

00UDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMONOVENA

ROLLO N° 513/2014- E

Procedimiento ordinario N° 934/2013

Juzgado Primera Instancia 27 Barcelona

S E N T E N C I A NÚM. 12/2016

Ilmos./a Srs./a Magistrados/a

D. MIGUEL JULIAN COLLADO NUÑO

D^a ASUNCIÓN CLARET CASTANY

D. JOSE MANUEL REGADERA SAENZ

En la ciudad de Barcelona, a diecinueve de enero de dos mil dieciséis.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimonovena de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario núm. 934/2013, seguidos por el Juzgado Primera Instancia 27 Barcelona, a instancia de

contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA ; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante

contra la sentencia dictada en los mismos el día 09 de abril de 2014 , por el/la Sr./a. Magistrado/a del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: " *Que, DESESTIMANDO la demanda interpuesta por el Procurador Sr.Luque Toro en nombre y representación de D^a. DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a BANCO POPULAR ESPAÑOL SA de la demanda contra el mismo formulada, con imposición a la actora de las costas procesales*".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandante mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria y elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 16 de diciembre de 2015.

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

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a Asunción Claret Castany.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia desestima la demanda interpuesta por la Sra. frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA en ejercicio acumulado de acciones por el que se interesaba con carácter principal la nulidad parcial del mecanismo multidivisa y cláusula suelo contenidas en la escritura de préstamo hipotecario otorgado el 13 de abril de 2007, subsidiaria nulidad total del préstamo multidivisa y condena a la entidad demandada a otorgar préstamo hipotecario tradicional, subsidiaria resolución contractual en la parte referida al derivado financiero con condena de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y buena fe,

subsidiaria condonación de parte de la deuda pendiente de pago correspondiente a la modalidad multidivisa en aplicación de la cláusula "*rebus sic standibus*" al apreciar la falta de legitimación activa "*ad causam*", legitimación activa incompleta alegada por la demandada ya que el préstamo hipotecario cuya nulidad parcial, total o resolución se insta fue suscrito por la aquí actora Sra. con el entonces su marido D. . Frente a la misma se alza la recurrente interesando la revocación al entender indebida la apreciación de la excepción de legitimación activa incompleta y en consecuencia procedencia de la acción ejercitada en la demanda. El Banco Popular se opone al recurso de apelación interesando, exclusivamente, la desestimación y confirmación de la sentencia de primera grado.

SEGUNDO.- Sin desconocer que como dice el TS en sentencia de 20 de julio de 2014, y cita la juzgadora "*a quo*": "*que en los pleitos sobre vencimiento, vicisitudes y extinción de los contratos han de figurar "todas las personas que en tales contratos actuaron como partes o sus respectivos causahabientes"*, por lo que en este proceso, atendiendo a la pretensión formulada, ese efecto al margen del otro sujeto que fue parte del contrato. Debiendo de ser la consecuencia procesal de lo expuesto la que ya se establecía en la sentencia del tribunal supremo de 10 de noviembre de 1992, según la cual "*...esta figura doctrinal del litisconsorcio activo necesario que, desde luego, no está prevista por la ley y que no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, imperado en su acogimiento incluso de oficio por el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. En efecto, como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro u otros, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre objeto demandado no puede ejercerse sino en forma conjunta y mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa (legitimatio ad causam) que como tal carencia de un presupuesto preliminar a la consideración del*

fondo, pero basado en razones jurídico-materiales, debe conducir a una sentencia desestimatoria", resultando todos los razonamientos expuestos aplicables en el caso que nos ocupa, debiendo por todo ello estimarse la excepción de falta de legitimación activa incompleta esgrimida por la parte demandada, sin entrar a conocer por tanto del fondo de las pretensiones planteadas por la actora, y dictarse en este sentido Sentencia desestimatoria de la demanda."; y que como así señala el T.S en Sentencia de 29 de enero de 2009: " cierta la doctrina de esta Sala, citada por la parte recurrente, en cuanto a la figura del litisconsorcio activo necesario que, como señala la Sentencia de fecha 12 de febrero de 2008, supone el principio de que nadie puede ser obligado a litigar, ni aislada ni conjuntamente con otros, a menos que la disponibilidad del demandante sobre la cosa reclamada no pueda ejercitarse sino en forma conjunta y mancomunada con otro, lo que se traduciría sólo en falta de legitimación activa " ad causam ". STS de 3 de noviembre de 2005 " reitarada doctrina de esta Sala rechaza que, en rigor, sea necesario un litisconsorcio activo, ya que nadie puede ser obligado a demandar, de suerte que la denominada falta de litisconsorcio activo necesario es en realidad un defecto de legitimación activa " ad causam " o una legitimación incompleta de la misma naturaleza (SSTs 11-5-00; 5-12-00; 11 de abril 2003)."; la legitimación " ad causam " SSTs. de 28 de febrero de 2002 y 30 de mayo de 2006, consiste en una posición o condición objetiva con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La S.TS. de 31 de marzo de 1997, a la que sigue la de 28 de diciembre de 2001, hace especial hincapié en la relevancia de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa y pasiva) y el objeto jurídico pretendido.

