



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.: 0809642120170073454

Recurso de apelación

Materia: Juicio Ordinario

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Granollers
Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 328/2017

Cuestiones: Nulidad cláusula multidivisa.

SENTENCIA núm. 1978/2019

Composición del tribunal:

LUIS RODRIGUEZ VEGA
BERTA PELLICER ORTIZ
NURIA BARCONES AGUSTIN

En Barcelona, a seis de noviembre de dos mil diecinueve.

Parte apelante: Bankinter, S.A.

Letrado:

Procuradora: Ricard Simó Pascual

Parte apelada: Asufin en defensa de sus asociados Estrella González Rodríguez y Lorenzo Solares Benítez

Letrado: Oscar Serrano Castells

Procurador: Francesc Toll Musteros

Resolución recurrida: sentencia.

Fecha: 17 de octubre de 2018

Demandante: en defensa de sus asociados

y

Demandado: Bankinter, S.A.





ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO:

*"ESTIMO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la
(actuando en interés de D.
y Doña), representados
por el Procurador D. Francesc Toll Musteros, frente a Bankinter SA y: :*

Declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario objeto de autos de fecha 28 de septiembre de 2007 en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa y, en concreto, a los contenidos en las cláusulas financieras : 1. Capital del préstamo, 2º amortización, 3º denegó, liquidación y pago de intereses y opción de cambio y comunicaciones, 4º comisiones; de modo que la cantidad adeudada por los prestatarios en concepto de capital prestado es el capital referenciado en euros que se obtenga tras disminuir del importe prestado (136.000 euros) la cantidad amortizada por los prestatarios durante la vigencia del contrato en concepto de principal e intereses también convertido a euros, subsistiendo el contrato sin las cláusulas declaradas nulas y aplicando el tipo de interés de referencia el Euribor.

Que debo condenar y condeno a la entidad demandada a llevar a cabo un recálculo de todas las cuotas de amortización del préstamo desde el inicio de la relación, teniendo en cuenta los pagos efectuados por los prestatarios en su contravalor en euros y a fijar el nuevo capital pendiente en euros, aplicando como tipo de interés de referencia el Euribor, condenando a la parte demandada a devolver a los actores la diferencia cobrada de más junto a los intereses devengados desde su cobro.

Que debo condenar y condeno a la entidad demandada a pagar a los actores las comisiones de cambio de moneda cobradas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas más los intereses legales desde su cobro.

Que debo condenar y condeno a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas."

SEGUNDO. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito de oposición, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 30 de octubre de 2019.

Ponente: magistrada Nuria Barcones Agustín.

FUNDAMENTOS JURIDICOS





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

1. La parte demandante ejercitó una acción de nulidad, por nulidad radical, anulabilidad y responsabilidad contractual, de las cláusulas multidivisa incorporadas en la escritura pública de préstamo hipotecario de fecha 28 de septiembre de 2007, solicitando la declaración de nulidad de las cláusulas multidivisa recogidas en la escritura citada.

2. La entidad demandada se opuso alegando que la cláusula multidivisa no adolecía de falta de transparencia ni abusividad al haberse informado correctamente sus riesgos.

3. La sentencia estimó la demanda declarando la nulidad de la cláusula multidivisa, al entender que no se facilitó por la entidad bancaria la información suficiente y declaraba la nulidad de las cláusulas multidivisa.

4. En el recurso de la entidad demandada recurre la declaración de nulidad de la cláusula multidivisa e insiste en que existió negociación individual, que se le informó adecuadamente del riesgo de tipo de cambio, por lo que se superaba el control de transparencia.

SEGUNDO. Valoración jurídica de las acciones ejercitadas.

5. Como hemos dicho en resoluciones anteriores (por ejemplo, núm 135/2017, de 22 de enero de 2018, ECLI:ES:APB:2018:140), en nuestra opinión, el planteamiento del conflicto no debe ser el de examinar la acción de nulidad de la cláusula multidivisa desde la óptica de la acción de error en el consentimiento, la nulidad radical o la responsabilidad contractual como indica el actor. Por ello, daremos comienzo a exponiendo cuál creemos que debe ser el punto de vista desde el que enfocar el problema que la demanda plantea.

6. Si de lo que se trata es meramente de analizar la validez de unas concretas condiciones generales, habrá que estar a las acciones de impugnación propias de las condiciones generales, que son las que se regulan en la *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, concretamente, la acción de no incorporación (art. 7) y la acción de nulidad de la estipulación (art. 8)*. La nulidad parcial de un contrato, esto es, la nulidad de alguna de sus estipulaciones que no afecte al propio contrato, solo se admite de forma excepcional en nuestro ordenamiento, en los casos en los que expresamente lo dispone el legislador, entre los que no se encuentra la impugnación de cláusulas predispuestas con carácter general. Cuando nuestro Código Civil regula la nulidad por vicios en el consentimiento no se refiere nunca a la nulidad parcial sino que lo hace siempre a la nulidad del contrato. Y





ello debe entenderse sin perjuicio de que, como veremos, la doctrina sobre los vicios de la voluntad, y particularmente sobre el error, no es completamente ajena al examen de la validez de las cláusulas, al menos en el caso del préstamo multidivisa sino que entre ambas existe un importante paralelismo. Por ello, no se aplica de forma directa la acción de nulidad con fundamento en los vicios en el consentimiento, sino que se hace una aplicación indirecta de la doctrina de los vicios, porque, como se analizará más adelante, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente, la causa directa de nulidad de las estipulaciones multidivisa reside en la falta de transparencia y la existencia de falta de transparencia se conecta esencialmente con el grado de información recibido por el consumidor y con la trascendencia que el eventual déficit de información pudiera haber tenido sobre la correcta formación de la voluntad negocial por parte del consumidor adherente.

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

El planteamiento de la cuestión es, en tales resoluciones, desde la perspectiva de lo previsto en el *art. 4.2 de la Directiva 1993/13*, esto es, desde la perspectiva del control de transparencia, como corresponde a una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato, como es la cláusula multidivisa. Seguiremos en lo sustancial ese mismo esquema argumentativo, sin entrar en otras consideraciones que, por lo expuesto, no son procedentes.

TERCERO. Sobre el alcance del control de transparencia.

8. 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.

9. 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.

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





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

12. 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.

13. 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.

14. La Sentencia Andriciuc 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)».

15. 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).

16. 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 *«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 Andriciuc).

17. 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»*.

18. 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».

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

a) En este tipo de cláusulas el deber de transparencia en la incorporación es más intenso, es especial.

b) Se traslada a la entidad financiera la obligación de probar que se ha facilitado esa información adicional, información cualificada.

c) Las pautas de información exigidas para los contratos de préstamo multidivisa debe ser superior a la información que se facilita para otros tipos de préstamos con garantía hipotecaria.

d) Al exigirse una información cualificada, es necesario que el empleado que informa a los clientes tenga una formación también cualificada.

e) La información que debe evaluarse es la facilitada al consumidor antes de suscribir el contrato.

f) Ni la intervención del notario, ni la inclusión en la escritura cláusulas en las que se indica que el consumidor ha sido expresamente informado, o cláusulas de exención de responsabilidad a la entidad prestamista por la fluctuación de tipos de interés, son suficientes para acreditar que el consumidor ha sido suficientemente informado, o para convalidar posibles carencias de la información precontractual.

g) El grado de conocimiento del consumidor medio sobre este tipo de cláusulas exige no sólo que conozca que la fluctuación de la divisa, con referencia al contravalor en euros, puede afectar al principal pactado, ha de ser consciente de que esa incidencia puede ser considerable.

CUARTO. Carácter abusivo de las cláusulas multidivisa.

20. 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 93/13), admite como excepción el control de abusividad si la cláusula no es transparente.

21. 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).”

22. 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».

23. 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

Codi Segur de Verificació: BPSCSP4371RPG192WF6GF73KPSU0021

Signat per Barcores Agustín, Nuria; Rodríguez Vega, Luis; Pellicer Ortiz, Berta;

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

Data i hora 11/11/2019 08:40





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».

24. 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.

25. 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.

26. 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.

27. 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 despreciar la trascendencia de los mismos, el enjuiciamiento debe ir, al menos el caso de cláusulas multidivisa, más allá, en la medida en que lo permita el conocimiento de hecho sobre las concretas circunstancias del consumidor que en cada caso ha firmado el contrato que contenga la estipulación cuestionada. Por esa razón hemos de insistir en el carácter esencialmente fáctico del juicio que en cada caso es preciso hacer, a partir de todas las circunstancias del caso.

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

28. En definitiva y a modo resumen, procederá la nulidad de las cláusulas multidivisa si se llega a la conclusión de 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.

QUINTO. Aplicación de la doctrina expuesta al presente caso.





29. Iniciativa. De la prueba practicada no resulta acreditada que la misma partiera de los actores quienes eran ya clientes de la entidad bancaria y acudieron de nuevo a la misma a solicitar más dinero, teniendo ya una hipoteca anterior en euros, sin que conste probado que ellos solicitaran en concreto la multdivisa finalmente suscrita. Y siendo que las dos testificales practicadas ninguna virtualidad tienen por cuanto no recuerdan a los clientes.

30. Información precontractual. En cuanto a la prueba documental precontractual, no se acredita entrega de oferta vinculante, folletos ni minuta de la escritura pública. La entidad bancaria da importancia al documento 4 de la contestación, que fue reconocido en su firma por el actor, si bien del mismo debe destacarse su fecha que es de un día posterior a la firma de la escritura. Y en relación al documento 5. c) del mismo no puede desprenderse ninguna advertencia relativa a los riesgos. Y en relación a las explicaciones dadas por los demandantes en cuanto a posibles simulaciones reconoce que sí que se las hicieron sobre cuotas, pero no recordando que advirtieran de riesgos y siendo que no constan unidas a las actuaciones no pueden valorarse como información precontractual escrita. No existe, en definitiva, información previa suficientemente clara y comprensible, por escrito, entregada a los demandantes.

31. En cuanto a la información verbal, el demandante ha explicado, que no se le dio ninguna información sobre el riesgo del aumento de capital y en el mismo sentido lo ha afirmado la demandante. Las testificales practicadas ninguna eficacia probatoria tienen al no recordar las dos testigos propuesta la operación ni a los clientes, siendo que las explicaciones genéricas sobre cómo informaban no producen ninguna prueba en el caso concreto que nos ocupa.

32. Cambio de divisa. No constan cambios de divisa.

33. Información postcontractual. La remisión de extractos mensuales durante la vigencia del préstamo no permite considerar cumplido el deber de información leal del banco.

34. En definitiva, no resulta acreditado que se comunicaran a los demandantes todos los elementos que podían incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndoles evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. No consta que se les prestara la información suficiente para que éstos pudieran valorar y comprender las consecuencias económicas de una cláusula controvertida sobre sus obligaciones financieras. No pudiendo suplir dicha información la lectura de la escritura notarial. Por tanto, debemos concluir que la cláusula multdivisa no se incorporó de forma transparente, pues el demandante consumidor no pudo comprender que el contravalor en euros de la cuota mensual podía variar en función de la evolución del tipo de cambio, así como que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar también

Codi Segur de Verificació: BRSC5P4371RPG192WF6GF73KPSU0021

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

Signat per Barcores Agustín, Nuria; Rodríguez Vega, Luis; Pellicer Ortiz, Berta;

Data i hora 11/11/2019 08:40





fluctuaba pudiendo llegar a deber más dinero en euros, que el capital inicial. No existe ninguna información precontractual concluyente, ni escrita ni tampoco verbal.

SEXTO. Juicio de relevancia.

35. No superado el control de transparencia de la cláusula multidivisa, debemos acudir al juicio de relevancia, para resolver si dicho déficit de información resultó trascendente para suscribir el préstamo hipotecario multidivisa, atendidas la circunstancias del caso concreto (control de abusividad de las cláusulas). Como hemos expuesto en los fundamentos anteriores, la falta de transparencia no implica en todo caso que la cláusula sea nula, sino que es el punto de partida (y el presupuesto) para analizar si la misma tiene carácter abusivo. Según la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 deben valorarse las circunstancias existentes en el momento de suscribirse el préstamo.

36. Hecho el juicio de relevancia y atendiendo a las circunstancias del caso expuestas, tales como un perfil de los demandantes, sin conocimientos acreditados de índole financiera, no relacionado con la moneda del préstamo, sin constar una situación de necesidad imperiosa para obligarse en una moneda distinta a la suya, si la entidad demandada hubiera informado de forma leal, de manera que el demandante hubiera podido conocer y comprender de forma efectiva los riesgos de la operación y su alcance, no podemos concluir que hubiera aceptado obligarse en divisa extranjera.

Ello conlleva la desestimación del recurso del banco en este punto.

SÉPTIMO. Sobre las costas procesales.

37. La sentencia recurrida impone al demandado las costas de la primera instancia, sin embargo, hay que reconocer las dudas que la cuestión ha suscitado en la jurisprudencia, a esos efectos, basta con citar la *sentencia del Tribunal Supremo 323/2015, de 30 de junio* y las *Sentencias del TJUE de fecha 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14, Banif Pus Bank)* y *sentencia 20 de septiembre de 2017 (C-186/16, Ruxandra Paula Andriuc y otros y Banca Româneasca SA)*, por lo que, conforme lo dispuesto en el *art. 394 LEC*, al apreciarse dichas dudas no se impondrán las costas de instancia al demandado.

38. En base al mismo criterio, no procede hacer imposición de las costas de esta alzada por el recurso que se desestima.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Bankinter contra la sentencia de Juzgado de Primera instancia núm. 5 de Granollers dictada el





día 17 de octubre 2018, que confirmamos excepto en la imposición de costas que no se imponen atendidas la existencia de dudas. Sin imposición de las costas procesales del recurso al apelante por dudas.

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

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, 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.

Codi Segur de Verificació: BRSC5P4371RPG192WF6GF73KPSU0021

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

Signal per Barçones Agustín, Nuria; Rodríguez Vega, Luis; Pellicer Ortiz, Berta;

Data i hora 11/11/2019 08:40

