



PROCURADORA DELS TRIBUNALS

NOTIF.: 18/01/19

ADV.: [REDACTED]

CLIENT: [REDACTED]

C/ Francesc Roger, 4

17005-Girona

Tel./Fax : 972 48 72 97

**Sección nº 01 Civil de la Audiencia Provincial de Girona
AP Civil Sec.01)**

Plaça Josep Maria Lluís Cots, 1 - Girona - C.P. 17001

TEL: 972942368

FAX: 972942373

EMAIL:aps1.girona@xj.gencat.cat

N.I.G.: 170/94212017800/569

Recurso de apelación 598/2018 -1

Materia: Apelación civil

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona

Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 480/2017

Parte recurrente: [REDACTED]

Parte recurrida: [REDACTED]

Procuradora: [REDACTED]

Procurador: [REDACTED]

Abogado: [REDACTED]

Abogada: [REDACTED]

SENTENCIA Nº 8/2019

Magistrados:

- Fernando Lacaba Sánchez
- Fernando Ferrero Hidalgo
- Carles Cruz Moratones

Girona, 10 de enero de 2019

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 23 de mayo de 2018 se han recibido los autos de Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 480/2017 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Girona a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] contra la Sentencia nº 110/2018 de 4/4/2018 y en el que consta como parte apelada el Procurador [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] A debo absolver y absuelvo al demandado [REDACTED] S.A. de la pretensión ejercitada, con expresa imposición de costas a la parte actora."

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

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

Se designó ponente al Magistrado D. Fernando Lacaba Sánchez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la recurrida en todo aquello que no se oponga a lo que se expresa a continuación.

PRIMERO.- Antecedentes a considerar.-

1.- D. [REDACTED], solicitó y obtuvo de la entidad [REDACTED] SA un préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de una primera vivienda, en fecha 30 enero 2008.

Se trataba de un préstamo "multidivisa" de importe 180.000€ por su valor contravalor en las divisas convertibles en España; más concretamente, el Banco formalizó el préstamo en la cantidad de 28.704.600 yenes japoneses, con una amortización de 300 cuotas (25 años) y con un tipo de referencia, LIBOR cuando

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]



el capital esté referenciado en divisa y EURIBOR si lo está en euros.

La demanda sostiene que no hubo información acerca del concreto producto financiero, como tampoco se realizaron simulaciones para prever las posibles fluctuaciones. La escritura permitía al Banco *"el derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte extendida en caso de que, a su contravalor en Euros, todas las disposiciones al cambio del día excedan eun un 10% del límite actual del préstamo."*

Señalaba la demanda que, el Sr Ruscalleda tenía la consideración de "Minorista" a pesar de lo cual, no fue informado sobre el producto ni los riesgos asumidos. Terminaba solicitando la nulidad parcial de la escritura de la hipoteca en lo relativo a la opción multidivisa, por concurrencia de abusividad y no superación del doble filtro de transparencia.

2.- La entidad bancaria contestó la demanda, opuso la existencia de caducidad de la acción y el propio interés del demandante en el tipo de préstamo en moneda extranjera, por lo que solicitaba la desestimación de la demanda.

3.- La Sentencia desestima la demanda. Estima que no puede negarse que el actor conocía que estaba contratando en yenes y ello fue reconocido por el Sr. Ruscadella quien ha afirmado que "sabía que lo contrató en yenes para pagar menos intereses". Entiende suficientemente acreditada la información previa recibida y que la misma fue precisamente lo que provocó la contratación, siendo elegida la hipoteca multidivisa litigiosa por el actor, frente a otros préstamos hipotecarios que le ofrecían en euros, precisamente porque, como consta acreditado, en la época en que se concedió el préstamo multidivisa el Euribor estaba alrededor del 5% mientras que el Libor para el Yen Japonés estaba alrededor del 1%. En definitiva, concluye la recurrida, que debe afirmarse que el actor contrató un préstamo cuyo capital estaba fijado en yenes y los intereses referidos al Libor, y así se refleja de forma más que clara no sólo en la escritura pública sino en los extractos bancarios recibidos por el actor al vencimiento de cada mensualidad, y no puede apreciarse falta de transparencia y abusividad de las cláusulas multidivisa, ni infracción del deber de información que recae sobre



la entidad financiera, no existe posibilidad de entender que la negociación y contratación de lo que el actor decidió contratar provocara subrepticamente una alteración del equilibrio subjetivo del precio y prestación.