La S.T.S 11 de abril de 2003 menciona como la jurisprudencia rechaza que, en rigor, sea necesario un litisconsorcio activo, ya que nadie puede ser obligado a demandar, de suerte que la denominada falta de litisconsorcio activo necesario es en realidad un defecto de legitimación activa " ad causam " o una legitimación incompleta de la misma naturaleza (SSTS 11-5-00 y 5-12-00).

Del examen del suplico de la demanda se advierte que la pretensión principal, y las subsidiarias formuladas, tienen su razón de ser en la petición de nulidad del mecanismo multidivisa previsto en la escritura de préstamo hipotecario y de la cláusula suelo, solicitando la nulidad del título integrando el contrato con el resto de cláusulas si bien sin referencia alguna al mecanismo en divisas, distintas al euro, de forma que se mantenga el préstamo si bien en la moneda divisa en euros. En definitiva, no se trata de anular, extinguir o resolver el contrato sino de lograr como solución su conversión a la moneda euro, sin cláusula multidivisa y cláusula suelo también denunciada; y dicha nulidad parcial del título referida a dicho mecanismo (y también la cláusula suelo) deviene por la vulneración de las normas imperativas de la Ley de Consumidores y Usuarios, Ley de Condiciones Generales de Contratación, Ley de Mercado de Valores y como consecuencia de dichas infracciones provocar el error en el consentimiento de los contratantes.

Aún cuando en el recurso se sustenta sobre la base de infracción de lo dispuesto en materia de comunidad de bienes - art. 392 y ss CC - y sociedad de gananciales - art. 1385 CC - al entender que la demandante y su ex-marido son partícipes de una comunidad de bienes y existe también una comunidad post ganancial, al pertenecer la titularidad de la vivienda gravada con la hipoteca de autos a ambos en pro indiviso, beneficiándose los intereses comunes en caso de ser estimada la nulidad parcial del título, entendemos que resultando tanto la actora como su ex-cónyuge son deudores solidarios

del préstamo, dicha solidaridad, con independencia de que la titularidad de la vivienda grabada con la hipoteca les pertenezca pro indiviso a ambos, es la que impide pueda estimarse la excepción acogida en la instancia. Pues conforme disponen los arts. 1137 y ss C.Civil cualquiera de los deudores podrá ejercitar las acciones en relación al contrato de préstamo que sean perjudiciales en beneficio de todos los prestatarios; conforme resulta del art. 1143 C.Civil en relación con el art. 1141 C.Civil. Y ello con absoluta independencia, como dice la apelada, de la titularidad que ostentan sobre la vivienda gravada, lo cual carece de trascendencia, pues la cuestión discutida versa sobre el contrato de préstamo con pacto multidivisa.

De lo precedente podemos concluir y deducir la legitimación de la Sra. para el ejercicio de acciones que redunden en beneficio de ambos titulares del préstamo hipotecario (ella y su ex-marido Sr.) puesto que además, suscribieron el préstamo de 13 de abril de 2007 con carácter solidario y por tanto, conforme al art. 1143 del Código Civil, cualquiera de los deudores podrá ejercitar la acción que persigue la nulidad de la cláusula del contrato que resulta perjudicial a todos los prestatarios.

El motivo se acoge.

TERCERO.- La problemática a efectos de centrar el debate, que se nos plantea es la relativa a los llamadas " hipotecas multidivisa " en cuanto la petición de la actora tiene su razón de ser en el mecanismo multidivisa contenida en la escritura de préstamo hipotecario de 13 de abril de 2007 en cuya virtud se entregó a los prestatarios la suma de 30.824,400 yenes JPY por su contra valor en euros, quedando el préstamo formalizado inicialmente en 190.000 euros, concretamente en la cláusula financiera 1, apartado 3, " cláusula multidivisa " cuyo tenor literal es el que sigue: " La prestataria podrá, con un mínimo de 3 días hábiles de antelación al vencimiento de cada cuota de amortización, solicitar la sustitución de la divisa por otra de las

cotizadas en España, incluida el euro, valorándose a estos efectos la divisa que se sustituya al cambio del vendedor, y la que se introduce a cambio del comprador. La sustitución deberá afectar al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar utilizado y reflejado en una sola divisa.

