

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

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

TEL.: 938294451  
FAX: 938294458  
EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168103168

**Recurso de apelación 86/2018 -1**

Materia: Juicio Ordinario

**Órgano de origen:Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Barcelona****Procedimiento de origen:Procedimiento ordinario 497/2016****Cuestiones:** nulidad cláusula multidivisa. Adaptación del objeto del procedimiento.**SENTENCIA núm. 292/2019****Composición del tribunal:**LUIS RODRÍGUEZ VEGA.  
BERTA PELLICER ORTIZ  
JOSE MARÍA FERNÁNDEZ SEIJÓ

En Barcelona, a veinte de febrero de dos mil diecinueve.

**Parte apelante:** “Asociación de Usuarios Financieros”, en representación de sus asociados

- Letrado: Oscar Serrano Castells.
- Procuradora: Pedro Moratal Sendra.

**Parte apelada:** “BBVA , S.A.”.

- Letrado: Oscar Carod i Segarra.
- Procurador: Ignacio López Chocarro.

**Objeto del proceso:** Nulidad de cláusula multidivisa. Adaptación del objeto del procedimiento.**Resolución recurrida:** Sentencia .

- Fecha: de fecha de 3 de julio de 2017.

Parte demandante: “Asociación de Usuarios Financieros”, en representación de sus asociados

Parte demandada: “BBVA , S.A.”.





## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: «*Desestimo la demanda interpuesta por la “Asociación de Usuarios Financieros”, en representación de sus asociados Francisco , contra BBVA , S.A., imponiendo a la actora las costas del juicio*».

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo 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 13 de febrero de 2019 pasado.

Ponente: magistrada Berta Pellicer Ortiz.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

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

1. La actora presentó demanda contra la entidad bancaria demandada en la que pretende, en primer lugar, que el Tribunal declare la nulidad de las estipulaciones del préstamo hipotecario suscrito entre las partes que hagan referencia a la divisa extranjera, y, en segundo lugar, el Tribunal condene al Banco a recalcular la deuda como si el préstamo se hubiera concedido en euros.

En la referida demanda la actora ejercitó dos acciones en fundamento de sus pretensiones, a saber, con carácter principal, la de anulabilidad por vicio del consentimiento, al haber sido el mismo prestado con error, y, subsidiariamente, la de nulidad, por falta de transparencia de la cláusula multidivisa.

Alega en la demanda que las partes suscribieron, en fecha de 17 de mayo de 2007, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, que indicaba que la actora recibía la cantidad de 548.628 francos suizos, equivalentes a 329.999,82 euros , que debía devolver en el plazo de 25 años, mediante 100 cuotas trimestrales .

En fundamento de sus pretensiones, la actora alega que fue el director de la oficina quien les ofreció el producto, como una alternativa más económica y asequible a sus posibilidades, que hubo falta de información completa en el





momento de comercialización de la hipoteca y tras la celebración del contrato, no advirtiéndose a los actores el riesgo del tipo de cambio ni de la fluctuación de la divisa; no se hicieron simulaciones o comparativas ni se entregó otro tipo de documentación, previamente al contrato, que informara debidamente sobre las características del producto y sus riesgos.

2. El Banco se opuso a la demanda argumentando que las estipulaciones cuestionadas son claras y transparentes y que la parte actora fue debidamente informada acerca de los riesgos inherentes al contrato. Adujo, además, que la acción de anulabilidad ejercitada estaba caducada al tiempo de interposición de la demanda, que la iniciativa contractual partió de la parte actora. Y, en definitiva, que no concurren los requisitos necesarios para que pueda prosperar ninguna de las acciones ejercitadas de contrario.

3. La resolución recurrida desestima íntegramente la demanda. Entiende no acreditado que la iniciativa contractual partiera de la entidad, que no era creíble que los actores desconocieran que habían contratado en francos suizos y que compraran francos suizos, que la escritura era suficientemente clara y que los actores fueron debidamente informados del producto y sus riesgos. Por ello, desestima la acción principal, de anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento, declarando, además, que, en todo caso, no sería excusable, que no puede determinar la nulidad parcial del contrato y que, al tiempo de interponerse la demanda, la acción estaría caducada. Por último concluye que el clausulado multidivisa del préstamo supera el doble control de transparencia.

