



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.: 0827942120168111968

Recurso de apelación 640/2017-2ª

Materia: Juicio ordinario condiciones generales de la contratación

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Terrassa

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario 584/2016

Parte recurrente/Solicitante: BBVA SA
Procurador/a: Begoña Callejas Mas

Parte recurrida: ASOCIACIÓN DE USUARIOS
FINANCIEROS
Procurador/a: Pedro Moratal Sendra

Cuestiones.- Nulidad préstamo multidivisa.

SENTENCIA núm. 450/2018

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN
DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO
DON JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

En Barcelona, a veintisiete de junio de dos mil dieciocho.

Parte apelante: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

-Letrado: Xavier Claver Espax

-Procurador: Vicente Ruiz Amat

Parte apelada: ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), en defensa de su asociada

-Letrado: Oscar Serrano Castells

-Procurador: Pedro Moratal Sendra





Resolución recurrida: Sentencia

-Fecha: 19 de diciembre de 2016

-Demandante: ASUFIN

-Demandada: BANCO BILBAO VIZCAYA

ARGENTARAIA S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"Que debo ESTIMAR y ESTIMO íntegramente la demanda formulada por Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN) actuando en defensa e interés de la asociada

rente a BBVA S.A, y en consecuencia:

1.- DECLARO la nulidad del clausulado multidivisa del préstamo hipotecario otorgado por las partes en fecha 28 de julio de 2006, contenido en los pactos primero y noveno en relación con los pactos segundo, cuarto y octavo, y por tanto se tienen por no puestas todas las referencias a la denominación en divisas extranjeras de capital e intereses establecidas en las cláusulas financieras de la referida escritura y los pactos concernientes al cambio de divisa, DECLARANDO asimismo que el préstamo se tendrá por concertado en euros por un capital inicial de 118.000 euros aplicando como tipo de interés variable el Euríbor más el diferencial de 1,00 conforme a lo pactado por las partes.

2.- CONDENO a la parte demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a efectuar a su costa, un recálculo del capital y cuotas pendientes del préstamo bajo las premisas derivadas de los anteriores pronunciamientos, aplicando a la amortización las cantidades ya abonadas por los demandantes conforme a su contravalor en euros, conforme a las previsiones del Fundamento Cuarto Apto. 4 de esta resolución, y determinando el capital final pendiente en euros y el

2

Codi Segur de Verificació: TRZIQ3R761Q9UJW7B7G0582K2NQ4B41

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

Signat per Ribelles Arellano, José María; Garnica Martín, Juan Francisco; Fernandez Seijo, José María;

Data i hora 28/06/2018 14:12





correspondiente cuadro de amortización conforme a las condiciones pactadas subsistentes.

3.- Se imponen a la parte demandada las costas procesales causadas”.

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

TERCERO.- Recibidos los autos originales y formado en la Sala el Rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 7 de junio de 2018.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Contextualización de la controversia. Hechos probados.

1. La parte actora interpuso demanda de nulidad parcial (limitada al “clausulado multidivisa”) del contrato de préstamo multidivisa suscrito con la demandada CAIXA DE TERRASSA (hoy BBVA) el día 28 de julio de 2006, por un importe de 186.885,92 francos suizos, equivalentes a 118.000 euros. El tipo pactado para el primer periodo de tiempo (el primer año) 2,59% y, a partir de ese momento, el Euribor más 1,00% para disposiciones en euros y el Libor más 1,00% para las disposiciones en otras divisas. De acuerdo con las

3





estipulaciones del contrato, el prestatario se obliga a abonar las cuotas en la divisa pactada, sin perjuicio de la facultad que se le concede de optar por satisfacer las cuotas en euros o en una divisa distinta.

2. La parte actora adujo que la entidad demandada había incumplido la obligación de informar sobre las características de la cláusula, al tratarse de un producto complejo y de alto riesgo, por lo que solicitó la nulidad parcial del contrato, limitada a la cláusula multidivisa por falta de transparencia y, subsidiariamente, por error como vicio de consentimiento.

3. La demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que el contrato no deja de ser un préstamo hipotecario formalizado en divisa extranjera que no está sujeto a la normativa MIFID; que la demandante era consciente de los riesgos y que fue ella la que se interesó por la subscripción de un préstamo multidivisa; y, en definitiva, que CAIXA DE TERRASSA cumplió con sus deberes de información, que la cláusula se incorporó con transparencia y que no es abusiva. En cuanto a la nulidad por error, la demandada alegó la caducidad de la acción.

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

4. La sentencia estima íntegramente la demanda, declara la nulidad parcial de la escritura de préstamo hipotecario en lo relativo a la opción multidivisa y condena a la demandada a recalcular las cuotas y liquidarlas en euros, con un tipo de interés de Euribor más el 1,00%, así como a pagar a la parte actora a restituir las cantidades percibidas en exceso. Según el *juez a quo* la demandada no cumplió con los deberes de información exigidos y en consecuencia, que no supera el control de transparencia, por lo que estima abusiva la cláusula.





5. La sentencia es recurrida por la demandada. La recurrente alega errónea valoración de la prueba, insistiendo en que proporcionó la información adecuada. No cabe apreciar, por tanto, la falta de transparencia de las cláusulas multidivisa y, en cualquier caso, que la falta de transparencia no implica abusividad.

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

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

7. Delimitados los términos del debate, estimamos conveniente, como hemos hecho en resoluciones anteriores, partir de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por el Tribunal Supremo sobre el alcance del control de transparencia de las cláusulas multidivisa y sobre el carácter abusivo de la cláusula no transparente. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 20 de septiembre de 2017 (-ECLI:EU:C:2017:703- asunto *Andriciuc*) ha considerado que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "objeto principal del contrato", en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato».

8. La STS de 15 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3893) sigue el mismo criterio del TJUE para identificar las cláusulas que definen el objeto principal del contrato: «Las cláusulas cuestionadas en la demanda,





que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato».

9. La jurisprudencia del TJUE ha precisado el alcance del control que puede hacerse de las condiciones generales que determinan el objeto principal del contrato. Estas cláusulas no pueden considerarse abusivas si han sido redactadas de forma clara y comprensible (así, por ejemplo en el apartado 43 de la sentencia de 20 de septiembre de 2017, en la que se citan sentencias anteriores en las que se afirma que «las cláusulas contempladas en esa disposición sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32)»).

10. El Tribunal proyecta la claridad y comprensibilidad de las cláusulas no sólo a sus aspectos formales (transparencia formal), sino que la extiende al denominado segundo control de transparencia, entendido como la «obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que





se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 50)» (apartado 45 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017).

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

TERCERO.- Sobre el alcance del control del transparencia.

12. 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.

13. 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

7





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.

14. En suma, esa Directiva nos sirve para justificar

8

Codi Segur de Verificació: TRZIQ3R761Q9UJW7B7G0582K2NQ4B41

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

Signat per Ribelles Arellano, José María; Garnica Martín, Juan Francisco; Fernandez Seijo, José María;

Data i hora 28/06/2018 14:12





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.

15. La doctrina que emana de la STJUE de 20 de septiembre de 2017 es particularmente elocuente respecto de ese punto, al poner mucho énfasis en los deberes de lealtad y diligencia que pesan sobre el Banco, deberes que comportan unas especiales obligaciones de información que el Banco debe prestar al consumidor. A pesar de que en la STJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto 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.

16. 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.

17. 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.

18. 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)».





19. 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).*

20. En el supuesto del denominado préstamo multidivisa el deber de información del predisponente tiene unos perfiles especiales ya que no sólo debe informarse al adherente sobre las condiciones del crédito, es decir, los intereses, comisiones y garantías a cargo del prestatario, de modo que el prestatario debe conocer y comprender con certeza *«el crédito se reembolsará en la misma divisa extranjera en que se contrató [indicando] las razones de su inclusión en el contrato y su mecanismo de funcionamiento»*. Sino que también se debe informar al adherente de *«la posibilidad de apreciación o de depreciación de una moneda extranjera»* (apartado 42 de la Sentencia Andriciuc).

21. 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*

11

Codi Segur de Verificació: TRZIQ3R761Q9UJW7B7G0582K2NQ4B41

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

Signat per Ribelles Arellano, José María; Garnica Martín, Juan Francisco; Fernandez Seijo, José María;

Data i hora 28/06/2018 14:12





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».

22. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 refleja con detalle el alcance de este deber cualificado de información cuando afirma en el apartado 48 que:

«Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato.

Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente 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».

12





23. 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 la cláusulas multidivisa.