El tipo de cambio comprador y vendedor aplicado a cada uno de los cambios de divisa deberán ser los publicados por el Banco el día en que se solicite el cambio de la divisa, salvo que las partes acordaran la aplicación de un cambio distinto, todo ello de conformidad con lo establecido en la presente Cláusula. La efectividad del cambio de divisa no se producirá hasta 2 días hábiles posteriores a la fecha de la solicitud.

A tal efecto, se harán los oportunos traspasos y el Banco reflejará el préstamo en la clase de divisa o, según el caso, en euros, que haya determinado la prestataria, quedando los diferentes saldos amparados, a todos los efectos, por lo pactado en el presente contrato y por la garantía hipotecaria que conlleva.

La prestataria comunicará al Banco, antes de las 12 horas del día en que finaliza el plazo para solicitar el cambio de la divisa en cada periodo de amortización, mediante telex o telegrama, o cualquier otro medio escrito del que quede constancia de su recepción, la clase de divisa por la que, en su caso, opta. A estos efectos, las solicitudes recibidas en día inhábil, o con posterioridad a las 13:15 horas de un día hábil, se tendrán por recibidas el día hábil inmediatamente posterior. Si no comunicara la variación de la moneda se entiende que opta por mantener la elegida para el periodo anterior.

Las solicitudes de cambio de divisa que se realicen dentro los tres últimos días hábiles anteriores al vencimiento de una cuota, se harán efectivas en las mismas condiciones que si hubieran sido recibidas el día hábil siguiente al vencimiento de dicha cuota.

En el día en que se haga efectivo el cambio de divisa, el Banco practicará una liquidación extraordinaria de

intereses que abarcará el period comprendido entre la fecha de vencimiento de la cuota de amortización inmediatamente anterior a la solicitud de cambio efectuada y el día hábil anterior al que se haya hecho efectivo el cambio de la divisa. Del mismo modo, el pago de la siguiente cuota de amortización ordinaria, una vez hecho efecto el cambio de la divisa, se llevará a cabo en la fecha establecida en la Cláusula 2.1.b), si bien, el período de cálculo de esta cuota estará comprendido etre la fecha en que el cambio de la divisa se ha efectuado, y la fecha en que se produzca el pago de esta cuota ordinaria.

La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio. Por tanto, la parte prestataria reconoce que este prñestamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a Banco Popular Español, S.A de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la moneda que, según el caso sea contratada puedaser superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso, de manera que el contravalor en euros del cpaital pendiente de amortizar fuera superior en un 10% al importe de la responsabilidad hipotecaria que por principal corresponde, la prestataria deberá realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso. En caso de que dicha amortización extraordinaria no se lleva a cabo en el plazo de dos meses contados desde la fecha en que el exceso se produzca, el Banco estará facultado para llevar a cabo la sustitución de la divisa contratada por euros.

La sustitución de la divisa utilizada implicará, en todo caso, la modificación del tipo básico de referencia aplicable, en los términos establecidos en el apartado 3.4 de la presente cláusula.

Para la determinación del contravalor a euros del saldo pendiente en cada momento se tendrá en cuenta el cambio

vendedor de la divisa de que se trate publicado diariamente por el Banco.

El cambio de divisa realizado a solicitud de la parte prestataria devengará la comisión que se especifica en la Cláusula 4.5 del presente contrato. "

Conviene destacar en cuanto a la naturaleza jurídica y características del pacto cuya anulación se pretende en cuanto al pacto multidivisa del " préstamo hipotecario multidivisa " que si bien fue abordado por la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, Ponente D. Rafael Sarazá Jimena concluyendo en el Fundamento de Derecho Séptimo en los términos que siguen:

" Lo que se ha venido a 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 aplicará 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.

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 de 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 multidivisas " se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahor 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.

En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de credito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso.

