



Sección nº 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68, pl. 1 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 935673532
FAX: 935673531
EMAIL:aps13.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120158191234

Recurso de apelación

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Barcelona
Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario

Parte recurrente/Solicitante: BANCO BILBAO
VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.
Procurador/a: Ignacio De Anzizu Pigem
Abogado/a:

Parte recurrida:
Procurador/a: Pedro Moratal Sendra
Abogado/a: NURIA VILARNAU CANAMASSAS

SENTENCIA Nº 221/2018

Magistrados:

- Juan Bautista Cremades Morant
- Isabel Carriedo Mompín
- M dels Angels Gomis Masque
- Fernando Utrillas Carbonell
- Maria del Pilar Ledesma Ibañez

Barcelona, 6 de abril de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 23 de enero de 2017 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Ignacio De Anzizu Pigem, en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. contra Sentencia - 03/11/2016 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a Pedro Moratal Sendra, en nombre y representación de .

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: " Que estimando la demanda interpuesta por representación procesal de y contra la





entidad BBVA, SA declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito el día 3.7.2007, nulidad parcial que alcanza a todos los contenidos relativos a la opción multivisa que conlleva la consideración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, operando como un préstamo en euros, referenciado al Euribor, ordenándose a la demandada que recalcule el capital adeudado tras la debida deducción de las amortizaciones de capital e intereses también en euros siendo de su cargo los gastos que pudiera conllevar. Igualmente se declara la nulidad de la cláusula 5 que establece que serán de exclusivo cargo del prestatario determinados gastos, de la cláusula 6 que fija un interés de demora resultante de incrementar 10 puntos el tipo de interés ordinario, la nulidad de la cláusula 8 por la que el banco se reserva la facultad de transferir a cualquier persona o entidad, todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes del contrato, con renuncia al derecho que le concede el art. 149 LH y de la cláusula 11 donde se autoriza a la demandada para la obtención de segundas copias con efectos ejecutivos y para proceder a la venta extrajudicial de la finca hipotecada. Se imponen las costas a la parte demandada."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo, que ha tenido lugar el día 04/04/2018.

Cuarto. En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente al Magistrado Juan Bautista Cremades Morant .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda rectora, formulada por D.

y D^a M^a

Codi Segur de Verificació: IMMWS3YRLS2YR50X8TNDMOR07XDPX6K

Signal per Cremades Morant, Juan Bautista: Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar; Utilias Carbonell, Fernando;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html
Data i hora 11/04/2018 08:10





.. va encaminada a la obtención de un pronunciamiento por

el que (1) se declare la nulidad parcial del clausulado que se enumera respecto del préstamo hipotecario de 3.7.2007 por (A) infracción de la normativa imperativa en relación con el art. 6.3 CC, 59 y 60 TRLGDCU, la normativa sectorial bancaria relativa a los deberes de información y la LMV: (a) en lo que "se refiere a las referencias a las divisas, incluida la primera representación en yenes japoneses, declarando asimismo de manera integradora que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 370.000 € las cuotas pagadas, también en euros, en concepto de principal, comisiones e intereses, condenando a CATALUNYA BANC SA (actualmente, por subrogación, BBVA SA, f. 299 y ss) a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen; y en particular, se condene a dicha entidad a recalcular la deuda en euros y a referencial al tipo Euribor, recalculando las cuotas pendientes de amortización, teniendo en cuenta los pagos efectuados, y se fije el capital pendiente de pago en euros." (sic); (b) se declare la nulidad de la cláusula 5ª en la que se establece que será de exclusivo cargo del prestatario gastos que no les corresponden y gastos que pudiera hacerse cargo, para reclamarlos posteriormente mediante acción ejecutiva y de la cláusula 11ª, titulada ejercicio de acciones y posesión; (c) se declare la nulidad de la cláusula 6ª que fija un interés de demora, del tipo ordinario más 10 puntos porcentuales, pudiéndose incrementar este porcentaje de forma indefinida mediante gastos de corretaje, impuestos, comisiones o gastos que en la actualidad o en un futuro puedan incrementar o gravar dichas operaciones; (d) se declare la nulidad de la cláusula 8ª por la que el banco se reserva la facultad de transferir a cualquiera otra persona o entidad, todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes del contrato, con renuncia al derecho que le concede el artículo 149 LH; (e) se declare la nulidad de la cláusula 11ª donde se autoriza a la demandada, cada vez que obtenga segundas copias de la escritura, con efectos ejecutivos y la de venta extrajudicial. (B) subsidiariamente, nulidad parcial por error en el consentimiento, al amparo de los arts. 1265, y ss CC, "y por entender que las mismas son abusivas de conformidad con la legislación protectora de consumidores". (2) Subsidiariamente, "se reduzca el tipo de interés de demora al

Codi Segur de Verificació: IMMW53YRLS2YR5OX8TNO4MDRQ7XDPX6K

Signal per Verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10

Maria del
Ledesma Ibañez,
Angels,
Masque, M dels
Carriedo Mompin,
Bautista, Juan
Morant, Juan
Cremades
Pilar: Utrillas Carbonell, Fernando;





Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: IMMWS3YRLS2YR5OX8TN0MQRQ7XDPX6K
Data i hora 11/04/2018 08:10	Signal per Cremades Morant, Juan Baulista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, María del Pilar; Utrillas Carbonell, Fernando;

interés legal por ser suficiente esta indemnización y se condone parte de la deuda pendiente de pago, correspondiente a la modalidad en *multidivisa* en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o según las pautas indicadas anteriormente o mejor criterio del juzgador". A dicha pretensión se opuso la entidad demandada alegando (1) incongruencia al solicitar la nulidad de la cláusula opción multidivisa, en cuanto que supone una potestad de los actores de devolver el préstamo en alguna otra moneda, "no constando ni el ejercicio de la opción ni la solicitud de información para realizarla" (sic); (2) licitud de la cláusula multidivisa, de cuya contratación fueron plenamente conscientes los actores; (3) no concurre error excusable, constando en la misma escritura que tras su lectura por el Notario "*manifiestan...que han quedado debidamente informados de su total contenido, y que prestan libremente su consentimiento al mismo...*", y además, no había entrado en vigor la normativa MiFID y la demandada giró durante más de 5 años las correspondientes liquidaciones detalladas sin queja; (4) No procede la nulidad de la cláusula referida a los gastos a cargo del prestatario, redactada de forma clara, transparente e inteligible; (5) tampoco la referido a los intereses de demora; (6) tampoco procede la nulidad de la cláusula referida a la facultad de la demandada de transferir a un tercero los efectos dimanantes del contrato sin tener que notificar la cesión al deudor, renunciando éste al derecho que le concede el art. 149 LH (tras su reforma por ley 41/2007); (7) la cláusula 11ª (segundas copias y venta extrajudicial) está transcrita de forma transparente, clara y sencilla, en párrafo separado con letras destacadas; (8) se opone a la pretensión subsidiaria de reducción del interés de demora al legal y condonación de parte de la deuda pendiente de pago.

La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda (en base a la falta de prueba sobre la información adecuada sobre el alcance real, la trascendencia económica y jurídica de la operación y los riesgos inherentes y posibles pérdidas) con imposición de las costas a la demandada. Frente a dicha resolución se alza ésta, por error en la apreciación de la prueba, respecto de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula 2ª, b y c (las cláusulas relativas a la opción multidivisa, no son accesorias, sino parte esencial del contrato, su objeto, no concurriendo error excusable), y de las cláusulas, 5, 6, 8 y 11 (que no





considera abusivas, cumpliendo los cánones de transparencia). Prácticamente, el debate planteado en la instancia se reproduce en esta alzada, disponiéndose para su resolución del mismo material instructorio.

SEGUNDO.- Conviene partir de una serie de hechos básicos, en los cuales se hallan contestes las partes o se consideran suficientemente acreditados:

1) D. carece de estudios y D^a

, con estudios básicos, que se habían dedicado al comercio de pescado, hasta el 2011-2012, en que quedaron en el paro, trabajando solo ella en la actualidad como dependienta en una panadería a media jornada, careciendo en absoluto de conocimientos financieros, quienes nunca realizaron inversiones, siendo de perfil económico conservador, minoristas (según admite el mismo testigo Sr.) y consumidores.

2) En 26.4.2006 adquirieron, por escritura pública de compraventa, la vivienda sita en la , de por 520.000 €, para lo cual suscribieron un préstamo hipotecario con el BANCO SANTANDER (f. 32 y ss).

3) En base a la confianza con el director de la oficina de, entonces, CAIXA D'ESTALVIS de CATALUNYA, Sr. Forné (quien admite que conocía al actor desde hacía varios años y que aquél tenía plena confianza con el mismo en la gestión de sus intereses), éste ofreció a los actores la contratación de un préstamo hipotecario por el tipo de interés más bajo, sin que conste información sobre la naturaleza, características y riesgos del producto (a diferencia de la ofrecida en diciembre 2011 y abril 2012, f. 129 y ss, en que se califica como "*producte emparat en la Directiva MiFID..complex, adequat per a clients amb certa formació i/o experiència financiera que tenen el coneiximent per contractar productes MiFID de cobertura de riscos financers*"), entre ellos el incremento de la cuota por el cambio de valor del yen, y la posibilidad de adeudar más de lo efectivamente prestado, ni se entregó folleto explicativo ni consta la suscripción de oferta vinculante, ni se realizaron escenarios o simulaciones desfavorables, llegando a reconocer el empleado de la entidad que el cliente seguramente no fue conocedor del riesgo que asumía en toda su extensión.

Codi Segur de Verificació: IMMW53YRLSZYR5OX8TNDMQRC7XDPX6K

Signal per Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar; Urtillas Carbonell, Fernando;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IA/consultasCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10