En materia de costas aplica el criterio del vencimiento objetivo.

4. El recurso de apelación lo interpone la parte actora y alega como motivos en fundamento del mismo, la inexistencia de caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada, la existencia de un consentimiento viciado por error y la alegada en la demanda falta de transparencia, entendiéndose que la sentencia incurre un error en la valoración de la prueba, pues los actores no fueron debidamente informados del producto y de los riesgos asociados al mismo. Además opone que el clausulado multidivisa del préstamo no supera el doble control de transparencia.

Y, finalmente, en cuanto a las costas de la instancia, entiende que no se debía aplicar el criterio del vencimiento objetivo, por concurrir dudas de derecho.

El banco demandado se opone al recurso. En síntesis, alega que la acción de anulabilidad estaba caducada cuando se interpuso la demanda, que no se puede apreciar que la parte actora prestara un consentimiento viciado por error y, finalmente, que la cláusula multidivisa sí supera el doble control de transparencia y tampoco se puede apreciar que sea abusiva.





## SEGUNDO. Valoración jurídica de la acción ejercitada.

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, como hace la actora en la demanda, si bien es cierto que ejercita esta acción acumuladamente con otras, e insistiendo en este planteamiento en sede del presente recurso. Por ello, no seguiremos en nuestra exposición la sistemática que propone el recurso y daremos comienzo a ello exponiendo cuál creemos que debe ser el punto de vista desde el que enfocar el problema que la demanda plantea.

6. Si lo que la demanda pretende es la nulidad de una concreta estipulación (o de varias de ellas), no la nulidad del contrato de préstamo, creemos que lo razonable no es examinar esa cuestión desde la perspectiva de los vicios en el consentimiento, que solo es propia del examen de la validez del negocio jurídico, no así de la que corresponde al examen de la validez de sus concretas estipulaciones. Y, como indica el art. 9.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), es la nulidad de una condición general lo que puede determinar la nulidad del contrato, cuando afectara a uno de los elementos esenciales del mismo, en los términos del artículo 1261 del Código Civil. Si bien, en este caso, estamos hablando de los efectos de la nulidad de la estipulación que pueden determinar también la del contrato. Pero ello no autoriza a poder aplicar, al menos de forma directa, la doctrina de los vicios del consentimiento al examen de la validez de las condiciones generales, ya que se trata de una doctrina sobre la validez del negocio jurídico.

7. Por tanto, 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 predisuestas 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, y ya hemos adelantado en parte, 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. Como hemos anticipado, 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.

8. 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, 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.

9. Ello determina una consecuencia práctica importante, cual es que no puedan ser estimados los motivos del recurso relativos a la caducidad de la acción, y a la prestación de un consentimiento viciado por error, motivos que solo tienen justificación desde la perspectiva de la acción de vicios en el consentimiento. A la acción de nulidad de las cláusulas ni se aplica la caducidad o la prescripción (salvo en cuanto a los efectos) ni tampoco la doctrina sobre la confirmación del contrato, instituciones ambas propias de las acciones de anulabilidad.

### **TERCERO. El control de transparencia de las cláusulas de divisas.**







**10.** La recurrente, como hemos dicho, pretende que se declaren nulas las cláusula del contrato de préstamo en las que se hace referencia a la divisa en la que se concedió el préstamo y se recalcula la deuda pendiente como si el préstamo se hubiera pactado en euros y con referencia al Euribor respeto de los intereses, así como el reintegro de las cantidades que hace constar en el suplico de la demanda. Fundamenta dicha pretensión en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDUC). Las partes no discuten en carácter predispueto de las cláusulas impugnadas, lo que discuten es su validez.

**11.** La posición detallada de este Tribunal ha sido objeto de diversas sentencias, la primera la sentencia núm. 137/2018, de fecha 5 de marzo (Rollo 142/2017), que incluye un voto particular, y la sentencia núm. 30/2018, de 22 de enero de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:140) a las cuales nos remitimos.

