



Roj: **SAP B 6578/2019** - ECLI: **ES:APB:2019:6578**

Id Cendoj: **08019370152019101042**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **06/06/2019**

Nº de Recurso: **928/2018**

Nº de Resolución: **1078/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA FERNANDEZ SEIJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

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

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801942120168081107

**Recurso de apelación 928/2018 -1**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Arenys de Mar**

**Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 427/2016**

Parte recurrente/Solicitante: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procurador: Ignacio De Anzizu Pigem

Abogado: Oscar Carod Segarra

Parte recurrida: Lina , Alejo

Procurador: Joan Grau Marti

Abogada: Núria Castillo Gala

**Cuestiones:** Condiciones generales. Cláusula multidivisa. Control de transparencia.

**SENTENCIA núm. 1078/2019**

**Composición del tribunal:**

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

ANNA ESTHER QUERAL CARBONELL

MARTA PESQUEIRA CARO

Barcelona, a 6 de junio de 2019

**Parte apelante:** Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

**Parte apelada:** Alejo e Lina .

**Resolución recurrida:** Sentencia.

Fecha: 16 de febrero de 2018.

Parte demandante: Alejo e Lina .



Parte demandada: Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** El fallo de la sentencia apelada es el siguiente: FALLO: "ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D° JOAN GRAU MARTÍ en nombre y representación de D° Alejo , Da Lina contra BBVA, S.A. (antes CATALUNYA BANC, S.A.), DEBO CONDENAR Y CONDENO a BBVA, S.A. (antes CATALUNYA BANC, S.A.) a estar y pasar por la siguiente declaración y condena:

a) *Debo declarar y declaro la nulidad parcial de la escritura de préstamo en divisas con garantía hipotecaria de fecha 29 de Junio de 2007, en cuanto a la opción multidivisa, contenida en las estipulaciones PRIMERA, SEGUNDA y TERCERA y demás cláusulas accesorias o derivadas de ésta, por falta de transparencia v tener el carácter de abusivas.*

b) *Debo condenar y condeno a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración de nulidad parcial y a eliminar del contrato de préstamo en divisa con garantía hipotecaria de fecha 29 de Junio de 2007 la opción multidivisa, contenida en las estipulaciones PRIMERA, SEGUNDA y TERCERA y demás cláusulas accesorias o derivadas de ésta.*

c) *Debo condenar y condeno a la entidad demandada a recalcular las cuotas de amortización del préstamo desde el momento de la suscripción del mismo, teniendo en cuenta los pagos efectuados por DON Alejo Y DOÑA Lina en su contravalor en euros y a fijar definitivamente en euros el capital pendiente de amortizar, aplicando como tipo de interés de referencia el Euribor más el diferencial del 1,10 puntos, conforme al pacto tercero bis del contrato.*

d) *Debo condenar y condeno a la entidad demandada a la restitución a DON Alejo Y DOÑA Lina de las cantidades que han sido abonadas en exceso, por aplicación de la opción multidivisa y las cláusulas relacionadas con ésta, por amortización de capital, intereses y comisiones por el cambio de moneda, así como por el aumento del capital pendiente de amortizar, más los intereses legales devengados de dicha cantidad desde las respectivas fechas de cobro hasta su completa devolución, según lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil .*

*Dicha cantidad será liquidada en ejecución en base a los parámetros anteriormente referidos, que consisten en una simple operación aritmética.*

Todo ello con condena en costas procesales a la parte demandada".

**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 oponiéndose y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 5 de junio de 2019.

Ponente: JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. Alejo e Lina interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) solicitando la nulidad parcial de un préstamo con garantía hipotecaria vinculado a divisas, préstamo suscrito por los actores con Catalunya Caixa, S.A. (actual BBVA) el 29 de junio de 2007. En el escrito de demanda se indicaba que las cláusulas que pretendían anularse eran las que afectaban a la determinación del préstamo en divisas. Se hacía referencia, básicamente, a la acción de nulidad de determinadas cláusulas por infringir la normativa sobre condiciones generales de la contratación y protección de consumidores. En la demanda se hacía referencia a la transparencia en la contratación bancaria y a la protección de consumidores frente a condiciones generales de la contratación.

Como consecuencia de la nulidad, se solicitaba que se procediera a calcular de nuevo el principal del préstamo quedando referenciado en euros desde el inicio y aplicando a dicho cálculo las cantidades amortizadas en concepto de principal e intereses convertidos en euros desde un principio.

2. BBVA se opuso conforme a los hechos y fundamentos que a sus intereses correspondieron, solicitando que se desestimara la demanda por cuanto el contrato de préstamo con la opción multidivisa no podía considerarse un producto financiero complejo; además, no se daban los requisitos para la nulidad de las cláusulas referidas por falta de transparencia.