4) En ese contexto, en 3.7.2007 los actores suscribieron un préstamo "multidivisa" con garantía hipotecaria, por importe de 62.084.671 yenes japoneses (370.000 €) con CATALUNYA BANC SA con destino a la vivienda habitual de los actores y sus hijos, sita en la . . . de . . . , propiedad de los actores en mitad y proindiviso, a devolver en 30 años, mediante 120 cuotas trimestrales comprensivas de capital e intereses, debiendo pagarse en la misma divisa en que se haya efectuado el último pago, a un interés nominal de 1'6350 % durante el primer período y después variable (cláusula 3ª bis), estando referenciado para cada período de intereses, calculado por la Caja, al "libor+0'85 %" (si el capital pendiente de amortizar está en una de las divisas alternativas) y el capital en euro al Euribor+0'75 % (si el capital pendiente de amortizar está en euros), y a efectos meramente hipotecarios respecto a terceros el tipo de interés nominal, no podrá superar el máximo de 10 enteros por ciento, estableciéndose entre otros pactos, los siguientes: a) 1.B, "el prestatario, con 3 días de antelación a la finalización de un período de intereses, deberá tener saldo suficiente en la cuenta de cargo de las cuotas para adeudar la correspondiente a dicho período de intereses....la determinación en euros del valor de cada cuota se calculará en base al cambio vendedor de divisas que publique la CAJA, de acuerdo con la normativa vigente, dos días hábiles anteriores a la fecha del vencimiento de la cuota". b) 1.C, opción multidivisa, condiciones de ejercicio: entre otras, que el ejercicio de la opción habrá de ser por una DIVISA ALTERNATIVA cuyo interés, determinado según lo establecido en el pacto 3º bis, no supere el tipo máximo garantizado en el pacto 9º, y si, en un determinado período, no optara por ello, o lo hiciere por una de las indicadas, "se entenderá que tal cuota deberá ser satisfecha en la misma moneda que la anterior", así como que "el ejercicio de la opción multidivisa, *no supone en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor*, salvo caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio" por lo que "el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a la CAJA de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se

Codi Segur de Verificació: IMMWE3YRLS2YR5OX8TN0MQR07XDPX6K

Signal per Cremades Morant, Juan Baulista, Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, María del

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusjcia.gencat.cat/iap/consultaCSV.html
Data i hora 11/04/2018 08:10



haya ejercitado la opción, pueda ser superior al límite pactado" (sic). c) conforme a la cláusula 5ª, serán de exclusivo cargo del prestatario el pago de todos los impuestos y gastos del préstamo y de esta escritura, incluso la primera copia para la entidad acreedora, ...los correspondientes a las escrituras previas a la presente.... ("gastos a cargo del prestatario"). d) según la 6ª se establecen unos intereses de demora , a devengar diariamente, el tipo que resulte de incrementar en 10 puntos el tipo de interés nominal que hubieren devengado las cantidades cuyo pago se demora. e) conforme a la 8ª Caixa d'Estalvis de Catalunya se reserva la facultad de transferir a cualquier otra persona natural o jurídica todos los derechos dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la transferencia al deudor, quien al efecto renuncia al derecho que le concede el art. 149 de la LH vigente. f) conforme a la cláusula 11ª, para el ejercicio de las acciones judiciales que procedan derivadas del contrato, incluso en caso de ejecución, bastará que a la demanda se acompañe copia auténtica de la presente escritura con las formalidades exigidas en la ley, en su caso las que se requieran especialmente a efectos de seguir acción ejecutiva, bien sea la ordinaria o especial sobre bienes hipotecados, todo ello con el fin de reintegrarse la CAJA del principal, intereses y comisiones, más los gastos y costas que se originen en el procedimiento, a cuyo efecto todas las partes *prestan su conformidad a que la CAJA pueda obtener segundas copias de la presente escritura con efectos ejecutivos* (f. 37 vuelto y ss). No constan posibilidades de negociación de las cláusulas, prerredactadas sin posibilidades de modificación (reconoce el Sr. Forné que se trataba de productos "cerrados")

5) Con la suma obtenida y otros 200.000 €, los actores cancelaron el préstamo con el Banco Santander Central Hispano (f. 60 vuelto y ss).

6) A fecha 3.7.2014 seguían debiendo 364.289 €, tras 7 años de pago continuado, con 29 cuotas trimestrales pagadas hasta diciembre 2014 (unos 152.000 €), de las 120 pactadas, de forma que solo han amortizado 5.711 € (Informe pericial, a los f. 73 y ss)

7) Ante la imposibilidad de soportar la carga económica del préstamo, y a efectos de refinanciar la operación, la demandada les propuso solicitar una carencia, que fue articulada a través de otro préstamo hipotecario, otorgándose la escritura de 7.9.2012, por 40.000 € (f. 130 vuelto y ss).

Codi Segur de Verificació: IMMAW53YRLS2YR5OX8TN0MORQ7XDPX6K

Signal per Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar; Utrillas Carbonell, Fernando.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10





Codi Segur de Verificació: IMMW53YRSL2YR5OX8TNO6MRQ7XDPX6K
Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, María del
Pilar; Utilias Carbonell, Fernando;

Signal per Cremades Morant, Juan Baulista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, María del
Pilar; Utilias Carbonell, Fernando;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusdata.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10

TERCERO.- Por de pronto, en orden a las cláusulas relativas a la opción multdivisa, alude la apelante a que "el objeto de este contrato de préstamo....recae sobre el importe entregado por la recurrente a los prestatarios, esto es, 133.436 francos suizos" (sic) lo que nada tiene que ver con el supuesto de autos, en que los actores contrataron en yenes japoneses, recibiendo 370.000 € (62.084.671 yenes)

Como dijimos en nuestra sentencia de 31.7.2017 dictada en el Rº 1002/15 "Por lo que respecta al concepto, funcionalidad y regulación de la denominada hipoteca multdivisa, podemos apuntar que, de acuerdo con la STS 30.6.2015, ha de considerarse que ...

