocía un director de oficina que le haría el mejor trato posible para la hipoteca, el Sr. De Grupasa le dijo que era la mejor opción y condiciones"*.

Esta declaración en principio sugiere que fue a instancia de los actores, y que fueron ellos los que solicitaron al banco un **préstamo** en divisas con garantía hipotecaria por su contravalor en francos suizos (divisa elegida), pero ha de valorarse que se trata de una iniciativa inducida por un intermediario inmobiliario (sobre el que cabe presumir que facilita, como comisionista, clientes a la entidad), que fue quien les aconsejó que se dirigieran al director de la oficina de la demandada para contratar el producto. Además siendo relevante la iniciativa en la contratación, ello no es determinante en la validez de la cláusula, ya que ésta puede venir motivada únicamente por la voluntad de obtener una cuota reducida.

44. En cuanto a la información precontractual, la declaración del empleado de la parte demandada, el Sr. Silvio, no resulta determinante en orden a acreditar la realidad de la información proporcionada, ya que manifestó que dado el tiempo transcurrido, no recordaba el caso en concreto, aunque aseveró, que eran operaciones *"... muy escasas, toda vez que suscribió unas 14 o 15 operaciones en un año"*. Manifestó que las operaciones *"... venían derivadas de un "bróker financiero" un API de GRUPASA"*. El testigo concretó "que el "bróker" explicaba a sus clientes la operación, les resolvía las dudas y cuando los clientes llegaban a la Oficina se les volvía a explicar de nuevo toda la operación, por cuanto que, en la mayoría de los casos no eran clientes habituales de la Oficina y *"había que hacerlo bien"*. En todo caso se les explicaba el tipo de interés y el tipo de cambio que iba en función de divisa contratada, se informaba de los históricos de la evolución del LIBOR respecto del EURIBOR, se informaba de los históricos del franco suizo; se les explicaba que podía incrementarse la cuota o reducirse, aumentando o reduciendo la deuda; reconoce que podía haber alguna simulación, pero que no se trataba de una oferta vinculante.

45. La declaración del testigo Sr. Silvio no evidencia la realidad de la información leal y completa de la incidencia de este tipo de cláusulas, ya que no existe la documentación precontractual que habitualmente maneja la entidad financiera en estos casos y que hubiese permitido esclarecer la cuestión. Además es



necesario considerar que su testimonio queda devaluado por la vinculación del testigo con la demandada y por el tiempo transcurrido desde la operación.

46. Sobre el alcance de la información que deben proporcionar las instituciones financieras, el TS y el TJUE se pronuncian en parecidos términos: deben proporcionar información al consumidor sobre los riesgos derivados del tipo de cambio y de la incidencia, tanto en la cuota como en el capital pendiente de devolución, de la fluctuación de las divisas, echándose aquí en falta que se informara sobre la influencia de la fluctuación en el capital pendiente de devolución.

47. En la escritura de **préstamo** hipotecario se indica expresamente que el **préstamo** fue formalizado en francos suizos y que los pagos se realizan en francos suizos y aunque la redacción permita superar el control de incorporación, el deber de transparencia exige que el nivel de información proporcionado sea más amplio, debe de interpretarse de forma extensiva, permitiendo al consumidor un conocimiento real de las consecuencias económicas y jurídicas de este tipo de contratación.

48. En definitiva, no ha quedado probado que la entidad financiera, hubiera dado a los demandantes la información esencial para la toma de la decisión de suscribir la póliza de **préstamo multdivisa**. Se les ha privado de información relevante y se ha actuado de modo desleal, por tanto, no se supera el control de transparencia cualificado y se constata la existencia de desequilibrio en el momento de la contratación.

49. La falta de transparencia no implica que cláusula sea nula, sino que es el presupuesto para analizar si tiene asimismo carácter abusivo tal como señala la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 para lo que deben valorarse las circunstancias existentes en el momento de suscribirse el **préstamo** para, a partir de ahí, valorar si una cláusula como la controvertida causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Para ello habrá que 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 (apartado 57).

50. Hemos de concluir que si la parte actora hubiera tenido conocimiento de los riesgos y características del **préstamo** en cuestión, no habría suscrito un producto tan complejo y con un perfil poco conservador. Ya hemos indicado que no consta que realmente los actores tomaran la iniciativa en la contratación, que de haberse dado podría llegar a excluir la mala fe de la entidad de crédito. Tampoco ha acreditado que los actores tuvieran especiales conocimientos financieros. Por todo ello hay que presumir que de haber sido correctamente informados seguramente habrían optado por otro producto más conservador que tomara como referencia otros índices oficiales menos arriesgados como el Euribor. La cláusula por tanto es abusiva.

En definitiva debemos estimar el recurso y revocar la sentencia apelada.

DÉCIMO.- Costas procesales.

51. Pese a la estimación de la demanda, estimamos que no procede imponer las costas en ninguna de las dos instancias, dadas las dudas de derecho suscitadas, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Reyes y Don Arcadio contra la sentencia de 26 de mayo de 2017 , que revocamos. En su lugar, estimamos la demanda interpuesta por la representación procesal de Doña Reyes y Don Arcadio declarando la nulidad parcial de las cláusulas **multidivisa** del contrato de **préstamo** hipotecario de fecha 4 de agosto de 2004 suscrito entre las partes del presente procedimiento eliminando todos los contenidos relativos a la opción **multidivisa**. Se declara que el capital prestado asciende al importe de 183.999,38 euros, condenándose a la demandada a integrar el contrato en euros sin la existencia del cambio de divisa, aplicándose como tipo de interés variable el Euribor más el diferencial pactado. Se condena a la parte demandada a realizar un recálculo como si el contrato estuviera referenciado en euros y se hubiera aplicado el interés al tipo Euribor, aplicando lo pagado en exceso por parte de los actores a la amortización del capital del **préstamo** pendiente de pago.

Se desestima la impugnación formulada por la representación procesal de BBVA S.A.

Sin imposición de costas y con devolución al recurrente del depósito constituido.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