



Roj: SAP B 12411/2015 - ECLI:ES:APB:2015:12411  
Id Cendoj: 08019370172015100398  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Barcelona  
Sección: 17  
Nº de Recurso: 168/2014  
Nº de Resolución: 420/2015  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: PAULINO RICO RAJO  
Tipo de Resolución: Sentencia

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

### SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA

**ROLLO** núm. **168/2014**

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 9 VILANOVA I LA GELTRÚ

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 44/2013

**S E N T E N C I A** núm. **420/15**

Ilmos. Sres.:

Don José Antonio Ballester Llopis

Don Paulino Rico Rajo

Doña Mireia Borguñó Ventura

En la ciudad de Barcelona, a veintinueve de octubre de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 44/2013 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 9 Vilanova i la Geltrú, a instancia de Juan Carlos Y Ascension quien se encontraba debidamente representado/a por Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron contra CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, quien igualmente compareció en legal forma mediante Procurador que le representaba y la asistencia de Letrado; actuaciones que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de Juan Carlos Y Ascension contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 28 de noviembre de 2013 , por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que, desestimando la demanda interpuesta por la representación procesal de Juan Carlos y Ascension , contra la entidad "**Caixa d'Estalvis de Catalunya**" , debo absolver y absuelvo a ésta de los pedimentos formulados en su contra, con expresa imposición de cotas procesales a la parte actora."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Juan Carlos Y Ascension y admitido se dio traslado del mismo al resto de las partes con el resultado que es de ver en las actuaciones, y tras ello se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO .-** De conformidad con lo previsto en la Ley, se señaló fecha para celebración de la votación y fallo que tuvo lugar el pasado siete de octubre de dos mil quince.

**CUARTO.-** En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Paulino Rico Rajo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Contra la Sentencia dictada en fecha 28 de noviembre de 2013 , rectificada por Auto de fecha 18 de diciembre siguiente, por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Vilanova i la Geltrú en el juicio ordinario registrado con el nº 44/2013 seguido a instancia de DON Juan Carlos y DOÑA Ascension contra CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, sobre nulidad parcial de contrato de préstamo hipotecario en divisas, que desestima la demanda con imposición de costas, interpone recurso de apelación la parte actora en solicitud de que "se dicte sentencia mediante la que se estime íntegramente el presente recurso, revocando la sentencia y estimando íntegramente la demanda planteada por esta representación".

Solicita, asimismo, "a la Sala que de considerarlo procedente eleve cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea" sobre:

"1º) Si es de aplicación a un contrato financiero suscrito el 21 de agosto de 2007 la Directiva 2004/39/CE, dado que hay discrepancias entre el momento de entrada en vigor de la Directiva Europea y la legislación estatal".

"2º) Si a la luz de las Directivas es posible considerar como instrumento financiero un derivado implícito inserto en productos no complejos (un préstamo hipotecario) o en productos bancarios aun cuando no se identifiquen como tal".

"3º) Si a los derivados implícitos les son de aplicación la Directiva 204/39/CC del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril, y por tanto si es necesario realizar la elevación de riesgos y son exigibles las obligaciones de información previstas en la Directiva, teniendo en cuenta que en España no existía otra norma con el mismo nivel de protección".

"4º) Si un préstamo hipotecario indexado en yenes, mediante el que se entregan euros al cliente, y cuya indexación a otra divisa puede realizarse durante toda la vida del contrato, puede ser considerada un producto bancario que lleva inserto un derivado implícito a la luz de las mencionadas Directivas, o, en todo caso, un producto financiero de alto riesgo incluido dentro de dicha normativa...".

"5º) Considerándose un derivado implícito, si debió el banco informar de las previsiones, riesgos, y escenarios posibles, y realizar la evaluación de conocimientos y experiencia previstos en el art. 19.4 de la Directiva 2004/39/CE".

"6º) Si Real Decreto 629/1993, que contiene regulación básica para productos no complejos, teniendo en cuenta que el contrato de esta Litis fue suscrito en agosto de 2007, y que no existía a dicha fecha regulación sobre productos complejos, debe ser interpretada a tenor de lo establecido en la Directiva 93/13/CEE del Consejo. En este sentido, si se considera información precontractual suficiente la única aportada en este caso, de forma verbal".