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

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

4.- Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva





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

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

Para resolver el caso de autos ha de partirse de las siguientes premisas:

- (1) La complejidad el producto y el riesgo que asume el cliente que firma una hipoteca con cláusula de opción multdivisa, riesgo que afecta a elementos

Codi Segur de Verificació: IMMW53YRLS2YR5OX8TND0MDRQ7XDPX6K

Signal per Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M. dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10





esenciales, no sólo al precio del préstamo, sino incluso al propio montante de capital prestado; (2) La condición, no discutida, de consumidor de los demandantes; (3) la obligación legal de la entidad bancaria (profesional) de informar al cliente en los términos exigidos en el art. 60 y concordantes de la LGDCyU (Real Decreto Legislativo 1/2007; en la misma medida que lo establecía la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios – arts 8.1 y 13 -, ... y (4) el carácter de cláusula no negociada de las cláusulas de opción multidivisa.

La STJUE de 3.12.2015 afirma que un préstamo hipotecario multidivisa no constituye en sí mismo un instrumento financiero. Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión a una divisa, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, ya que se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago), no parecen tener otro objeto que permitir la concesión y el reembolso del préstamo. El TJUE en dicha sentencia razona que *"Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa"*. Por tanto, sigue razonando, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste. Y, en su virtud, concluye que *"De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de*

Codi Segur de Verificació: IMMW63YRLS2YR5OX8TN0MQR07XDPX6K
Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, María del Pilar; Utrillas Carbonell, Fernando;

Signal per Cremades Morant, Juan Baulista; gencat.ca/jap/consultaCSV.html

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.ca/jap/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10





préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39".

En definitiva, la sentencia reseñada excluye la aplicación de la normativa MIFID (tanto de la Directiva como de las normas nacionales que la trasponen al ordenamiento interno) a los préstamos multdivisa.

Ahora bien, en el supuesto de autos, es oportuno recordar que el prestatario tiene el carácter de consumidor (art. 3 TRLGDCyU: personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión), ya que recordemos, es una persona física que concierta el préstamo garantizándolo con una hipoteca sobre su residencia habitual, destinándolo, inicialmente, a cancelar la hipoteca que se concertó para financiar su adquisición.

Por tanto, resulta aplicable al caso el *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y otras leyes complementarias que en su artículo 8 establece como derecho básico de los consumidores y usuarios: "*d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute*". El derecho a la información del consumidor, y la correlativa obligación de informar del profesional se recogen en distintos preceptos de dicha norma (así arts. 12, 17, 20 o 80), siendo de destacar la regulación del art. 60, relativa a la "información previa al contrato", que establece que "1. *Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.* 2. Serán relevantes las obligaciones de información

Codi Segur de Verificació: IMMW53YRLSZYR5OX8TNO4MQRQ7XDPX6K

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Signal per Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar; Utillas Carbonell, Fernando:

Data i hora 11/04/2018 08:10





sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación" y, además todas los datos y circunstancias que el propio precepto recoge de manera detallada. Asimismo, resultan igualmente aplicables los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 1993/13/CEE de 5 abril, sobre cláusula abusivas en contratos celebrados con consumidores.

En esta tesitura, es oportuno traer a colación la *STJUE de 30 de abril de 2014 que, referida a un préstamo multidivisa, si bien dictada en el marco de la Directiva 93/13*, resalta la importancia de la información al consumidor, y así afirma que "Además, según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas". Y en su fundamentación jurídica, razona:

"70 Pues bien, acerca de este artículo 5, el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que tiene 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. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (véase la sentencia RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, apartado 44).

71 Por tanto, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical.

72 Por el contrario, como ya se ha recordado en el apartado 39 de la presente sentencia, toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera

Codi Segur de Verificació: IMMWS3YRLS2YR5OX8TN0MOR07XDPX6K

Signal per Cremades Morant, Juan Baulista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, María del Pilar; Utilias Carbonell, Fernando;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/jap/consuliacSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10



extensiva.

(...)

74 En lo que atañe a las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera especificadas por la cláusula III/2, incumbe al tribunal remitente determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, *normalmente informado* y razonablemente atento y cuidadoso *podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo*".

Dicha sentencia, partiendo de que el art. 4.2 de la Directiva excluye la apreciación del carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto principal del contrato, *siempre que ésta esté redactada de forma clara y comprensible*, termina declarando:

"... El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal (esto es, la relativa al tipo de cambio aplicable a los pagos para la devolución de un préstamo denominado en una divisa extranjera), *la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo*."

Por otra parte, tampoco ha resultado controvertido que las cláusulas relativas a la opción multidivisa en el préstamo concertado son condiciones generales de la

Codi Segur de Verificació: IMAM53YRLS2YR5OX8TNDMMQR07XD0X6K

Signal per Verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10

Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, María del Pilar; Urtillas Carbonell, Fernando.





contratación, en tanto que se trata de cláusulas no negociadas, esto es, de cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato ha sido impuesta por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Ello determina que resulte igualmente de aplicación la Ley 7/98, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, significativamente sus artículos 7 a 10.

A este respecto, y en relación con el control de transparencia, es jurisprudencia reiterada (por todas STS 24.3.2015) que es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Por último, si bien no resulta aplicable al caso, es oportuno recordar, como hace la ya citada STS 30.6.2015, a los efectos de resaltar la importancia de la información recibida por el consumidor y como elemento de interpretación de la norma aplicable, que "5.- En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada 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, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso.

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

Codi Segur de Verificació: IMMWS3YRLS2YR50X8TND0MQR07XDPX6K

Signal per Crenades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompoin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10



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".

