

Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

TURNO 09 BIS

c/ Roger de Flor 62-68 , planta baja, 08013 _Barcelona
TEL.: 93 2222 308
N.I.G.: 0801942120198045577

Recurso apelación condiciones generales de contratación 9093/2023 -T04

Materia: Acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 5034/2020

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0647000000909323

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0647000000909323

Parte recurrente/Solicitante: BANKINTER, S.A.

Procurador/a:

Abogado/a:

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a: MIGUEL PARDO DE VERA MORENO

SENTENCIA Nº 704/2023

Composición del tribunal:

ILMO. SR. D.

ILMO. SR. D.

ILMO SR. D.

Barcelona, 15 de diciembre de 2023.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se han recibido los presentes autos de Procedimiento ordinario remitidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto.

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

TERCERO: Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo.

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



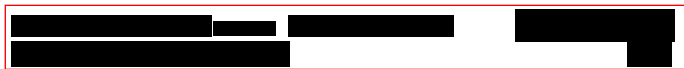
Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar:
<https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html>

Data i hora
29/01/2024
10:26

Signat per Regadera Sáenz, José Manuel; Collado Nuño, Miguel Julián; Vila i Cruells, Carles;

Codi Segur de Verificació:
OPMHHS DAGQCBB3EDQ7A9F6Y5WBR44TY





Se designó ponente al Magistrado Ilmo. Sr. D. [REDACTED]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La representación de Bankinter, S.A. interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada el día 26 de octubre de 2022 por el Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona en juicio ordinario 5034/2020.

La mencionado resolución, por lo que aquí interesa, declaró la nulidad de la cláusula multidivisa contenida en el contrato de préstamo hipotecario de autos con todas las consecuencias inherentes a dicha de declaración.

Alega la apelante que la cláusula en cuestión debe ser considerada transparente.

La apelada se opuso a la estimación del recurso de apelación.

SEGUNDO: Señala sobre este particular la SAP de Barcelona, Civil sección 1 del 14 de julio de 2023 (ROJ: SAP B 8252/2023): SEGUNDO. Doctrina jurisprudencial acerca de la nulidad de la cláusula multidivisa.

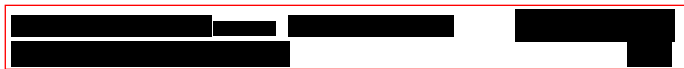
5. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 20 de septiembre de 2017 (-ECLI:EU:C:2017:703- asunto Andriciuc) ha considerado que "el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "objeto principal del contrato", en el sentido 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".

6. 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



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html		Codi Segur de Verificació: 0PMHSDAGQCBB3EDQ7A9F6Y5WBR44TY	
Data i hora 29/01/2024 10:26	Signat per Regadera Sáenz, José Manuel; Collado Nuño, Miguel Julián; Vila i Cruells, Carles;		





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".

7. 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 (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)").

8. 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).

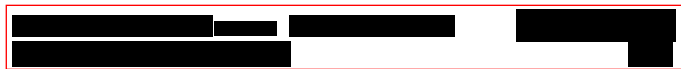
TERCERO. Sobre el alcance del control de transparencia.

9. 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.



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html		Codi Segur de Verificació: 0PMHHS DAGQCBB3EDQ7A9F6Y5WBR44TY	
Data i hora 29/01/2024 10:26	Signat per Regadera Sáenz, José Manuel; Collado Nuño, Miguel Julián; Vila i Cruells, Carles;		





10. 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.

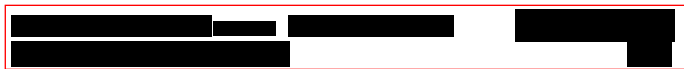
11. La STJUE hace referencia, en el apartado 49, a la extraordinaria importancia de esos riesgos, con alusión a la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Como 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



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html		Codi Segur de Verificació: 0PMHHS DAGQCBB3EDQ7A9F6Y5WBR44TY	
Data i hora 29/01/2024 10:26	Signat per Regadera Sáenz, José Manuel; Collado Nuño, Miguel Julián; Vila i Cruells, Carles;		





entidades que los comercialicen.

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

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

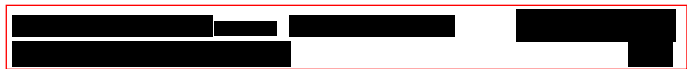
14. El alcance de ese derecho de información constituye uno de los pilares fundamentales (no el único, como veremos) de la doctrina que establece la STJUE de 20 de septiembre de 2017. En el apartado 47 se expresa que esa información debe permitir "... a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente 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.

15. El deber de prestar información que pesa sobre el Banco



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html		Codi Segur de Verificació: 0PMHSDAGQCBB3EDQ7A9F6Y5WBR44TY	
Data i hora 29/01/2024 10:26	Signat per Regadera Sáenz, José Manuel; Collado Nuño, Miguel Julián; Vila i Cruells, Carles;		





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.

16. 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)".

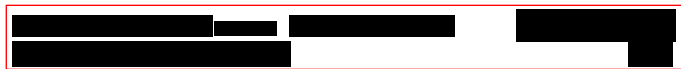
17. Y se refiere al alcance de la información que deberá recibir el cliente (consumidor) en los siguientes términos: "...por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio 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).

18. 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



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html		Codi Segur de Verificació: 0PMHHS DAGQCBB3EDQ7A9F6Y5WBR44TY	
Data i hora 29/01/2024 10:26	Signat per Regadera Sáenz, José Manuel; Collado Nuño, Miguel Julián; Vila i Cruells, Carles;		





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 Andriciu).

19. 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".