"7º) Si a tenor de lo establecido en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, debe de otorgarse una mayor protección al prestatario de un préstamo hipotecario indexado en yenes, mediante el que se entregan euros al cliente, y cuya indexación a otra divisa puede realizarse durante toda la vida del contrato, en calidad de consumidor o usuario, y en todo caso minorista,...".

La parte demandante se opone al recurso de apelación y solicita su desestimación.

**SEGUNDO.-** En la demanda rectora del procedimiento del que la presente alzada trae causa la parte actora, aquí apelante, tras alegar, en una extensa demanda, los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, solicitó al Juzgado que "dicte sentencia en la que:

a) Se declare la nulidad parcial del acuerdo suscrito en escritura pública, en lo que se refiere a la referencias (sic) a las divisas, declarando así mismo de manera integradora que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a Euros, resultante de disminuir al importe prestado de 641.940 Euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también convertidos a Euros, condenando a CATALUNYA CAIXA a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen; y en particular se condene a la entidad a recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados y se fije el capital pendiente de pago en Euros.

b) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento".

La demanda fue admitida a trámite por Decreto de fecha 14 de febrero de 2013.

La demandada se opuso y, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes, solicitó al juzgado que "se dicte sentencia DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda con imposición de las costas al demandante".

Dicho escrito, según consta en Diligencia de Ordenación de fecha 27 de marzo de 2013 fue presentado fuera de plazo por lo que en la misma diligencia se le declara en situación de rebeldía procesal.

Seguido el procedimiento su curso concluyó con la referenciada Sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición de costas, contra la que interpone recurso de apelación la parte actora en solicitud de lo que queda dicho en el precedente Fundamento de Derecho.

**TERCERO.-** La sentencia recurrida en el Fundamento de Derecho Segundo razona sobre la normativa aplicable, y en el Tercero dice, en síntesis, que "lo que no se cumple es que se hiciera una oferta vinculante", que "el contrato suscrito lo fue a solicitud de los hoy actores, y no a solicitud de la entidad crediticia", que "se produjo una información adecuada que nos ha de llevar a no apreciar la existencia de un error esencial en los prestatarios ni dolo por parte de la entidad bancaria".

Los recurrentes alegan, en esencia, lo siguiente:

"PRIMERA.- Antecedentes y motivos del recurso de apelación".

La desarrolla manifestando, en síntesis, que "La nulidad solicitada, resumidamente, se basa en los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

1. La naturaleza jurídica del préstamo implica que no hubo una entrega real en yenes, sino una indexación a esa moneda, lo que, junto con la propia articulación de la garantía hipotecaria, evidencia la naturaleza híbrida del producto: un préstamo, más un instrumento financiero que funciona de forma similar a un derivado.

2. De no haber suscrito este tipo de producto híbrido, la cantidad debida al fecha de interposición de demanda, sería de 563.643 euros frente a los 863.652 euros que se adeuda, por lo que la recurrente pretende percibir ahora un 53,23% más por el juego del derivado financiero de tipos de cambios que el contrato lleva implícito, al no tratarse de un préstamo convencional con garantía hipotecaria.

3. La entidad bancaria ha incumplido las normas imperativas contenidas en la Ley del Mercado de Valores, Ley de Consumidores y Usuarios y Ley de Condiciones generales de la contratación, por lo que merece la sanción de nulidad prevista en el art. 6.3 del Código Civil .

4. El incumplimiento de las normas citadas puede calificarse también como dolo omisivo, determinante de un error invalidante del consentimiento, que conllevaría igualmente la nulidad parcial instada"

"SEGUNDA.- Deberes de información y comportamiento de la entidad en la comercialización de préstamos en divisa extranjera con opción de cambio de divisa: error en la sentencia en cuanto a la normativa aplicable".

"TERCERA.- Incumplimiento de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación".

"CUARTA.- Error de la instancia en cuanto a las consecuencias del incumplimiento de normativa imperativa".

"QUINTA.- Error en la valoración de la prueba: deficiente información y error en el consentimiento".

"SEXTA.- Nulidad de la operación por concurrir DOLO OMISIVO. Error en la valoración de la prueba".

"SÉPTIMA.- Costas".

**CUARTO.-** El litigio entre las partes tiene su origen en el Préstamo Hipotecario en Divisas concertado, mediante escritura pública, en fecha 21 de agosto de 2007.