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 del 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 " debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores an conscientes de los riesgos ue 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 de 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 artículos 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen. "; en la reciente Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, directamente vinculante y aplicable dada la supremacía de la normativa comunitaria, se concluye de forma total y frontalmente opuesta a lo dicho por el T.S en los términos que siguen en los apartados 53,55,56,57,67,72 y 75:

" El artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad ", **toda vez que como se señala en los apartados:** " 53.- En el presente asunto, se plantea la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los

importes de un préstamo y de sus reembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de " servicios o de actividades de inversión " en el sentido del artículo , apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39; 55.- Pues bien, debe señalarse que, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A; 56.- En efecto, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la nacional (moneda de pago); 57.- Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo un inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa; 67.- Pues bien, las operaciones de cambio controvertidas en el litigio principal no están vinculadas a un servicio de inversión, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39, sino a una operación que no constituye en sí misma un instrumento financiero, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 17, de esta Directiva; 72.- Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste y 75.- De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional

remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad e crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está semotida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39.

Por todo ello hemos de concluir que lo que se ha venido en llamar coloquialmente " hipoteca multidivisa " no es, un instrumento financiero derivado ni constituye un servicio o actividad de inversión, y en dicha medida no le es de aplicación la normativa propia de los instrumentos financieros derivados y por esto el ámbito de la Ley del Mercado de Valores, al no contener el " préstamo multidivisa" un instrumento derivado financiero implícito en cuanto a las operaciones o actividades de cambio en cuanto tales operaciones de cambio que se limitan a la conversión de la divisa a la moneda nacional (moneda de cambio) no tienen otra función que servir de modalidad de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, esto es una modalidad indisociable de la ejecución del contrato de préstamo.

CUARTO.- Ahora bien sentada la naturaleza del producto contratado con arreglo a la jurisprudencia emanada por el TJUE hemos de destacar que aún cuando corresponde a la actora la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, por su parte corresponda a Banco Popular acreditar que dio a los prestatarios información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación de la " hipoteca multidivisa " en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado.

En este sentido la S.T.S de 24 de marzo de 2015 recogiendo la doctrina sentada por las SSTs de 8 de septiembre de 2014, 9 de mayo de 2013 y 18 de junio de 2012 establece lo siguiente:

" 1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, es es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada " cláusula suelo ", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre.

3.- El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que " la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del 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".

La sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las " contraprestaciones ", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios del art. 10.1 en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, declara, y la

de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, " conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del " error propio " o " error vicio ", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la " carga económica " que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en las presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, " la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de

un cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato."

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación - en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (" la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible "), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

4.- La sentencia núm .241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia " documental " verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/2011, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer " de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones de coste".

5.- La STJUE de 30 de abril de 2014, citada en el asunto C-23/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que " la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de ésta en un plano formal y gramatical " (párrafo 71), que esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva (párrafo 72) que del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo

de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (párrafo 73 9, y concluir en el fallo que " el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 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 se aclara 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".

Pues bien en nuestro caso de un análisis e interpretación del propio clausulado en que viene regulada la cláusula multidivisa e incontrovertido que se trata de una cláusula redactada por la entidad financiera sin intervención de los prestatarios y que éstos tienen la condición de consumidores con arreglo a la normativa de consumidores y usuarios actual, Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre y la anterior regulación Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no podemos concluir ni que su redacción fuese clara ni comprensible a fin de que los consumidores pudiesen conocer con sencillez tanto la carga económica como jurídica que suponía el mecanismo multidivisa; y ello, tanto desde el punto de vista gramatical o de redacción como de los riesgos concretos asociados a su concreto y determinado funcionamiento, máxime dada las condiciones que concurren en el concreto y presente supuesto,

en el que ningún conocimiento de la propia mecánica y operativa del mecanismo resulta tuvieren la prestataria D^a.

de profesión delineante y D.

de profesión chapista-mecánico, quienes no consta hubiesen contratado además con anterioridad al préstamo concertado en abril de 2007 otro de características análogas en cuanto al mecanismo multidivisa.

Sin desconocer que la cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato y cumple una función definitoria del mismo y la referencia que se hace en el mismo al tipo de divisa o moneda concreta elegida - Yen japonés - (JYP) es clara y sencilla y se ubica dentro de la cláusula primera reguladora del capital del préstamo, con tratamiento autónomo y diferenciado en el apartado 1.3 la extensión de la misma es de dos páginas.