CUARTO.- La sentencia recurrida ha apreciado la existencia de error vicio respecto de una de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario objeto de litigio, en concreto, la cláusula "multidivisa", partiendo de la aplicabilidad de la Orden Ministerial de 5.5.1994, en relación con el deber de información y protección con quienes conciertan préstamos hipotecarios.

Estando conformes con las consideraciones que se efectúa en la sentencia, sobre la práctica inexistencia de dicha información, es oportuno traer a colación la reciente STS 17.2.2017, que afirma: "En la sentencia 66/2017, de 2 de febrero, declaramos que «la nulidad por este vicio del consentimiento (error vicio) debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no sólo de la cláusula que contiene un derivado implícito». En esta sentencia nos remitíamos a otra sentencia anterior, la sentencia 450/2016, de 1 de julio, en la con mayor detalle exponíamos esta doctrina:

«(C)omo hemos recordado recientemente con motivo de un recurso en el que se había pretendido la nulidad por error vicio de las cláusulas relativas al derivado financiero de un contrato de préstamo, no cabía la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio (Sentencia 380/2016, de 3 de junio). Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad

Codi Segur de Verificació: IMMWS3YFLSZYR5OX8TNDIMQR07XDPX6K

Signal per Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, María del Pilar; Utrillas Carbonell, Fernando;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusjusticia.gencat.cat/vi/ap/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10





del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato»".

Así pues, la sentencia que se recurre ha infringido el art. 1266 del CC, porque no cabe la nulidad de una cláusula de un contrato, en este caso la relativa a la cláusula multidivisa, por un error vicio (que afecta al consentimiento contractual). La demanda no pedía la nulidad de los contratos de préstamo hipotecario, sino la nulidad de una parte de los mismos, la relativa a la referencia a divisas, y por la concurrencia de un error vicio que afecta sólo esta cláusula. De acuerdo con la jurisprudencia, el error debe ser sustancial y relevante en relación con la totalidad del contrato, razón por la cual, de apreciarse, la nulidad afectaría a la totalidad del contrato, pero no a unas determinadas cláusulas. Así pues, al resolver en este sentido, la sentencia apelada infringe el art. 1266 CC. Limitándose la demanda a la petición de esta nulidad parcial, ésta no puede ser estimada, no pudiéndose declarar, so pena de incurrir en incongruencia, la nulidad de los contratos; en consecuencia, revocar la sentencia en el sentido de que no procede declarar la nulidad parcial del contrato por concurrencia de un error vicio del consentimiento.

QUINTO.- Ahora bien, en la medida en que ese "error vicio" puede derivar de la falta de transparencia, la desestimación de la nulidad parcial por la concurrencia de error vicio impone al tribunal entrar en el examen de los restantes motivos de nulidad invocados o susceptibles de ser apreciados de oficio, cuya concurrencia no fue examinada en primera instancia dada la estimación de aquél. En concreto, si la redacción de la cláusula multidivisa resulta contraria a las exigencias legales de transparencia y claridad previstas para las cláusulas predispuestas y carentes de negociación individual a los efectos de su incorporación al contrato, en los términos que exigen que los artículos 5 y 7 de la LCGC en relación con lo dispuesto en el art.10 de la LGDCyU.

La STS 25.4.2017, citando la sentencia 483/2016, de 14 de julio, señala que "el control sobre la falta de transparencia tiene sentido respecto de las cláusulas que versan sobre el objeto principal del contrato y la adecuación entre las contraprestaciones, en la medida en que están excluidas del control de

Codi Segur de Verificació: IMMW53YRLS2YR5OX8TN0MQR07XDPX6K

Signat per Cremades Morant, Juan Baulista, Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusdata.gencat.cat/iAP/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10



abusividad (de contenido) mientras estén redactadas de manera clara y comprensible (art. 4.2 Directiva). Respecto del resto de las cláusulas, cumplidas las exigencias de transparencia del control de inclusión, «el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor». Así pues, la falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula es predicable únicamente de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. En relación con el resto de las cláusulas del contrato, la obligación de transparencia exigible es la prevista en los requisitos de incorporación en el art. 5 LCGC, de tal forma que superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo no dependerá de la información previa, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor.

La doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia aplicada a la cláusula suelo se recoge en las SSTs de 9.5.2013, 8.9.2014, 24.3.2015, 25.3.2015, 29.4.2015 y 23.12.2015. Partiendo de ésta la STS 9.3.2017 razona:

“ Conforme a esta jurisprudencia, el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 , según el cual el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente. «[El control de transparencia] como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o

Codi Segur de Verificació: IMMW53YRLS2YR5OX8TN0MORQ7XDPX6K

Signal per Cremades Morant, Juan Baulista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar; Utrillas Carbonell, Fernando;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10





desarrollo del mismo» (sentencias 406/2012, de 18 de junio , y 241/2013, de 9 de mayo).

3. Esta jurisprudencia se encuadra, en lo que respecta al fundamento y al alcance del control de transparencia, en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), principalmente en la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kàsler) y en las más recientes SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y 26 de enero de 2017 (caso Gutiérrez García)".

En el fundamento anterior ya hemos citado, transcribiéndola en parte, la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kàsler). Por otra parte, la reciente STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus (C-421/14), explicita la consecuencia o efecto de que una determinada cláusula, referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, no pase el control de transparencia:

"62 (...) según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 , las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra -cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva-, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 , apartado 41, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14 , EU:C:2015:447 , apartado 50).

[...]

67 (...) En caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva (...)"

En este punto es oportuno traer a colación nuevamente la STS 9.3.2017, ya que,

Codi Segur de Verificació: IMMWS3YRLS2YR5OX8TN0MQR07XDPX6K
Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, María del Pilar; Utrillas Carbonell, Fernando;

Signal per Cremades Morant, Juan Baulista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, María del Pilar; Utrillas Carbonell, Fernando;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html
Data i hora 11/04/2018 08:10





si bien en la misma se desarrolla esta doctrina en relación a la cláusula suelo, su doctrina que resulta trasladable al caso que nos ocupa en tanto hace referencia igualmente a una cláusula que forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y por ello del objeto principal del contrato; esta sentencia razona:

"La ratio de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados.

Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó.

Codi Segur de Verificació: IMMW53YRLS2YR5OXTN0MQRQ7XDPX6K

Signal per Cremades Morant, Juan Baulista; Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar; Utrillas Carbonell, Fernando:

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/JAP/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10





5. En una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.

En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia".

Por otra parte, la STS 9.5.2013, que aplicó el control de transparencia sobre unas cláusulas suelo, expresamente afirmó que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor», pero esta afirmación ha sido matizada en la SSTs de 24.3.2015 y 29.4.2015. En esta línea la reciente STS 25.5.2017 razona:

"No negamos que, con carácter general, la nulidad de una cláusula como consecuencia de la falta de transparencia requiera que dicha cláusula provoque «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor; objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», pues pudiera ser que la falta de transparencia fuera inocua para el adherente. Esto es, cabría que el adherente no pudiera hacerse una idea cabal de la trascendencia de determinadas previsiones contractuales sobre su posición económica o jurídica en el contrato, pero estas previsiones no tuvieran efectos negativos para él. Pero en el caso de las cláusulas suelo, por su contenido, hemos entendido que la falta de transparencia provoca «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», pues le impide representarse las consecuencias de la cláusula suelo en el préstamo a interés

Codi Segur de Verificació: IMMW53YRLS2YR5OX8TNOHQ7XDPX6K

Signat per Cremades Morant, Juan Bautista: Carriedo Mompoin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar; Utrillas Carbonell, Fernando.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10





variable contratado y le priva de la posibilidad de comparar lo realmente contratado con otras ofertas existentes en el mercado. Como apostillamos en la sentencia 222/2015, de 29 de abril, «estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación»».

En el mismo sentido la ya citada STS 9.3.2017. Esta doctrina se acomoda, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia contenida en la reciente STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus).

SEXTO.- En el caso de autos, en el contrato se convino la entrega en yenes japoneses (62.084.671 yenes) en calidad de préstamo multidivisa, especificándose en la escritura que se trataba de una divisa contratada por su contravalor en euros (370.000 €), regulándose la "cláusula multidivisa" en el pacto 2..C) ("opción multidivisa") de la escritura de 3.7.2007, que permitía solicitar la sustitución de la divisa por otra "alternativa" en el sentido indicado. Se trata de una cláusula de larga redacción, de lectura farragosa, de difícil comprensión para un consumidor medio normalmente informado y sin resaltados ni destacados, de manera que pasan desapercibidas precisiones que resultan de gran importancia para comprender la carga económica real asumida por el prestatario y los riesgos contraídos (singularmente, la repercusión de la cotización de la divisa no sólo en la cuota sino también en el capital pendiente de amortizar y la posibilidad de obligar a la parte prestataria a efectuar una amortización extraordinaria en el supuesto de que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar fuera superior en un 10% al límite de responsabilidad hipotecaria pactado como principal).

En consecuencia, el tribunal considera que la redacción de la cláusula 1.3 del contrato en la que se establece la opción "multidivisa" no reúne el standar y

Codi Segur de Verificació: IMMW53YRLSZYR5OX8TNDMDQRQ7XDPXGK

Signal per Verificar: <https://ejusjicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusjicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10

Carriedo Mompin, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar; Urillas Carbonell, Fernando;





transparencia legalmente exigido; de manera que no permite al consumidor prestatario tener conciencia de la incidencia que el cambio de divisa puede tener en relación al capital pendiente de devolución, y consecuentemente respecto al precio que definitivamente deba el consumidor abonar para la amortización del préstamo, esto es, no le permite hacerse una representación fiel de la impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con una cláusulas de opción multdivisa en caso de apreciación de la divisa yen en relación con el euro (no sólo respecto al incremento del capital pendiente de amortizar sino también a la posibilidad de que la parte prestataria deba realizar una amortización extraordinaria de capital en el caso de que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar fuera superior en un 10% al límite pactado), falta de transparencia que ha de comportar la nulidad de esta cláusula de acuerdo con la aplicación de la doctrina expuesta en el fundamento anterior.

Por otra parte, ante esta falta de transparencia, no consta en autos que el actor recibiera una información precontractual suficiente o contara con conocimientos de propios o con un asesoramiento externó que le permitieran, a pesar de aquella, conocer el alcance del riesgo asumido con la suscripción de dicha cláusula. A este respecto y en relación a la información precontractual recibida, el tribunal hace suyo y da nuevamente por reproducido el fundamento 2º de la resolución recurrida. Ciertamente, no queda suficientemente acreditado que los demandantes recibieran una información precontractual suficiente de tal manera que les permitiera completar su conocimiento frente a la falta de claridad y de transparencia de la cláusula escrita; a este respecto es preciso resaltar que la información facilitada, más allá del propio texto de la escritura, no consta documentalmente y sólo consta a través de las declaraciones testificales vertidas en el acto del juicio, significativamente las del empleado de la entidad, prueba que resulta insuficiente para formar la convicción de este tribunal al respecto, debiendo recordarse que, como dice la STS 12.1.2015, *"no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que Banco Santander cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado"*.

Y por el mismo hecho de que la nulidad no se funda en la existencia de vicio del

Codi Segur de Verificació: IMM53YRLS2YR5OX8TND0MQRQ7XDPOK6K

Signal per Cremades Morant, Juan Baulista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, María del

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/iap/consulta/CSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10



consentimiento, no cabe hablar de actos propios o confirmatorios que pudieran extinguir la acción; no puede considerarse como tal la carencia, al contemplarse en la escritura de 2012 un período de carencia y una ampliación del plazo de amortización, con el fin de facilitar que los prestatarios pudieran hacer frente a la devolución, sin que en nada se alterase la cláusula multidivisa, ni el hecho de que en ese momento los prestatarios ya conocieran, por haberse materializado los riesgos y haber sufrido directamente sus consecuencias (consecuencias que operan como causa directa de la necesidad de suscribir este nuevo préstamo), las características de la cláusula multidivisa convenida excluyen las consecuencias de la falta de transparencia de la misma ya que no podemos obviar que la suscripción de la nueva hipoteca se impone como condición y sin una nueva negociación, para la refinanciación del préstamo hipotecario inicial, de tal manera que la firma de esta nueva escritura trae causa del préstamo inicial.

En definitiva, la redacción de la cláusula multidivisa contenida en la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos resulta contraria a las exigencias legales de transparencia y claridad previstas para las cláusulas predisuestas y carentes de negociación individual a los efectos de su incorporación al contrato, en los términos que exigen que los artículos 5 y 7 de la LCGC en relación con lo dispuesto en el art.10 de la LGDCyU, por lo que procede declarar su nulidad por falta de transparencia en el marco de las acciones previstas en la ley de condiciones generales de la contratación.

En orden a las consecuencias de la declaración de nulidad de determinadas cláusulas, el TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (SSTJUE 14.6.2012, 30.3.2013 y 21.1.2015). En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo ha admitido

Codi Segur de Verificació: IMMW53YRLS2YR5OX8TNDMMQR07XDPX6K

Signat per Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10



esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización (SSTJUE 30.4.2014 y 21.1.2015). Pero, salvo que concurra esta circunstancia, el TJUE ha sido tajante en excluir la aplicación de la norma nacional de Derecho dispositivo para integrar el contrato una vez que la cláusula ha sido declarada abusiva.

La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la nulidad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor (SSTS 22.4.2015, 7.9.2015, 8.9.2015 y 23.12.2015).

En el supuesto de autos, el contrato puede subsistir a pesar de la declaración de nulidad de las cláusulas de opción multidivisa, ya que las mismas pueden ser expulsadas del contrato sin vincular al consumidor sin necesidad de proceder a la integración del contrato, a pesar de que la nulidad afecten a elementos esenciales del mismo, pues el propio contrato contiene previsiones para el supuesto de que el a mismo se referencia a euros, a las que en consecuencia, habrá que estar; es decir, el contrato debe ser integrado e interpretado en sus propios términos.

Por todo ello, procede mantener la declaración de nulidad parcial de las cláusulas multidivisa contenida en el préstamo hipotecario de fecha 3.7.2007 con los efectos indicados, lo que supone que ha de confirmarse la sentencia recurrida en este aspecto, por bien que por otros fundamentos. Consecuentemente, y aplicando la doctrina de la equivalencia de resultados o de la falta de efecto útil del recurso (que lleva a la desestimación del recurso cuando la parte dispositiva de la sentencia, apoyada en una argumentación no aceptable jurídicamente, resulta, sin embargo, procedente conforme a fundamentos distintos que podrían haber sido utilizados para decidir la cuestión, de tal manera

Codi Segur de Verificació: IMMW53YRLS2YR5OX8TN0MQR07XDPX6K

Signat per Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar; Utrillas Carbonell, Fernando;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10



que conforme a este criterio no procede acoger el recurso cuando, pese al fundamento de alguno de los motivos que lo sustentan, el fallo deba ser mantenido con otros argumentos –STS 28.6.2012-), la apelación ha de ser desestimada.