El capital prestado fue de 98.736.265 yenes japoneses, equivalentes a 641.940 euros.

La naturaleza jurídica y la normativa aplicable a los préstamos hipotecarios en divisa ha sido resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de fecha 30 de junio de 2015 ( STS 3002/2015 ) al decir que "deben realizarse unas consideraciones previas sobre la naturaleza y características del negocio jurídico cuya anulación se pretende, así como sobre la normativa que regula la información que las entidades que lo ofertan deben facilitar a sus potenciales clientes.

3.- Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa , entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo

suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.

4.- Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos."

También dice la referenciada Sentencia que "6.- La determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico para determinar cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista no es una cuestión pacífica.

La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley."

Dicha Sentencia del Tribunal Supremo da, prácticamente, respuesta a todas las cuestiones prejudiciales que pretenden los apelantes que se planteen.

Pues también dice que "La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., declaró que para aplicar la excepción del artículo 19.9 de la Directiva es necesario que el servicio de inversión haya estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información, constitutivas de legislación de la Unión Europea o de normas europeas comunes. Se dará este caso únicamente si el servicio de inversión formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto. Y precisó, asimismo, que lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto de la Directiva MiFID, y que determinaría la no sujeción a las obligaciones establecidas en dicha

Directiva, debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate.

En consecuencia, no existiendo, cuando se concertó la operación, normativa comunitaria ni normas europeas comunes para entidades de crédito que establecieran unas obligaciones de información para las entidades financieras en relación a la concesión de préstamos en los que la determinación del importe de la cuota de amortización y el cálculo del capital pendiente de amortización en cada momento estuviera referenciado a una divisa extranjera, y que permitieran a los clientes la adecuada valoración del riesgo, la normativa reguladora de estos extremos era la normativa MiFID."

El objeto de resolución de la Sentencia dicha del Tribunal Supremo es las "escrituras de préstamo "multidivisa" con hipoteca, otorgada el 29 de febrero de 2008 , y de novación modificativa del préstamo hipotecario, otorgada el 27 de noviembre de 2009," posteriores a los que son objeto del presente procedimiento.

Atendido el contenido de la referenciada Sentencia del Tribunal supremo en cuanto a la inclusión de dicho tipo de contratos en el ámbito de la Ley de Mercado de Valores, aún ser posterior la misma a la sentencia recurrida con lo que no pudo tenerla en cuenta, procede, sin necesidad de mayor razonamiento, la estimación del recurso de apelación en cuanto a la segunda alegación sobre error en cuanto a la normativa aplicable ya que en la misma se dice que es de aplicación "la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en la que no existe un precepto similar al art. 60 sobre información precontractual", no obstante lo cual, también dice que "el que no sea de aplicación la legislación referida a los Mercados de Valores no puede implicar que la entidad demandada no tuviera el deber de informar sobre las características del contrato y los riesgos del mismo para los prestatarios", sobre lo que resuelve en el Fundamento de Derecho Tercero.

De ello se deriva que carece de objeto la alegación tercera sobre "Incumplimiento de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación".

**QUINTO.-** La alegación cuarta sobre "Error de la instancia en cuanto a las consecuencias del incumplimiento de normativa imperativa", en la que reproduce el contenido del art. 6.3 del Código Civil , carece de objeto por cuanto la Sentencia recurrida al estimar que hubo información adecuada a los ahora apelantes, desestima la demanda.

Y, por otra parte, la tan mentada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo da respuesta a ello al decir: "10.- La siguiente cuestión que hay que resolver es la relativa a cuáles deben ser las consecuencias de esta infracción. La sentencia de esta Sala núm. 716/2014, de 15 diciembre , ha afirmado que la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró que « si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de las Directiva 2004/39 , ni cuáles podrían ser esas consecuencias » y que, en consecuencia, « a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10 ), apartado 27]».

Decíamos en nuestra sentencia que, de acuerdo con esta doctrina del TJUE, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el art. 79.bis Ley del Mercado de Valores , al amparo del art. 6.3 del Código Civil . Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 .bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" ( art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas ( art. 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores ).

Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato."

Consiguientemente, dicha alegación se desestima.