Y si bien se explica con sencillez el mecanismo de cambio o de sustitución de la divisa elegida, la forma en que pueden hacerlo los prestatarios en cualquier momento durante la duración del contrato, reflejando a tal efecto el Banco la liquidación correspondiente al cambio de la divisa que se sustituya al cambio vendedor y la que se introduce al cambio comprador (incluido el Euro), la cláusula es ambigua y contradictoria inclusive en el párrafo 7º en tanto dice que: "*...La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio.*" mientras que en el párrafo primero se dice: "*...La sustitución deberá afectar al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar utilizado y reflejado en un sola divisa.*"

La oscuridad, ambigüedad y contradicción de la redacción señalada en el párrafo primero y respecto de la propia cláusula multidivisa resultan evidentes, en tanto de un lado parece que la sustitución de la divisa no supondrá en ningún

caso la elevación del importe del préstamo, pero por otro lado la afectación a los saldos pendientes de cambio parece indicar justamente lo contrario. Seguidamente el propio párrafo 7º in fine establece que la prestataria reconoce que el préstamo está formalizado en divisas asumiendo explícitamente los riesgos de cambio exonerando al Banco de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo incluido la posibilidad de que el contravalor en la divisa escogida pueda ser superior al límite pactado. El equívoco se patentiza también a continuación cuando tras el último inciso de la cláusula de exoneración se sigue diciendo que "*Si se produjera dicho exceso, de manera que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar fuera superior en un 10% al importe de la responsabilidad hipotecaria que por principal corresponde, la pretataria deberá realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso*". A qué límite se refiere, es el importe del préstamo original o no lo es. De la redacción confusa o poco clara no se advierte a priori la respuesta a dichas cuestiones, si bien de la cláusula en cuestión, de una extensión aproximada de unas dos páginas, resulta que el prestatario no tiene límite alguno, esto es el único límite es el de la obligación garantizada por la hipoteca; esto es la garantía hipotecaria la que tiene límite respecto al préstamo en euros, pero no lo tiene las consideradas cláusulas de la evolución de las divisas en el importe del capital objeto del préstamo.

QUINTO.- Como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2012 y posteriores, en consideración a las denominadas permutas financieras, serán las concretas circunstancias que concurren en cada caso, tanto subjetivas de los contratantes como las objetivas, las que determinarán si en el momento de la perfección del negocio concierne error en el consumidor (en nuestro caso) contratante.

En nuestro caso y en atención a las concretas circunstancias concurrentes no es posible concluir que los prestatarios-

consumidores dispusieran de información clara, precisa, detallada y completa para comprender el real alcance de la relación del mecanismo de divisa y la correlación con los riesgos concretos asociados a la fluctuación de la divisa escogida en cuanto a las consecuencias económicas de dicha elección.

Y ello a fin de poder evaluar el consumidor (la actora y otro prestatario) las consecuencias económicas totales derivadas del funcionamiento de dicho mecanismo a su cago de modo comprensible, cabal, adecuado y con criterios precisos y comprensibles.

No se trata en puridad de falta de información en cuanto al funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa escogida por otra, ni tampoco de la propia elección de la moneda, ni de la fluctuación, en cuanto la divisa escogida por los prestatarios como inherente al funcionamiento de la modalidad multidivisa. La cuestión estriba en determinar si los contratantes-consumidores tuvieron completo, cabal y suficiente conocimiento de las consecuencias económicas que les competían en la relación entre dicho mecanismo de la elección de la divisa y las otras cláusulas relativas a la entrega/devolución del préstamo. Eso es si los contratantes tuvieron completo conocimiento, basado en criterios detallados y comprensibles, sobre las consecuencias económicas que derivan de la elección de la divisa extranjera, especialmente en cuanto a la relación del cambio de la divisa sobre el capital pendiente de amortizar del préstamo. Y sin que a ello se oponga la remisión por la entidad bancaria de extractos periódicos de la liquidación del préstamo ni tampoco el hecho de que los prestatarios hubiesen abonado las cuotas desde la suscripción desde el otorgamiento en el año 2007 hasta los impagos que se suceden a partir de año 2013. Se trata de determinar si cuando los prstatarios contrataron el producto financiero conocían, de modo comprensible y completo, el real alcance de los riesgos asociados a la fluctuación de la divisa en la paridad

YEN/EURIBOR en toda su extensión. No evidentemente de la fluctuación inherente al tipo de cambio entre la divisa escogida y el Euro propio del mecanismo multidivisa, esto es las fluctuaciones lógicas que pueden experimentar los tipos de cambio de las distintas divisas; sino si al tiempo de celebrar el contrato tuvieron la oportunidad real de conocer los riesgos inherentes al mecanismo multidivisa, y muy especialmente el riesgo de tipo de cambio y la posibilidad de sufrir una variación al alza del principal en caso de depreciación del Euro respecto del Yen, o apreciación YEN/EURO para el supuesto de que hiciese uso de la facultad conferida en la propia cláusula de cambio de divisa.

Los prestatarios carecían de conocimientos específicos en cuanto al propio mecanismo multidivisa. Aun cuando el testigo que depuso en las actuaciones Sr. Juan , director de la sucursal en la fecha de contratación del préstamo y actualmente empleado de B. Popular de otra sucursal dado el cierre de la oficina primera, afirma que los clientes le fueron remitidos por un comercial quien les explicó el funcionamiento del mecanismo inclusive con simulaciones y ejemplos de los riesgos inherentes al tipo de interés escogido (LIBOR/EURIBOR) y del riesgo de la fluctuación de la moneda escogida, yenes japoneses/Euro, información que asimismo explicó él en propia persona, ninguna simulación ni ejemplos en cuanto a la información y las consecuencias derivadas del riesgo de fluctuación de la moneda y la paridad Yenes/Euros consta documentada y justificada. No pudiendo tan solo dicha declaración, dada la relación de dependencia justificar " per se" a falta de constatación objetiva la existencia de aquella información. Máxime cuando la apelada renunció al acto de interrogatorio de la actora.

Con anterioridad a la firma de la escritura no hay en autos prueba de la entrega de documentación informativa y explicativa del producto y más en concreto de los riesgos inherentes al cambio de fluctuación de la moneda, esto es de la paridad entre el Euro y la divisa contratada (JPY) en

cuanto a la carga económica y jurídica que asumían los prestatarios y en especial en cuanto a la repercusión del principal pendiente de amortizar. De la contestación al requerimiento efectuado a Banco Popular incorporado a los folios 676 y ss resulta: a) que no existe documento alguno que reflejase a la fecha de suscripción del préstamo multidivisa la evolución de la paridad EURO/YEN ni tampoco de los tipos LIBOR/EURIBOR; b) no existe tampoco copia de la oferta vinculante entregada al cliente, aun cuando no existía obligación legal de acuerdo con la O. Ministerial de 5 de mayo de 1994 derogada por la de 28 de octubre de 2011 sobre transparencia de las condiciones financieras del préstamo hipotecario al resultar la cuantía de aquel superior a 25 millones de pesetas (150.253,02), 190.000 euros. Las declaraciones del directo de la sucursal como testigo no permiten concluir que la información que se dice ofrecida se ajustara a la parámetros exigibles. Pues más allá de su obvia e interesada declaración ningún otro medio asevera aquellas afirmaciones en cuanto a las simulaciones facilitadas a los clientes, recordemos consumidores y usuarios, en cuanto al impacto que tendría una revalorización o una depreciación de la divisa escogida (Yenes japoneses) frente al Euro. Aún cuando es lo cierto que en la propia escritura el Notario autorizante hizo constar que a él le fue exhibido la oferta vinculante (no incorporada a la escritura) y que admitió que no existían discrepancias con las cláusulas financieras del préstamo, habiendo estado a disposición de los prestatarios durante los tres días hábiles anteriores a la fecha del otorgamiento, ni dicha constancia suple el deber de información previa que corresponde a la entidad financiera ni ello en modo alguno implica que se ofreciera a los clientes - consumidores - información completa, adecuada, comprensible a fin de poder conocer, antes de la firma, los concretos riesgos derivados del funcionamiento de dicha elección de la modalidad multidivisa, en cuanto al mecanismo propio de funcionamiento derivado de la fluctuación en su repercusión económica-jurídica. La simple intervención notarial, como dice la S.T.S 8 de septiembre de 2014 no garantiza la

comprensibilidad real ni el control y cumplimiento de ese deber especial y esencial de facilitar la información, clara, completa, adecuada en cuanto al funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa y muy especialmente la relación entre dicho mecanismo y el detallado por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo.

SEXTO.- Como ha dicho el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2012, Ponente Excmo. Sr. Fernandez Gabriel y ha reiterado en reciente sentencia de octubre de 2013:

" I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil (LEG 1889, 27) que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo , entre otras muchas-, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil - . Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreto o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le

presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del

ignorante o equivocado, negado protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida."

Resulta al efecto también muy ilustrativa la última sentencia dictada por el Tribunal Supremo en la materia de fecha enero de 2014: " el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto derivado financiero evidencian una representación mental equivocada por parte del cliente y ese error debe ser calificado de esencial, relevante y excusable pues ello entraña un conocimiento sesgado, parcial e incompleto sobre el verdadero objeto contractual y la entidad financiera estaba obligada a suministrarle de forma comprensible y adecuada dicha información y de modo completo y sobre los concretos riesgos asociados al producto."