3. Tras los trámites correspondientes, el juzgado dictó sentencia estimando las pretensiones de la parte demandante por las razones siguientes atendiendo a la jurisprudencia aplicable en la fecha en la que se dictó sentencia.

#### **SEGUNDO . Motivos de apelación.**

4. Recurre BBVA. En su escrito articula los siguientes motivos:

4.1. Error en la determinación de las cláusulas anulables, por cuanto el préstamo se había formalizado en divisa distinta del euro, no era un préstamo multdivisa.

4.2. Error en la valoración de la prueba y en la determinación del derecho aplicable, entendiéndose que las cláusulas cuestionadas eran transparentes.

4.3. Como tercer motivo de apelación se hace una somera referencia a la normativa sobre consumidores y usuarios, defendiéndose que las cláusulas multdivisa son claras y comprensibles, superando además el segundo control de transparencia o de comprensibilidad efectiva de las cláusulas de referencia.

#### **CUARTO. Sobre la determinación de las acciones ejercitadas y las cláusulas afectadas por la petición de nulidad.**

5. Ciertamente el contrato objeto de las presentes actuaciones es un contrato suscrito en yenes japoneses; entiende la parte recurrente que la cláusula no puede anularse por no tratarse de un préstamo multdivisa.

Por otro lado, si se anulan las cláusulas que permiten a los deudores modificar la divisa se les causaría perjuicio, pues deberían devolver el préstamo únicamente en la divisa pactada.

6. La sentencia de primera instancia, siguiendo la línea jurisprudencial vigente ha considerado que el contrato en cuestión pese a suscribirse en una moneda concreta, debe considerarse préstamo multdivisa, ateniéndose al criterio del Tribunal Supremo respecto de los efectos de la nulidad de las cláusulas, efectos que determinan la modificación de la moneda en la que se suscribió el préstamo.

7. El criterio del Tribunal Supremo español fijado en la STS de 15 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3893 ), por la que se adapta su jurisprudencia a la del TJUE, abandona el criterio de anular las cláusulas por considerarlas un producto financiero complejo y resuelve la controversia al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y la jurisprudencia que la desarrolla tanto interna como europea, con especial referencia a la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (ECLI:EU:C:2017:703 ), el denominado Caso Andriuc.

8. Concluyendo, la sentencia de primera instancia no hace sino adoptar el criterio jurisprudencial en vigor respecto de las cláusulas cuestionadas y sus efectos.

#### **QUINTO. La cláusula multdivisa como cláusula que determina el objeto principal del contrato.**

9. 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 multdivisa y sobre el carácter abusivo de la cláusula no transparente.

En este sentido, la STJUE ya citada, de 20 de septiembre de 2017, 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".

10. La STS de 15 de noviembre de 2017 también citada, 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".

11. 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)").

**12.** 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).

**13.** 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).

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

**14.** La STJUE de 20 de septiembre de 2017 se extiende de forma notable en interpretar la forma en la que debe llevarse a cabo el control de transparencia, así como la finalidad que el mismo persigue. En cuanto a esta última, expresa en el apartado 47 que "incumbe al juez nacional, (...) *verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso*". Por consiguiente, el objetivo último del control de transparencia consiste en determinar si el consumidor se ha encontrado al contratar en situación de poder conocer y comprender adecuadamente todos aquellos elementos que tienen incidencia en las obligaciones asumidas. Ello incluye, en un contrato como es el préstamo multdivisa, los riesgos asociados al producto contratado.

**15.** 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.

**16.** En suma, aunque esta Directiva no sea directamente aplicable al supuesto de autos ya se trata de un préstamo concedido antes incluso de que se publicara la Directiva, lo cierto es que el contenido de la misma 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 todavía 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.

**17.** 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 financieros), ello no impide que la intensidad y calidad de la información que el Banco debe suministrar al cliente se aproxime mucho a la que es propia de los productos de inversión, porque los riesgos son similares.

**18.** 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.

**19.** 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.

**20.** La Sentencia *Andriuc* expone en el apartado 48 que "reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información ( sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180 , apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15 , C 307/15 y C 308/15 , EU:C:2016:980 , apartado 50)".

**21.** 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).

**22.** 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 que "el crédito se reembolsará en la misma divisa extranjera en que se contrató [indicando] las razones de su inclusión en el contrato y su mecanismo de funcionamiento". Sino que también se debe informar al adherente de "la posibilidad de apreciación o de depreciación de una moneda extranjera" (apartado 42 de la Sentencia *Andriuc*).

**23.** 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".

**24.** 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".

**25.** El Tribunal Supremo en la citada Sentencia va más allá de lo que había establecido el propio TJUE y 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) Los requisitos de información exigidos para los contratos de préstamo multidivisa debe ser superior a la información que se facilita para otros tipos de préstamos con garantía hipotecaria.
- d) Al exigirse una información cualificada, es necesario que el empleado que informa a los clientes tenga una formación también cualificada.
- e) La información que debe evaluarse es la facilitada al consumidor antes de suscribir el contrato.
- f) Ni la intervención del notario, ni la inclusión en la escritura de cláusulas en las que se indica que el consumidor ha sido expresamente informado, o cláusulas de exención de responsabilidad a la entidad prestamista por la fluctuación de tipos de interés, son suficientes para acreditar que el consumidor ha sido suficientemente informado, o para convalidar posibles carencias de la información precontractual.
- g) El grado de conocimiento del consumidor medio sobre este tipo de cláusulas exige no sólo que conozca que la fluctuación de la divisa, con referencia al contravalor en euros, puede afectar al principal pactado, ha de ser consciente de que esa incidencia puede ser considerable.

#### **SÉPTIMO. Carácter abusivo de la cláusula multidivisa. El juicio de relevancia.**

**26.** 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 definan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y 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.

**27.** 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).*"

**28.** 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.*

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."*

**29.** *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."

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

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

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

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

**31.** Teniendo en cuenta 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.

**32.** 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.

**33.** 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.



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.

**33.** 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 multivisa, 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.

**34.** En definitiva y a modo resumen, procederá la nulidad de las cláusulas multivisa 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.

**35.** Concluyendo, se *tendrá que realizar un primer juicio de valor para determinar si las cláusulas se incorporaron al contrato de un modo transparente*, entendiendo como tal control de transparencia el denominado segundo control que permita constatar con certeza que el consumidor fue consciente de los derechos y obligaciones que llevaban aparejadas las cláusulas en cuestión.

Tras este control de transparencia, se *tendrá que realizar un segundo juicio de valor, un juicio de relevancia*, para determinar si las cláusulas deben considerarse abusivas, atendiendo para ello a esos parámetros de evaluación de la actuación del predisponente de modo leal y conforme a las reglas de la buena fe, para ponderar si el consumidor, conocidas todas esas circunstancias y tratado de un modo leal, hubiera contratado igualmente.

#### **OCTAVO. Aplicación de la anterior doctrina al supuesto de autos.**

**36.** Control de transparencia.- Lo primero que debe analizarse es si las denominadas cláusulas multivisa incluidas en el préstamo se incorporaron de modo transparente.

36.1. La propia entidad financiera reconoce que no se entregó a los prestatarios ninguna proyección de las posibles fluctuaciones en la cotización de la divisa y el tipo de interés.

36.2. La iniciativa de los hoy demandantes no fue específicamente por un préstamo multivisa, sino por un producto que les permitiera rebajar la cuota que pagaban.

36.3. No es posible presumir que se produjera un verdadero procedimiento de negociación y la autorización de compra de divisas no puede considerarse prueba, ni tan siquiera directa, de que los prestatarios fueran conscientes de los efectos y obligaciones del préstamo.

**37.** Partiendo de estos medios de prueba, que hemos revisado en segunda instancia con el fin de realizar el control de transparencia, concluimos que la información proporcionada por la entidad demandada fue insuficiente ya que lo manifestado por los actores pone de manifiesto que la iniciativa para la firma del préstamo no permite concluir que conocieran los concretos condicionantes de este tipo de producto.

**38.** *Sobre el perfil del prestatario.* - Con el fin de dar respuesta completa a las posiciones de las partes, creemos conveniente entrar en otros puntos del recurso. Así, respecto de la cualificación del prestatario, su perfil personal y profesional, no es objeto de controversia que los actores, por su profesión y formación, no tienen conexión alguna con las divisas en las que contrataron, ni formación financiera.

**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. A los efectos de valorar la buena fe del banco no



podemos admitir que tuviera alguna información que no trasladó a su cliente o que ocultara datos que hiciera sospechar una evolución negativa del euro en su relación con el yen.

La propia demanda permite considerar acreditado que, de haber sabido los efectos de las cláusulas en el contrato, no hubiera contratado el mismo de ninguna manera.

**40.** Ello, unido a la referida falta de prueba útil sobre la información que la entidad financiera facilitó, determina la nulidad de las cláusulas en cuestión, con los efectos previstos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

#### **NOVENO. Sobre las costas.**

**41.** Pese a desestimarse el recurso, conforme al artículo 398 de la LEC, no hay condena en costas de la segunda instancia al recurrente por las dudas de derecho que plantea el asunto. Las mismas dudas permiten también revocar el pronunciamiento en costas de la primera instancia.

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Arenys de Mar de fecha 16 de febrero de 2018, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se confirma en sus propios términos, sin imposición a la recurrente de las costas de ninguna de las instancias. Ordenando la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. 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.

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.