**SEXTO.-** La alegación quinta sobre "Error en la valoración de la prueba: deficiente información y error en el consentimiento", se resuelve conjuntamente con parte de la segunda en la que se adujo "Deberes de información y comportamiento de la entidad en la comercialización del préstamo en divisa extranjera con opción de cambio de divisa", pues en ésta hace referencia al deber de información del empresario y en aquélla dice, en síntesis, que "En este caso, se deberían haber explicado a cliente con claridad los verdaderos riesgos del producto:

a) En primer lugar el riesgo de tipo de cambio que conlleva un seguimiento por parte del cliente de la evolución del tipo de cambio entre la moneda natural y la del préstamo, y oscilación entre las monedas, lo que provoque que constantemente el montante, en moneda natural a devolver, sea diferente (de ahí que pueda darse la situación que pasados unos años ya desde el inicio del primer periodo de liquidación, el importe a devolver sea muy superior al inicial) estas son desconocidas totalmente para el cliente ya que su negocio habitual (mantenimiento de aeronaves) nada tiene que ver con el conocimiento del Mercado de Divisas y estrategias a la hora de actuar.

b) El segundo riesgo viene determinado por el tipo de interés ya que si el capital pendiente de amortizar está en una de las divisas alternativas al euros, el préstamo se referencia al libor para el periodo en cuestión, publicado para cada divisa. Si bien en un principio una de las motivaciones más usuales por las que se puede ofrecer al cliente contratar este producto suele ser el diferencial positivo entre el tipo de interés de la divisa natica (sic) respecto de la divisa de financiación, puede suceder que este diferencial desaparezca rápidamente y no obtengamos ningún beneficio por este lado teniendo no obstante un coste del tipo de cambio. De hecho, en nuestro caso, quedó acreditado mediante la pericial aportada como documento nº 2 de la demanda, que dicha finalidad, nació frustrada, pues existían datos económicos que vislumbraban un cambio.

No consta ni en la escritura, ni en la testifical de la comercial, una explicación tan clara sobre las consecuencias del contrato".

Examinadas nuevamente las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, observamos que fueron los actores los que se interesaron por dicho tipo de producto. Así lo reconocen en la demanda al decir que "En el año 2007, mis mandantes contrataron una hipoteca multidivisa con CATALUNYA CAIXA. No existió proceso de comercialización en sí; se enteraron de la existencia de este producto gracias a los familiares de la pareja. Así, en una reunión familiar, un cuñado de Doña Ascension, Don Germán, mecánico de aviones del aeropuerto de El Prat sacó el tema de la existencia de las HMD y de la contratación masiva que se estaba haciendo por parte del colectivo de pilotos. El Sr. Germán les comunicó que iba a buscar este producto entre las entidades financieras ya que por lo que le comentaban era un producto que les permitía rebajar su cuota hipotecaria y amortizar más capital que con una hipoteca convencionada.

La hermana de Don Juan Carlos, Doña Teodora trabajaba como subdirectora de la ya desaparecida oficina de Viladecans, y se ofreció voluntariamente para buscar este producto en CATALUNYA CAIXA ya que sabía de primera mano que la entidad financiera estaba ofreciendo este producto aunque desconocía en qué consistía el mismo.

Así pues, mediante la hermana del propio mandante, contrata primero el cuñado común y posteriormente lo hacen mis mandantes. La hermana de mi mandante, se limitó a buscar el producto y darles la posibilidad de suscribirlo. Ella misma, subdirectora de la oficina de Viladecans (Oficina ya desaparecida) no entendía el funcionamiento del producto por lo que difícilmente podía trasladar información a mis mandantes. Solamente proporcionó la documentación económica necesaria de mis mandantes al Departamento de la entidad correspondiente para que la firma del contrato se realizara, fijándose directamente fecha para la firma de la operación".

Dicho relato fáctico sobre como conocieron de la existencia de la hipoteca multidivisa y se interesaron por ella es el que debe tenerse en cuenta, sin que sea dable apreciar lo manifestado por los demandantes en la prueba de interrogatorio de parte practicada en el acto del juicio en el que vinieron a cambiarlo ya que esto último va en contra de lo dispuesto en el artículo 412.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre el deber de información dice la tan mentada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo que "8.- Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar. "

Como dice dicha Sentencia del Tribunal Supremo "El TJUE ha dictado una sentencia, la de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , que tiene por objeto una de estas hipotecas multidivisa. No obstante, al tratarse de una hipoteca multidivisa concedida a un consumidor, la citada STJUE aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, que en nuestro caso no es de aplicación por cuanto que, como ya se ha expresado, los demandantes no ostentaban la condición de consumidores en esta relación jurídica, por lo que no procede traer a colación dicha sentencia. "

Sin embargo, en el caso que resolvemos, al tratarse de clientes minoristas los demandantes-apelantes, sí es preciso traerla a colación.