En definitiva, el déficit de información ofrecida por la demandada a los prestatarios resulta palmaria y evidente en nuestro caso. Por ello, incumplió Banco Popular la obligación de comportarse con diligencia y transparencia para con sus clientes en cuanto a los concretos riesgos asociados a la elección de la divisa escogida más en concreto en cuanto a las concretas consecuencias derivadas del funcionamiento y riesgos derivados del tipo de cambio de la operación en la determinación del principal adeudado y las posibles modificaciones en cuanto a su cuantía a fin de que esos consumidores pudieran evaluar con criterios claros, precisos, detallados y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Partiendo de todo ello, procede concluir la procedencia de la nulidad parcial del préstamo hipotecario de autos, nulidad parcial que conlleva que, aún sin la parte afectada el contrato pueda subsistir siempre que los contenidos afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para

afirmar que aún sigan concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. Concurriendo tales condiciones, el negocio puede por tanto subsistir como se deduce de la doctrina plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que entendió que la nulidad de las cláusulas suelo en el caso analizadas no había de comportar la de los contratos en los que se insertaban, por no imposibilitar " su subsistencia "- y el TJUE de 30 de abril de 2014 -en relación, precisamente, aun préstamo hipotecario multidivisa - (en el mismo sentido, SSTs de 12 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015).

Sin duda la aquí debatida cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato. Más no formando parte inescindible de su objeto y causa, no cabe concluir sin embargo que nos encontremos ante una condición esencial toda vez que con los precisos ajustes (como prestamo en euros y referenciado al euribor), el negocio puede subsistir; posibilidad que significativamente prevía la propia escritura. No hay motivo, por tanto, para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial.

En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula multidivisa y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la hipoteca si bien referenciada en Euros, resultante de disminuir al importe prestado 190.000 euros las cantidades amortizadas en concepto de principal e intereses también en su conversión a Euros, tomando como tipo de referencia los fijados en la propia escritura.

SEPTIMO.- Por último, deberá declararse también la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo prevista para las disposiciones en euros e inserta en la cláusula financiera Tercera relativa a los Intereses, Punto 3.2 que

dice: " Variación del Tipo de Interés Inicial.- A partir del 13 de abril de 2008, el tipo de interés anual aplicable a las liquidaciones que se produzcan se determinará mediante la adición de un margen o diferencial de 0,75 puntos porcentuales al tipo de interés de referencia, siendo el tipo de interés mínimo aplicable para las disposiciones en euros del 3,25 % anual. " Y ello en aplicación de la doctrina reiterada de nuestro más Alto Tribunal a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 en cuanto establece: " En cuanto a la cláusula suelo cabe señalar que: la imposibilidad de un control de contenido por razón del equilibrio prestacional del eventual carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, entre ellas, las que regulan los intereses remuneratorios como lo son las llamadas cláusulas suelo, debiendo señalarse que, en todo caso, esta limitación no impide otras modalidades de control.

Es posible efectuar también un control de inclusión que se desenvuelve en el marco de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y que tiene por objeto, conforme resulta del art. 7 de esta norma, impedir la incorporación al contrato de aquellas condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del mismo, o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5 del mismo texto legal, así como de todas aquellas condiciones consideradas objetivamente abusivas según lo dispuesto en el art. 8 de la propia Ley 7/1.998.

Y, por último, cabe llevar a cabo un control de transparencia que es el que atiende a comprobar si, con independencia de los posibles vicios en la formación del consentimiento, las condiciones generales de un contrato, más allá del cumplimiento de los requisitos formales de claridad y sencillez exigidos tanto por el artículo 80 del TRLGDCU como por el artículo 5 de la LCGC, permiten al consumidor conocer fácilmente la carga económica que representa el contrato,

esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener.

Esta modalidad de control fue ampliamente desarrollada por el TS en su sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, sentando doctrina que ha sido ratificada por las SSTs de 16 de julio de 2014 y 24 de marzo de 2015, y asimismo es refrendada por la doctrina recogida en las SSTJUE de 30 de abril de 2014 (apartados 71 a 73) y de 26 de febrero de 2015 (apartado 74).