SEPTIMO.- Por lo demás, a la vista de la sentencia en relación con la prueba efectivamente practicada, y como ya tenemos dicho en reiteradas resoluciones, “este Tribunal comparte los argumentos que se exponen en los fundamentos de derecho de la sentencia apelada a los fines de sustentar su parte dispositiva, motivación que se reputa deviene bastante para confirmar tal resolución puesto que no queda desvirtuada en esta alzada por las alegaciones vertidas en el correspondiente escrito de interposición de recurso, y en consecuencia puede y debe remitir a dicha fundamentación a los fines de dar cumplimiento a la obligación que a Juzgados y Tribunales impone el artículo 120 núm. 3 de la Constitución Española, que no es otra cosa que el dar a conocer a las partes las razones de sus decisiones, obligación que está inmersa de la misma manera en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y al respecto debe recordarse que, como es sabido, la doctrina jurisprudencial dimanante tanto del Tribunal Constitucional (sentencias 174/1987 , 11/1995 , 24/1996 , 115/1996 , 105/97 , 231/97 , 36/98 , 116/98 , 181/98 , 187/2000,...) como de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencias de fechas 5.10.1998 , 19.10.1999 , 3 y 23 de febrero , 28 de marzo , 30 de marzo , 9 de junio , ó 21 de julio de 2000 , 2 y 23 de noviembre de 2001 , 30 de julio y 29.9.2008,...) permite y admite la *motivación por remisión a una resolución anterior*, cuando la misma haya de ser confirmada y precisamente, porque en ella se exponían argumentos correctos y bastantes que fundamentasen en su caso la decisión adoptada, de forma que en tales supuestos y cual precisa la Sentencia del Alto Tribunal de fecha 20 de octubre de 1997 , subsiste la motivación de la sentencia de instancia puesto que la asume explícitamente el Tribunal de segundo grado. En consecuencia, si la resolución de primer grado es acertada, la que la confirma en apelación no tiene por qué repetir o reproducir argumentos, pues en aras de la economía procesal debe corregir sólo aquello que resulte necesario (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre y 5 de noviembre de 1992 , 19 de abril de 1993 , 5 de

Codi Segur de Verificació: IMMWE3YRLS2YR5OX8TNDMMQRO7XDPX6K

Signat per Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar; Utrillas Carbonell, Fernando;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusciencia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10



octubre de 1998 , y 30 de marzo y 19 de octubre de 1999) ; en definitiva, una fundamentación por remisión no deja de ser motivación, ni de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva, lo que sucede cuando el Juez *ad quem* se limita a asumir en su integridad los argumentos utilizados en la sentencia apelada, sin incorporar razones jurídicas nuevas a las ya empleadas por aquélla (STS 30.7.2008)".

En este sentido, se acogen, dándolos por reproducidos los argumentos para rechazar las cláusulas 5ª, 6ª, 8ª y 11ª partiendo de que, como se ha expuesto, y partiendo de la iniciativa de la entidad en la contratación, se trata de cláusulas no negociadas, prerredactadas e inmodificables, respecto de las que no consta información alguna y, en todo caso desconocidas, antes de la suscripción del contrato, suponiendo un evidente desequilibrio entre las partes y absoluta falta de reciprocidad: la repercusión a los prestatarios de *todos los gastos de la hipoteca* (con infracción del art. 89.2 TRLGDCU e incluso del art. 394 LEC, respecto de las costas, todo ello en relación con la STS 23.12.2015); los intereses de demora absolutamente desproporcionados (incrementar, diariamente, en 10 puntos el tipo de interés nominal devengado, en relación con la STS 22.4.2015); la renuncia anticipada a ser notificados de la existencia de una cesión del préstamo, con infracción de la normativa sobre consumidores; la posibilidad de obtener segundas copias de la escritura con efectos ejecutivos, clara vulneración de la LEC en relación con las exigencias del Reglamento notarial o la posibilidad de venta extrajudicial con unilateral fijación del precio por parte de la entidad para el caso de subasta y la actuación de la misma como mandataria de los prestatarios, prescindiendo del valor de tasación que obra en la escritura o de los mismos actores en la venta.

OCTAVO.- Consecuentemente, con desestimación del recurso procede la confirmación de la resolución recurrido, con los argumentos expuestos respecto de la "opción multidivisa", y con expresa imposición de las costas de esta alzada a la apelante, al no apreciarse serias dudas de hecho ni de derecho sobre la cuestión debatida (arts. 398.1 en relación con el 394,1 LEC).

FALLAMOS



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusjicia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html	Codi Segur de Verificació: IMMW53YRLS2YR5OX8TN0MQRQ7XDYPX6K
Data i hora 11/04/2018 08:10	Signal per Cromades Morant, Juan Baulista, Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar; Urtilas Carbonell, Fernando;



Codi Segur de Verificació: IMMW53YRLS2YR5OX8TN0MQRQ7XDPX6K

Signat per Cremades Morant, Juan Bautista; Carriedo Mompín, Isabel; Gomis Masque, M dels Angels; Ledesma Ibañez, Maria del Pilar; Uñillas Carbonell, Fernando;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusjcia.gencat.cat/jap/consultaCSV.html>
Data i hora 11/04/2018 08:10

QUE desestimando el recurso de apelación formulado por el BBVA SA contra la sentencia dictada en los autos de que este rollo dimana, confirmamos dicha resolución, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la apelante.

Modo de impugnación: recurso de **CASACIÓN** en los supuestos del art. 477.2 LEC y recurso extraordinario **POR INFRACCIÓN PROCESAL** (regla 1.3 de la DF 16ª LEC) ante el Tribunal Supremo (art.466 LEC) siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudencialmente establecidos.

También puede interponerse recurso de casación en relación con el Derecho Civil Catalán en los supuestos del art. 3 de la Llei 4/2012, del 5 de març, del recurs de cassació en matèria de dret civil a Catalunya.

El/los recurso/s se interpone/n mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano judicial dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Lo acordamos y firmamos.

Los Magistrados :