24. Ahora bien, para que pueda prosperar la acción de nulidad y conseguir el efecto práctico pretendido por el consumidor, esto es, la sustitución de un préstamo concedido en moneda extranjera por otro concedido en euros, no basta con constatar si ha existido o no una infracción del deber de información, sino que es preciso que las cláusulas puedan considerarse abusivas, esto es, que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (ECLI ES:TS:2017:788), tras descartar en términos generales el control de contenido de las cláusulas que defina el objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida (artículo 4.2 de la Directiva 93/2013), admite como excepción el control de abusividad si la cláusula no es transparente.

25. De igual modo la Sentencia del TJUE en el asunto Andriuc dice al respecto lo siguiente (apartado 43), antes citado, que "las cláusulas contempladas en esa disposición (las que definen el precio) sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32)."

26. La Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, al dar respuesta a la primera cuestión prejudicial, referida el momento en que debe examinarse el

14

Codi Segur de Verificació: TRZIQ3R761Q9UJW7B7G0582K2NQ4B41

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

Signat per Ribelles Arellano, José María; Garnica María, Juan Francisco; Fernandez Seijo, José María;

Data i hora 28/06/2018 14:12





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

16





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.”

27. Expuestas las consideraciones del Abogado General, a las que, como hemos dicho, se remite la Sentencia, esta aborda el posible desequilibrio de la cláusula en contra de las exigencias de la buena fe en sus apartados 56 a 58, que reproducimos a continuación:

“56. A este respecto, incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, en primer lugar, el posible incumplimiento de la exigencia de buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13.

57. En efecto, para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartados 68 y 69).





58. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición.”

28. La Sentencia del TS de 15 de noviembre de 2017 aborda la cuestión relativa al desequilibrio de la siguiente manera (apartado 43):

“La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.





La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas, lo que les resultó perjudicial cuando el banco ejercitó su facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortizar en un proceso de ejecución hipotecaria, que resultó ser superior al que habían recibido del prestamista al concertar el préstamo.

También se agravó su situación jurídica, puesto que concurrieron causas de vencimiento anticipado del préstamo previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo, por más que la causa de vencimiento anticipado que empleó Barclays para hacer uso de su facultad fuera el impago de las cuotas."

29. 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.

30. 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.

31. 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

20

Codi Segur de Verificació: TRZIQ3R761Q9UJW7B7G0582K2NQ4B41

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

Signat per Ribelles Arellano, José María; Garnica Martín, Juan Francisco; Fernandez Seijo, José María;

Data i hora 28/06/2018 14:12





determinante, y en algún caso ni siquiera el más determinante.

32. 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 multividiva, 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.

33. En definitiva y a modo resumen, procederá la nulidad de las cláusulas multividiva si se llega a la conclusión que el consumidor, atendidas las circunstancias concurrentes, no hubiera contratado o no hubiera aceptado este tipo de cláusulas de haber sido informado leal y completamente de la incidencia de las mismas en las obligaciones previstas en el contrato. Es preciso, por tanto, un requisito añadido al déficit de información, como es el de la trascendencia, esto es, que ese déficit de información y, en general, la actuación del Banco haya resultado relevante para la adecuada formación de la voluntad del consumidor.

QUINTO.- Aplicación de la anterior doctrina al presente

21

Codi Segur de Verificació: TRZIQ3R761Q9UJW7B7G0582K2NQ4B41

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

Signat per Ribelles Arellano, José María; Garnica Marín, Juan Francisco; Fernandez Seijo, José María;

Data i hora 28/06/2018 14:12





caso.

34. Aplicada la anterior doctrina al presente caso y revisado todo el material probatorio, concluimos, al igual que la sentencia apelada, que hubo déficit de información y, en definitiva, que el clausulado multidivisa no supera el control de transparencia. En efecto, no se cuestiona que el préstamo se concedió en francos suizos y que la prestataria se obligó a amortizarlo en la divisa pactada. Por tal motivo el pago mensual se efectuaba a través de cuotas expresadas en francos. Aun cuando el contrato contempla la posibilidad de modificar la divisa, no consta que la demandante hiciera uso de esa facultad.