4.- Interpone recurso de apelación el demandante. Fundamenta el recurso en error en la valoración de la prueba, con infracción del art. 4.2 de la Directiva 93/13 y de los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCyU.

5.- Se opone al recurso la entidad bancaria que solicita la confirmación de lo resuelto.

SEGUNDO.- STS Pleno 608/2017 de 15 noviembre.- Importancia de la información.-

La Sentencia adapta la doctrina de la Sala Primera a la jurisprudencia del TJUE, que en el caso Banif Plus Bank (sentencia de 3 de diciembre de 2015) consideró que las operaciones de cambio de divisa, accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto del propio préstamo, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste. Dado que la definición de los instrumentos financieros a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (Directiva MiFID), que los tribunales españoles deben aplicar de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, se concluye que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, extremo que no excluye la sujeción de las entidades financieras que conceden estos préstamos a las obligaciones de información que establecen las normas de transparencia bancaria y las de protección de consumidores y usuarios, en los casos en que el prestatario tiene la consideración legal de consumidor.

El hecho de que los préstamos multidivisa estén excluidos de la normativa MiFID no significa que no sean un producto complejo a efectos del control de



transparencia. La sentencia aplica los criterios de la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriiciuc) y considera que aunque el consumidor medio puede prever el riesgo de un cierto incremento de las cuotas de amortización por efecto de la fluctuación de las monedas sin necesidad de una especial información, no ocurre lo mismo con otros riesgos asociados a estas hipotecas. En ellas, la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, lo que determina que, pese al pago de las cuotas de amortización periódica, el prestatario puede adeudar un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Incluso aunque se cumpla la obligación de pagar las cuotas, el banco pueda dar por vencido anticipadamente el préstamo si el euro se devalúa, por encima de ciertos límites, sobre la divisa extranjera.

Destaca el deber de información de la siguiente forma:

"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 multdivisa 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 multdivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.

En conclusión, las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013, de 9 de noviembre, hemos fundado en los arts. 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos".



Más concretamente, el fallo de la STJUE del caso Andriuc, declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas:

«El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de 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».

TERCERO.- *Sobre el control de abusividad de la cláusula cuestionada. Estimación del recurso.-*

El recurso sostiene la ausencia de información necesaria para que el Sr. Ruscalleda conociese adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, puesto que, se dice, que no se le dio información por escrito previa a suscribir el préstamo.

La Sentencia, por el contrario, entiende suficientemente acreditada la información previa recibida y que la misma fue precisamente lo que provocó la contratación, siendo elegida la hipoteca multidivisa litigiosa por el actor, frente a otros préstamos hipotecarios que le ofrecían en euros, precisamente porque,



como consta acreditado, en la época en que se concedió el préstamo multidivisa el Euribor estaba alrededor del 5% mientras que el Libor para el Yen Japonés estaba alrededor del 1%. En conclusión, para la recurrida, debe afirmarse que el actor contrató un préstamo cuyo capital estaba fijado en yenes y los intereses referidos al Libor, y así se refleja de forma más que clara no sólo en la escritura pública sino en los extractos bancarios recibidos por el actor al vencimiento de cada mensualidad, y no puede apreciarse falta de transparencia y abusividad de las cláusulas multidivisa, ni infracción del deber de información que recae sobre la entidad financiera, no existe posibilidad de entender que la negociación y contratación de lo que el actor decidió contratar provocara subrepticamente una alteración del equilibrio subjetivo del precio y prestación.

La Sentencia recurrida parte de una suerte de "presunción" del demandante sobre la base de la notoriedad de los efectos de contratar una hipoteca multidivisa y conocer que las divisas fluctúan, el interrogatorio que al efecto practicó la Juzgadora a aquel da fe de ello. Sin embargo no se alude a la entrega de información por escrito ni tampoco a la presentación de los diferentes escenarios que se podían presentar por la fluctuación de la moneda. El testigo y empleado Sr Cutrina reconoció que al actor no se le entregó la información que imponía la Orden de 5 mayo 1994, información precontractual, folleto informativo, u oferta vinculante en donde se especificaran los riesgos asumidos y la incidencia que podía tener en la economía del contrato la evolución del cambio de divisa. Dicha información venía exigida, además, por el art. 48.2 de la Ley 41/2007 de 7 diciembre sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, al decir:

"La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos".