Así, el TS, en la primera de las resoluciones citadas viene a establecer una doctrina, posteriormente confirmada y matizada por la STS de 8 de septiembre de 2014, de la que cabe extraer los siguientes criterios:

1.- Las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato, en cuanto describen y definen dicho objeto, por afectar en particular al interés remuneratorio (precio). Las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y definen el objeto principal del contrato (FJ 189)

2.-El hecho de que se refieran a tal objeto principal del contrato en el que van insertadas no es óbice para que una previsión contractual pueda ser calificada como condición general de la contratación.

A este respecto, en el fundamento jurídico 165 de esta resolución, se establecen las siguientes conclusiones: "a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.

b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario”.

3.-Dichas cláusulas, aun siendo relativas al objeto principal del contrato, pueden resultar abusivas desde un criterio de transparencia. El control de transparencia no se limita ni agota con el cumplimiento de los requisitos previstos en la normativa administrativa de transparencia bancaria ni tampoco al cumplimiento de los requisitos de incorporación, puesto que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos con consumidores, incluye el control real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

4.-El control de transparencia constituye, en los términos de la repetida resolución (vid. FFJJ 210 y 211), un “parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”. De este modo, se indica que “la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para

impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

5.- La propia STS de 9 de mayo de 2013 enumera una serie de factores que deben tomarse en cuenta para valorar el carácter abusivo de una cláusula suelo por razón de un defecto de transparencia. Son los siguientes (FFJJ 225 y 296):

“a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad”.

Por otra parte conviene apuntar que el Auto dictado por el TS en fecha 3 de junio de 2013, en aclaración de la STS de 9 de mayo de 2013, precisó que los anteriores parámetros no conforman una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente

para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo. Para cumplir con la obligación de transparencia en los términos expuestos, lo decisivo es que se garantice el perfecto conocimiento por el consumidor de la cláusula suelo y de su trascendencia y relevancia en la ejecución del contrato; por ello, no existen medios tasados para obtener el resultado que no es otro que se garantice que el contrato se celebra con un consumidor perfectamente informado. El resultado pretendido es susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios y no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real.

6.-Como consecuencia natural de las anteriores consideraciones el TS establece que las cláusulas suelo debe considerarse lícitas si hubieran podido ser conocidas por el consumidor, es decir, si éste pudiera cabalmente comprender su funcionamiento en la dinámica contractual y, en particular, su incidencia en la determinación del precio. "

Puesto que trasladando dicha doctrina al caso que nos ocupa no se justifica por el Banco haya cumplido las exigencias informativas para con su clientes - consumidores - la actora y el otro prestatario en los términos señalados por el Tribunal Supremo. Debiendo así subsistir el contrato de préstamo hipotecario sin la estipulación referida a la cláusula multidivisa en lo relativo a la indexación en la divisa - yen japonés - y si la cláusula suelo prevista para las disposiciones en euros; operando por ello como un préstamo en Euros, referenciado al EURIBOR sin límite de variación a la baja.

OCTAVA.- La estimación de la petición principal hace innecesario en el examen de las otras peticiones formuladas con carácter subsidiario. Y en consecuencia al estimarse el recurso de apelación se revoca la sentencia de instancia. En cuanto a las costas de la instancia no se hace expresa

declaración dada la complejidad jurídica del caso sometido a enjuiciamiento vista la jurisprudencia emanada por el Tribunal Supremo en sentencia del Pleno de 30-06-2015 y la recientísima sentencia del TJUE de 3-12-2015, sin que proceda tampoco hacer expresa declaración de las causadas en la presente alzada - art. 398.2 LEC -.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

LA SALA ACUERDA: Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por _____ contra la Sentencia dictada en fecha 9 de abril de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona en los autos de procedimiento ordinario núm. 934/2013 de los que el presente rollo dimana, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS íntegramente la misma** y en consecuencia estimando la petición principal contenida en la demanda interpuesta por _____ contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, SA declaramos la nulidad parcial de la escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 13 de abril de 2007 en cuanto a los contenidos relativos a la opción multidivisa y la cláusula suelo, y de manera que la cantidad adeudada sea el saldo vivo de la hipoteca referenciado a Euros, y resultante de la disminución del importe prestado 190.000 euros de las cantidades amortizadas en concepto de principal e intereses también convertidos a Euros, de manera que el préstamo quede referenciado a Euros y el tipo de interés al EURIBOR sin efectos del límite a la baja contenido en la cláusula 3.2 de Intereses, y todo ello sin hacer

expresa declaración de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

Contra esta Sentencia cabe interponer Recurso de Casación para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a interponer en el plazo de veinte días si se dieran los requisitos legales oportunos.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.