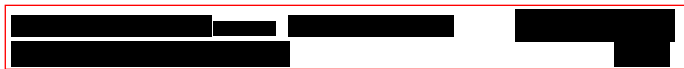
20. Posteriormente el TJUE en su sentencia de 10 de junio de 2021 (asunto BNP Paribas Personal Finance, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19) ha tenido la oportunidad de precisar el alcance de la información que el Banco ha de proporcionar al consumidor para considerar que este tipo de cláusulas son transparentes.

21. El Tribunal hace, en la sentencia que acabamos de citar, dos precisiones fundamentales: la primera, reiterar que esa información ha de advertir al consumidor medio que una depreciación importante de la moneda en la que percibe sus ingresos, frente a la moneda en la que tiene que pagar el préstamo, puede hacerle especialmente difícil asumir el pago de las cuotas (fundamento 71). La segunda precisión que hace el Tribunal de Justicia se refiere a las simulaciones numéricas que suelen acompañar las informaciones proporcionadas por el Banco al cliente. Pues bien, el Tribunal considera que solo si esas simulaciones sirven para advertir efectivamente al consumidor de aquel riesgo en caso de una importante depreciación pueden justificar la transparencia de las cláusulas. Por lo tanto, simulaciones en las que no se prevean dichas variaciones en el tipo de



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html		Codi Segur de Verificació: 0PMHSDAGQCBB3EDQ7A9F6Y5WBR44TY	
Data i hora 29/01/2024 10:26	Signat per Regadera Sáenz, José Manuel; Collado Nuño, Miguel Julián; Vila i Cruells, Carles;		





cambio, no servirán para superar el control de transparencia (fundamentos 73 y 74).

CUARTO. Carácter abusivo de las cláusulas multidivisa

22. 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. Así creemos que se deriva con claridad de la Sentencia recaída en el caso Andriciuc.

23. El Tribunal en el asunto BNP Paribas se reitera en su doctrina, aplicada a los préstamos en divisa extranjera, y afirma que:

" 50. Conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato no se refiere a la definición del objeto principal de dicho contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Por lo tanto, el juez únicamente puede controlar el carácter abusivo de una cláusula, que se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si dicha cláusula no es clara y comprensible "

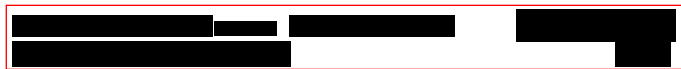
24. Nuestro Tribunal Supremo, en el caso de los préstamos con cláusula multidivisas, ha afirmado que la falta de transparencia supone que las cláusulas son abusivas sin mayores requisitos. Así en su sentencia STS 188/2021, 31 de marzo (ECLI:ES:TS:2021:1214) considera que:

" 6.- Respecto de la necesidad de realizar un control de contenido o abusividad una vez constatada la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la divisa, como afirmamos en las sentencias 608/2017, de 15 de noviembre , y 599/2018, de 31 de octubre , y 454/2020, de 23 de julio , la falta de transparencia de las cláusulas relativas a 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 resulta



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html		Codi Segur de Verificació: 0PMHSDAGQCBB3EDQ7A9F6Y5WBR44TY	
Data i hora 29/01/2024 10:26	Signat per Regadera Sáenz, José Manuel; Collado Nuño, Miguel Julián; Vila i Cruells, Carles;		





abusiva, porque 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 puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros en los que no concurren esos riesgos. Esta abusividad también agrava su situación jurídica, puesto que ignora el riesgo de infragarantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

7.- En el mismo sentido nos hemos pronunciado en la más reciente sentencia 585/2020, de 6 de noviembre, en la que declaramos que hemos asimilado la falta de transparencia a la abusividad en determinadas cláusulas, como es el caso de las denominadas "cláusulas suelo", por entrañar un elemento engañoso, o de las cláusulas " multidivisa" o "multimoneda", por ocultarse graves riesgos para el consumidor".

25. Aun cuando creemos que constatada la falta de transparencia material de las cláusulas multidivisas, deberíamos verificar si podemos considerarlas abusivas, conforme hemos explicado, lo cierto es que el Tribunal Supremo sostiene de forma muy reiterada que en estos casos particulares (multidivisa) la falta de transparencia implica que la cláusula debe de ser declarada abusiva, como hemos reseñado. Lo que nos lleva a rectificar nuestro criterio para acomodarlo a la doctrina legal y declarar la nulidad de las cláusulas una vez hemos constatada la falta de transparencia.

En este caso, por mucho que se hubiera admitido el interrogatorio de los actores, no consta acreditado que se proporcionara la información precontractual en debe ser considerada como prueba inútil conforme a lo dispuesto por el artículo 283.2 de la LEC.

QUINTO: Visto el artículo 398 de la LEC, se impondrán las costas de esta alzada a la apelante.

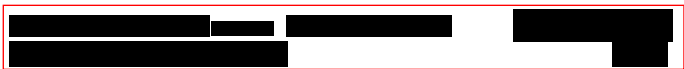
FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Bankinter, S.A. contra la sentencia dictada el día 26 de octubre de 2022 por el Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona en juicio ordinario 5034/2020, que se confirma con imposición de las costas de esta alzada a la apelante y pérdida del depósito constituido



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html		Codi Segur de Verificació: 0PMHSDAGQCBB3EDQ7A9F6Y5WBR44TY	
Data i hora 29/01/2024 10:26	Signat per Regadera Sáenz, José Manuel; Collado Nuño, Miguel Julián; Vila i Cruells, Carles;		





para recurrir.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación si se dieran los requisitos legales.



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html		Codi Segur de Verificació: 0PMHSDAGQCBB3EDQ7A9F6Y5WBR44TY
Data i hora 29/01/2024 10:26	Signat per Regadera Sáenz, José Manuel; Collado Nuño, Miguel Julián; Vila i Cruells, Carles;	