El Sr. Cutrina, manifestó que el producto era vendido porque el tipo de interés estaba mucho más bajo (minuto 26:47) lo que hacía más atractivo respecto a otros. En lo que se incidía era en el LIBOR, no en la divisa y en los riesgos concretos que su tipo de cambio conllevaba. El meritado testigo no recordaba



haber informado que el yen era mucho más inestable que el franco suizo y que este era el riesgo más grande del tipo de producto que se iba a contratar.

En conclusión, no consta que se le informara al demandante de todos los riesgos a los que se refiere el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada.

El tipo de cambio tuvo influencia directa en la económica del actor, que pasó de pagar 700€ a 1200€. A fecha de 31.12.2016 el demandante había abonado 76.195,27€, mientras que el saldo que quedaba pendiente de amortizar era 160.317,94€ debido a los distintos cambios de divisa del yen respecto del euro. Dicho de otro modo, la entidad bancaria solamente consideró amortizados un total de 19.682,06€ en 9 años de vida del préstamo, lo que supuso un perjuicio para aquel de unos 50.000€.

Tampoco consta que se informara respecto de los riesgos en la facultad del cambio de divisa antes de la amortización de la cuota correspondiente, pues en el caso de hacerlo, se consolida la revalorización de la divisa y, por tanto, del aumento de la equivalencia en euros (o en la nueva divisa) del importe del capital pendiente de amortizar, pues se traslada a la nueva divisa escogida el incremento producido como consecuencia de la apreciación de la divisa (Así lo sostiene el Tribunal Supremo en la sentencia citada). Además, de que debe pagar una comisión. Añadiendo dicho Tribunal que el prestatario no puede realizar el cambio en cualquier momento, sino solo al inicio de cada nuevo periodo y una devaluación significativa de la moneda funcional respecto de la divisa puede producirse en cuestión de semanas.

Y añade que:

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



Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización».

Tampoco hay constancia de que el demandante fuera experto en el mercado de divisas, ni consta que se le informara sobre dicho mercado y sobre la posible fluctuación de la divisa contratada, a pesar del momento en que fue contratado el préstamo, en el que ya se preveía por los analistas económicos (documentos aportados con la demanda) la posible crisis económica y la caída del Euribor. No siendo cierto que el documento adjunto al firmado sea una previsión futura y previsible del yen, sino que se trata simplemente de una simulación respecto de la cuota y del capital que falta por amortizar, que al no existir una diferencia significativa, para un consumidor, que no es experto en divisas, pueda representarse de los graves riesgos que ello puede suponerle en el caso de una fluctuación muy importante ante una crisis económica.

CUARTO.- Sobre los efectos de la nulidad.-

El Tribunal Supremo en la mencionada sentencia de 15 de noviembre del 2.017 establece que:

"La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarlo más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y



Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

54.- Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias. No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo”.

La sentencia recurrida no se ajusta a lo resuelto por el Tribunal Supremo por lo que procede estimar el recurso.

QUINTO.- Costas.-

La estimación del recurso conlleva la de la demanda rectora por lo que las costas de primera instancia recaen sobre la demandada.

Sin mención de las ocasionadas por el recurso que se estima.

FALLO



- 1.- ESTIMAMOS el recurso de D. [REDACTED]
- 2.- REVOCAMOS la Sentencia de 4 abril de 2018 del Juzgado nº 2 de Girona dictada en JO 480/17.
- 3.- Que estimando la demanda interpuesta por el recurrente debemos declarar y declaramos la nulidad de la cláusula Tercera apartado "A) EN DIVISAS" del préstamo hipotecario suscrito con [REDACTED] en fecha de 30 enero 2008 ante la Notario de Girona [REDACTED], con número de protocolo [REDACTED] así como cualquier referencia " en divisas" contenida en el mismo, condenando a [REDACTED] S.A a rehacer el cuadro de amortización del préstamo tomando como capital inicial la cantidad de 180.000 € y aplicando lo dispuesto en el apartado B) EN EUROS" de la cláusula tercera de la escritura, así como a abonar al actor la diferencia entre las cantidades que hayan abonado en virtud del préstamo y las que resulten de aquel cuadro de amortización, más los intereses de la misma desde la fecha del emplazamiento.
- 4.- Las costas de primera instancia se imponen a la entidad bancaria demandada, sin mención sobre las ocasionadas por el recurso.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Ló acordamos y firmamos.

Los Magistrados: D. Fernando Lacaba Sánchez, D. Fernando Ferrero Hidalgo y D. Carles Cruz Moratones

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]