**SÉPTIMO.-** Efectivamente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 dice que: "1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 4, apartado 2 , y 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LCEur 1993, 1071) , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29).

2. Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre el Sr. Simón y la Sra. Debora (en lo sucesivo, designados conjuntamente, «prestatarios»), por una parte, y OTP Jelzálogbank Zrt (en lo sucesivo, «Jelzálogbank»), por otra, acerca del carácter supuestamente abusivo de una cláusula contractual relativa al tipo de cambio aplicable a los pagos para la devolución de un préstamo denominado en una **divisa extranjera** ."

Señala que "la Kúria decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia **las siguientes cuestiones prejudiciales** :

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 2, de la Directiva [93/13 ] en el sentido de que, en el caso de una deuda por un préstamo denominado en una divisa extranjera pero entregado en la moneda nacional y que ha de ser devuelto por el consumidor exclusivamente en la moneda nacional, la cláusula contractual relativa al tipo de cambio de la divisa, que no ha sido objeto de negociación individual, puede formar parte de "la definición del objeto principal del contrato"?

De no ser así, sobre la base del segundo inciso del artículo 4, apartado 2, de la Directiva [93/13 ], ¿ha de entenderse que la diferencia entre el tipo de cambio de compra y de venta [de la divisa] constituye una retribución cuya adecuación al servicio prestado no puede ser analizada para apreciar su carácter abusivo? ¿Tiene alguna incidencia, a este respecto, la cuestión de si se ha producido efectivamente una operación de cambio de divisas entre la entidad financiera y el consumidor?

2) Si hubiera que interpretar el artículo 4, apartado 2, de la Directiva [93/13 ] en el sentido de que el tribunal nacional también puede examinar, con independencia de lo dispuesto en su Derecho nacional, el carácter abusivo de las cláusulas contractuales a que se refiere dicho artículo, siempre que dichas cláusulas no estén redactadas de manera clara y comprensible, ¿ha de entenderse por este último requisito que las cláusulas contractuales deben ser por sí mismas claras y comprensibles para el consumidor desde el punto de vista gramatical o que, además, también deben ser claros y comprensibles los motivos económicos del empleo de la cláusula contractual y su relación con las demás cláusulas contractuales?

3) ¿Han de interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva [93/13 ] y el apartado 73 de la sentencia [ Banco Español de Crédito (TJCE 2012, 143) , EU:C:2012:349] en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional no puede eliminar, en beneficio del consumidor, [las causas] de invalidez de una cláusula abusiva incluida entre las condiciones generales de un contrato de préstamo celebrado con un

consumidor, modificando la cláusula contractual de que se trate e integrando el contrato, ni siquiera si, de no obrar así, en caso de que se suprima dicha cláusula, el contrato no puede subsistir sobre la base de las cláusulas contractuales restantes? A estos efectos, ¿tiene relevancia que el Derecho nacional contenga una norma supletoria que, en caso de que se omita la cláusula inválida, regule [en su lugar] la cuestión jurídica de que se trate?»".

Y concluye lo siguiente: "se ha de responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse en el sentido de que :

- los términos «objeto principal del contrato» únicamente abarcan una cláusula, contenida en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera concluido entre un profesional y un consumidor, que no ha sido objeto de negociación individual, como la cláusula discutida en el litigio principal, en virtud de la cual la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo, si se aprecia, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones de ese contrato, así como a su contexto jurídico y de hecho, que esa cláusula establece una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza;

- tal cláusula, en cuanto estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera, no puede calificarse como comprensiva de una «retribución» cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no pueda ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 .".

" se ha de responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, **la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. "**

" se ha de responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional."

En el caso que resolvemos constan en la escritura pública de préstamo hipotecario en divisas, en lo que aquí importa, los siguientes PACTOS:

"PRIMERO.- CAPITAL PRESTADO.