35. De los documentos que obran en las actuaciones no se desprende que CAIXA DE TERRASSA proporcionara algún tipo de información por escrito. Al formular la solicitud de financiación (documento dos de la demanda, al folio 88), la actora se limitó a demandar un préstamo de 118.000 euros para la adquisición de la primera vivienda. La única referencia al producto contratado aparece en el encabezamiento, en el que figura la expresión "préstamo en divisas". La oferta vinculante (documento tres), firmada el 28 de julio de 2006, esto es, en la misma fecha de la escritura, no contiene ninguna advertencia sobre los riesgos de la operación. Tampoco del expediente de tramitación del préstamo aportado por la demandada (folios 153 y siguientes) resulta que se diera a la prestataria ningún tipo de información.

36. De igual modo, no consta que fuera la demandante la que tomara la iniciativa y solicitara la contratación de un préstamo multidivisa. lo negó en la vista (minuto 2:34). El director de la oficina, que todavía en la actualidad trabaja para BBVA, tampoco corroboró que fuera la demandante la que solicitó el préstamo en francos suizos. Consideró que así debió ser por cuanto no era un producto que publicitaran, por

22

Codi Segur de Verificació: TRZIQ3R761Q9UJW7B7G0582K2NQ4B41

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

Signat per Ribelles Arellano, José María; Garnica Marín, Juan Francisco; Fernandez Seijo, José María;

Data i hora 28/06/2018 14:12





lo que sólo se contrataba a petición del cliente (minuto 24).

37. Sobre el alcance de la información prestada las versiones dadas por la actora y el director de la oficina son contradictorias. e manifestó que no se le dio ninguna información sobre los riesgos (minuto 4) y que le invitaron a contratar el producto indicándole que pagaría menos cuotas. También negó que se le informara que el capital pendiente pudiera variar en función de la evolución de la divisa. Admitió, eso sí, que se le informó de la posibilidad de cambiar de francos a euros (minuto 10). No consta, sin embargo, que se le alertara de que el cambio de divisa debería hacerse al tipo vigente en el momento de ejercitar la opción. El Sr. , por el contrario, sostuvo que se le informó de los riesgos derivados de la evolución del tipo de cambio. Eso sí, reconoció, dado el tiempo transcurrido, que no recordaba todos los detalles (minuto 22), aun cuando manifestó que conocía a la demandante toda vez que únicamente llegaron a suscribirse en su oficina dos o tres préstamos en una divisa distinta al euro.

38. En definitiva no podemos tener por probado que la demandada facilitara a la prestataria toda la información necesaria para comprender el efecto que sobre las cuotas y sobre el capital pendiente tendría una fuerte depreciación de la moneda en la que se contrató el préstamo, al efecto de que pudiera comprender el alcance de las obligaciones financieras que asumía.

39. 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 para, a partir de ahí, valorar si una cláusula como la

23

Codi Segur de Verificació: TRZIQ3R761Q9UJW7B7G0582K2NQ4B41

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

Signat per Ribelles Arellano, José María; Garnica Martín, Juan Francisco; Fernandez Seijo, José María;

Data i hora 28/06/2018 14:12





controvertida causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Para ello habrá que verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (apartado 57). En este caso, ya hemos dicho que no nos consta que fuera la demandante la que tomara la iniciativa, lo que podría llegar a excluir la mala fe de la entidad de crédito. Aunque tampoco nos consta que la demandada ocultara a la prestataria o se reservara algún tipo de información sobre la previsible evolución de la divisa en la que se concertó el préstamo (francos suizos), el perfil de la demandante no es el adecuado para los riesgos inherentes a la operación. En efecto, la no tiene especiales conocimientos financieros y percibe rentas del trabajo de unos 12.600 euros anuales (así resulta de la declaración de la renta del año 2005 aportada al expediente tramitado para la concesión del préstamo). Con ese nivel de ingresos cualquier alteración relevante en la cotización de la divisa contratada comprometía seriamente la devolución del préstamo. De ahí deducimos que, si hubiera sido debidamente informada, seguramente hubiera desistido de su contratación y hubiera optado por un producto distinto. Por todo ello consideramos que la cláusula es abusiva.

En definitiva, debemos desestimar el recurso y confirmar la sentencia apelada.

SÉPTIMO.- Costas procesales.

40. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso deben imponerse a la apelante.





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

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. contra la sentencia de 19 de diciembre de 2016, que confirmamos, con imposición de las costas del recurso al recurrente.

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

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

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



descargado en www.asufin.com