**12.** Son nulas las cláusulas predispuetas en un contrato entre un profesional, como una entidad de crédito, y un consumidor, como es el prestatario, cuando dichas cláusulas sean abusivas. Ahora bien, este control no es aplicable directamente a las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato, siempre que las mismas “se redacten de manera clara y comprensible”.

Codi Segur de Verificació:

Signat per Pellicer Ortiz, Berta; Fernandez Seijo, José María; Rodriguez Vega, Luis;

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

Data i hora 26/02/2019 08:56





#### **CUARTO. La cláusula multidivisa como cláusula que determina el objeto principal del contrato**

13. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 20 de septiembre de 2017 (–ECLI:EU:C:2017:703– asunto 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».

14. Las SSTS núm. 669/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3893) y núm 599/2018, de 31 de octubre (ECLI: ES:TS:2018:3677) siguen el mismo criterio del TJUE para identificar las cláusulas que definen el objeto principal del contrato.

15. Partimos de la jurisprudencia del TJUE sobre el control que puede hacerse de las condiciones generales que determinan el objeto principal del contrato. Estas cláusulas no pueden considerarse abusivas si han sido redactadas de forma clara y comprensible.

16. El Tribunal de Justicia 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). La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 se expresa en parecidos términos.

Codi Segur de Verificació:

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

Signat per Pellicer Ortiz, Berta; Fernandez Seijo, José María; Rodriguez Vega, Luis;

Data i hora 26/02/2019 08:56





## QUINTO. Sobre el alcance del control de transparencia.

17. 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.

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. 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)».

20. 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).

## SEXTO. Análisis del caso concreto. Control de transparencia.







21. En el presente caso, la prueba practicada no nos permite concluir que cláusula sea transparente, ya que no se ha acreditado que el consumidor dispuso antes de la celebración del contrato de la información necesaria para valorar y asumir sus riesgos.

No se trata sólo de la claridad gramatical de las cláusulas, es necesario que la entidad acredite que el prestatario conoció de modo efectivo las cláusulas y su incidencia en los derechos y obligaciones que se aparejaban a ellas.

Y en este sentido, el elemento fundamental para determinar si la cláusula multidivisa se ha incorporado de modo transparente **es la información precontractual prestada por la entidad prestamista**. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3677) precisa que :«No explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa».

22. Por tanto, la entidad financiera viene obligada a facilitar un información cualificada, siendo que en el presente caso el resultado de la prueba practicada nos lleva a concluir que la información facilitada no se ha acreditado, a través de medios de prueba imparciales y concluyentes, que cubriera lo necesario para que la parte actora pudiera conocer los riesgos que conllevaba el préstamo, de manera que podemos concluir que la cláusula multidivisa no se incorporó de manera transparente.

23. En el caso de autos la orfandad probatoria en relación a este extremo resulta evidente.

No se ha aportado a los autos otra documental más allá de la propia escritura, las liquidaciones trimestrales periódicas y los informes periciales de ambas partes.

No consta, porque nada de ello ha quedado acreditado en autos, que se entregara a los actores ni el folleto informativo, ni la oferta vinculante, ni que se les ofrecieran simulaciones u otra información específica sobre los riesgos en forma escrita, por ejemplo, a través de correos electrónicos.

La escritura no informa sobre los riesgos y, en todo caso, tampoco consta que se facilitara a los actores antes de la firma de la escritura, siendo que en el acto del juicio los mismos declararon que no dispusieron de la misma hasta el momento de la firma.

La prueba practicada en el acto del juicio tampoco acredita que los actores fueran debidamente informados.

En este orden de cosas, el director de la oficina, con vinculación laboral actual con la entidad, declaró que no recordaba ni la operación ni a los actores y





no pudo precisar las explicaciones que sobre el producto se facilitaba a los clientes con carácter general.

Los actores fueron tajantes en sus declaraciones, declarando el actor que aunque la hipoteca estaba en francos, ellos pagaban en euros, manifestando la actora que “nos dijeron que era una hipoteca igual que las demás, pero referenciada al Libor del franco suizo”. Los dos actores declararon rotundamente que no se les informó del riesgo de fluctuación del tipo ni de la divisa.

24. Por tanto, en el caso de autos, debe concluirse que la cláusula multdivisa no supera el doble control de transparencia, lo que lleva al control de abusividad, pues la prueba permite concluir que los actores fueron efectivamente informados y conocían, al tiempo de suscribir la escritura, que el préstamo era en moneda distinta al euro y que podían cambiar de divisa, pero no acredita que fueran debidamente informados del riesgo de cambio de divisa, y que con el cambio se consolidaba la pérdida.

#### SÉPTIMO. Carácter abusivo de las cláusulas multdivisa

25. En el caso de haberse estimado que la cláusula no es transparente, por no haberse entendido acreditado que el consumidor dispuso antes de la celebración del contrato la información necesaria para valorar y asumir el riesgo, 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.

26. 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.

Codi Segur de Verificació:

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

Signat per Pellicer Ortiz, Berta; Fernandez Seijo, José María; Rodriguez Vega, Luis;

Data i hora 26/02/2019 08:56





27. 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.

28. 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.

29. 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 multivida, 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.

30. En definitiva y a modo resumen, procederá la nulidad de las cláusulas multivida 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.

#### **OCTAVO. Aplicación de la doctrina expuesta al presente caso.**





**31.** En este caso, se ha concluido que la cláusula no es transparente , y lo cierto es que la prueba practicada nos lleva a concluir que la cláusula multidivisa cuestionada, además, es abusiva , valorando todas las circunstancias del caso que han quedado acreditadas y que se pasan a exponer.

En cuanto a la iniciativa contractual, no ha quedado acreditado que el producto fuera solicitado por los actores , pues no hay documento que lo acredite, ambos actores lo negaron en juicio y el director de la oficina no recordaba ni la operación ni a los actores y , en todo caso, que el mismo manifestara que en su oficina no era habitual ofrecer este producto, no acredita que en este caso fuera solicitado por los demandantes .

La prueba practicada permite tener por acreditado el perfil de la parte actora, siendo que en el caso de la demandante trabajaba en una compañía de seguros, y en el caso del actor, en el taller familiar del metal. Ambos perciben sus ingresos en euros. Consta en autos que la actora tenía un piso, hipotecado en la entidad “Caixa Catalunya”, que vendió, para comprar un piso con su pareja, suscribiéndose entonces el contrato litigioso.

En cuanto al grado de información sobre los riesgos, ya se ha concluido que resulta insuficiente en este caso.

Tampoco consta que los actores solicitaran ningún cambio de divisa y, finalmente, en las liquidaciones periódicas que se aportan como documento 5 bis) de la demanda, ni siquiera aparece el capital pendiente en euros.

Todo ello debe determinar la íntegra estimación del presente recurso.

#### **NOVENO. Costas de la primera instancia y de la apelación.**

**32.** La estimación del recurso supone que la demanda deba ser estimada, a pesar de lo cual procede apreciar dudas de derecho, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia, de conformidad con lo que se establece en el art. 394.2 LEC.

Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

### **FALLAMOS**

Estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 56 de Barcelona , de fecha de 3 de julio de 2017, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca, dictando otra en su lugar por la que se estima íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte demandada y , en

Codi Segur de Verificació:

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

Signat per Pellicer Ortiz, Berta; Fernandez Seijo, José María; Rodriguez Vega, Luis;

Data i hora 26/02/2019 08:56





consecuencia, se declara la nulidad de la cláusula relativa a las divisas Opción Multidivisa, recogida en el pacto segundo apartado c), del contrato de fecha de 17 de mayo de 2007, declarando que la cantidad debida es el saldo pendiente referido en euros, que resulte de disminuir del importe prestado de 329.999,82 euros, la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses, también convertidos a euros, y condenando a la entidad demandada a recalcular todas las cuotas de amortización del préstamo desde el inicio de la vida del contrato, teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor en euros y fijando el nuevo capital pendiente en euros, aplicando como tipo de interés de referencia el Euribor, así como a devolver la cantidad cobrada de más y las comisiones de cambio de moneda cobradas, más sus intereses legales.

Todo ello sin imposición de las costas de la primera instancia ni de las costas del recurso y debiendo ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

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:

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

Signat per Pellicer Ortiz, Berta; Fernandez Seijo, José María; Rodriguez Vega, Luis;

Data i hora 26/02/2019 08:56