Don Juan Carlos y Doña Ascension en este acto y a su entera satisfacción reciben, a título de préstamo, de la CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, la cantidad de NOVENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO YENES JAPONESES (98.736.265,00 yenes japoneses), equivalentes a SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS CUARENTA EUROS (# 641.940), mediante abono en la cuenta número 2013 1632 69 02000049862.

SEGUNDO.- AMORTIZACIÓN

A) El prestatario se obliga a devolver el capital prestado en el plazo de 30 años, a partir del veintiuno de agosto de dos mil siete, mediante 120 cuotas trimestrales, comprensivas de capital e intereses, pagaderas el último día de cada Período de Intereses, correspondiendo efectuar el primer pago el veintiuno de Noviembre de dos mil siete y el último el veintiuno de Agosto de dos mil treinta y siete, debiendo pagarse precisamente en la misma divisa en que se haya efectuado el último pago, salvo lo dispuesto en el apartado C) siguiente.

El importe de las cuotas, comprensivas de capital e intereses, será el resultante de aplicar la siguiente fórmula de cálculo:

$(I*t)/360$ -----



$$a = \frac{C}{1 - (1 + (i \cdot t)/360)^{-n}}$$

$$1 - (1 + (i \cdot t)/360)^{-n}$$

donde:

a = importe de la cuota

i = tipo de interés aplicable al período de interés

t = número de días naturales en el periodo de liquidación.

n = número de periodos de liquidación hasta el vencimiento del préstamo

C = capital pendiente de amortización al inicio del período de liquidación.

A los efectos del cálculo de la equivalencia a que se refiere la letra D) siguiente, se anexa cuadro teórico de amortización del préstamo, calculado al tipo de interés inicial, del que resulta el capital pendiente, en la divisa prestada y en euros, después del vencimiento pactado de cada una de las cuotas.

B) El prestatario, con tres días de antelación a la finalización de un Período de Intereses, deberá tener saldo suficiente en la cuenta de cargo de las cuotas para adeudar la correspondiente a dicho Período de Intereses.

La determinación en euros del valor de cada cuota se calculará en base al cambio vendedor de divisas que publique la CAJA, de acuerdo con la normativa vigente, dos días hábiles anteriores a la fecha del vencimiento de la cuota.

#### C) OPCIÓN MULTIDIVISA

Esta opción podrá ejercitarse, a petición del prestatario, con arreglo a las siguientes condiciones:...

D) El ejercicio de la opción multidivisa no supone, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio. Por tanto, el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a la CAJA, de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción, pueda ser superior al límite pactado.

Por ello, el prestatario se obliga a mantener la equivalencia establecida en el pacto primero, entre la divisa prestada y su contravalor en euros, de forma que en ningún momento el capital pendiente de amortizar en divisas, en un determinado periodo de interés, represente un incremento de la deuda en euros que resulte del cuadro teórico de amortización que se anexa a este contrato según lo pactado en la letra A) anterior. Si la desviación es superior al 5%, el prestatario se obliga a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener dicha equivalencia.

El incumplimiento de la anterior obligación será causa de vencimiento anticipado de la presente operación".

Y, oído el CD en el que quedó registrado el juicio, observamos que el coactor Don Juan Carlos manifestó que su hermana le advirtió de la fluctuación yen-euro sobre la cuota pero no sobre el capital, que nunca se habló que podía dispararse la cuota como se disparó, que no se hicieron simulaciones.

Por su parte, Doña Teodora, empleada de la entidad financiera y hermana del actor, a través de la que se concertó el contrato, manifestó que sí le explicó en aquél momento el impacto que podía tener una variación de la paridad del euro en el principal, que ella desconocía las previsiones sobre la revalorización del yen, que no conocía que había previsiones de bajada del Euribor, que se le ofrecieron los dos productos, en Euribor y en yen y su hermano eligió, y a la pregunta sobre si se le advirtió del riesgo dijo que el cliente lo conocía, y a la de si le explicaron que la deuda podía aumentar un 53% contestó que en ese porcentaje no, de lo que cabe presuponer que se lo explicaría sobre otro porcentaje, así como a la pregunta de si le advirtió que dependiendo de la paridad yen-euro podía incrementarse la cuota, contestó que sí.

De dicha prueba, atendido que las versiones son parcialmente contradictorias, puede considerarse que la entidad financiera tenía información sobre el cliente, pero no que le proporcionara información suficiente acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre ellos los concretos riesgos que comportaba el préstamo en yen, y, por otra parte, como dice la STJUE, la cláusula, que hemos transcrito, en sí misma considerada no puede considerarse que sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, ni,

por otra parte, que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula, sin que para ello sea suficiente que se anexe "cuadro teórico de amortización del préstamo", así como tampoco la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que el consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo, sin que a tales fines sea suficiente el contenido de la letra D) transcrita, pues la misma parece referida, como en ella se indica, al "ejercicio de la opción multidivisa", no a la divisa, el yen, a la que se refiere el préstamo, divisa que, por otra parte, no le fue entregada pues todo se hizo con euros, según manifestó la testigo dicha, con lo que no puede considerarse que la información proporcionada fuera suficiente acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre ellos los concretos riesgos que comportaba el préstamo en yen, con lo que debe apreciarse la concurrencia de error en el consentimiento.

Pues, como dice la referenciada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, "11.- Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero , y 716/2014 de 15 diciembre , ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros ( sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril ). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente."

Y en el caso que resolvemos, de la prueba tanto de interrogatorio de parte como de la testifical de la hermana del mismo, Doña Teodora debe considerarse acreditado, como hemos dicho, que aunque a los ahora apelantes les fue proporcionada información sobre el producto contratado, sin embargo, como también hemos razonado, la misma no fue suficiente sobre los aspectos fundamentales del mismo y los riesgos que corrían al contratar el préstamo en yen, como se deriva, incluso, de la falta de entrega de documentación previa y de simulaciones, con lo que no puede considerarse que se dé el caso que se dice en el último párrafo de la Sentencia del Tribunal Supremo citada que justifique el carácter excusable del error del cliente.

Consiguientemente, dichas alegaciones, quinta y parte de la segunda, deben estimarse, con la consecuencia de la estimación del recurso de apelación, la revocación de la Sentencia recurrida, la estimación de la demanda y, dadas las dudas tanto fácticas como jurídicas, lo que se deriva, esto último, de la jurisprudencia que hemos transcrito, sin imposición en las costas causadas en la primera instancia ( art. 394.1 LECiv .). Y con la consecuencia también de que hace innecesario resolver sobre la alegación sexta.

**OCTAVO.-** La consecuencia de dicha estimación del recurso de apelación y, de suyo, de la demanda no es la nulidad del contrato, con la obligación de devolver cada parte las prestaciones recibidas, sino, como se deriva de la referenciada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es la de subsanar la nulidad de la cláusula en la que se indica el capital prestado en yenes japoneses con su equivalente en euros, por la recepción a título de préstamo de la cantidad de 641.940 #, con lo que, como solicitó la parte actora, la cantidad adeudada es el saldo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir a dicho importe prestado la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también convertidos en euros,

debiendo la entidad prestamista recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados, finando el capital pendiente de pago en euros.

**NOVENO.-** La estimación del recurso de apelación determina la no imposición de las costas causadas en esta alzada, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que, con estimación del recurso de apelación interpuesto por DON Juan Carlos y DOÑA Ascension contra la Sentencia dictada en fecha 28 de noviembre de 2013 , rectificada por Auto de fecha 18 de diciembre siguiente, por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Vilanova i la Geltrú en el juicio ordinario registrado con el nº 44/2013 seguido a instancia de DON Juan Carlos y DOÑA Ascension contra CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, sobre nulidad parcial de contrato de préstamo hipotecario en divisas, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha Sentencia y, en su lugar, ESTIMAMOS la demanda y, con declaración de nulidad de la cláusula en la que se dice entregada la cantidad en yenes japoneses debe ser sustituida por la de que la recepción a título de préstamo lo es de la cantidad de 641.940 #, y, como consecuencia de ello, que la cantidad adeudada es el saldo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir a dicho importe prestado la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también convertidos en euros, debiendo la entidad prestamista recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados, finando el capital pendiente de pago en euros. Sin imposición en las costas causadas en la primera instancia. Y sin condena en las costas causadas por el recurso de apelación.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, procédase a la devolución de la totalidad del depósito ingresado en su día por la parte recurrente.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública