

Juzgado Primera Instancia 5 Mollet del Vallés

Anselm Clave, 2
Mollet del Vallés Barcelona

TEL.: 935796427 FAX: 935791242 NUM. CUENTA BANCARIA
DEL JUZGADO IBAN ES 2724 0000

N.I.G.: 08124 - 42 - 1 - 2016 - 8198589

Procedimiento Procedimiento ordinario 591/2016 **Sección AT**

OBJETO DEL JUICIO Civil

Parte demandante
Procurador MONTSERRAT BERINGUES SORRIBES
Parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
Procurador

SENTENCIA 142/2017

En Mollet del Vallés, a 15 de noviembre de 2017;

Vistos por mí, D. Juan Díaz Villar, juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N ° 5 de Mollet del Vallés, las presentes actuaciones correspondientes a Juicio Ordinario número 591-2016 (Seco. AT), promovido por
, representados por D. ^a Montserrat Beringues Sorribas, Procuradora de los Tribunales, y defendida técnicamente por D. ^a Magdalena Rico Palao, en ejercicio de acción de nulidad contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representado por y con la asistencia letrada de .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales D. a Montserrat Beringues Sorribas en nombre y representación de
se presentó, ante este Juzgado, el día 19 de marzo de 2014, demanda en ejercicio de una acción de nulidad y reclamación de cantidad contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

Tras la alegación, en apoyo de sus pretensiones, de los hechos y fundamentos jurídicos que consideró de aplicación al caso, terminó suplicando al Juzgado que se estimara la demanda y se condenara a los demandados al contenido fijado en el suplico de la misma.

SEGUNDO.- Por Decreto, se admitió a trámite la demanda, ordenando dar traslado de la misma a la parte demandada.

Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma al demandado para que compareciesen y contestasen a la demanda en el plazo de veinte días. El demandado presentó escrito de contestación, alegando los hechos y los fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando al Juzgado que se desestimara la demanda, con imposición de costas a la actora.

TERCERO.- Tras tener por personado y parte a la demandada, se citó a las partes a audiencia previa que tuvo lugar el día 22 de noviembre de 2016, en la que las partes manifestaron que subsistía el litigio, que no había posibilidad de acuerdo, y que no se impugnaban los documentos aportados por una y otra.

Se fijaron los hechos sobre los que había discrepancia, se propuso prueba, consistente en testifical del empleado de la entidad demandada que tuviera conocimiento de los hechos, siendo citadas las partes al acto de la vista para el día fecha vista.

CUARTO.- El día señalado tuvo lugar la vista, se practicó la prueba propuesta con el resultado que es de ver en el medio de soporte audiovisual. Posteriormente, se practicó mediante diligencia final la declaración testifical solicitada, quedando los autos vistos para dictar sentencia tras formular los letrados de las partes sus respectivas conclusiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO — DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES.

La parte actora ejercita acción de nulidad de condición general de la contratación (Cláusula Multidivisa) incluida en los **contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscritos en fecha 30 de julio de 2007** con la hoy demandada, y solicita:

a.- Con carácter principal la declaración de nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria en todos los contenidos referentes a la opción multidivisa por la existencia de cláusulas esenciales del préstamo de carácter abusivo o por error en el consentimiento.

b.- Se establezca, como consecuencia, la obligación de retomarse las partes las prestaciones mutuas manteniéndose el préstamo hipotecario en el resto de cláusulas no declaradas nulas, con el principal que se fija para cada préstamo, más los intereses ordinarios fijados en el Euribor +1'25 [...] y se condene a la demandada a devolver las comisiones cobradas por la aplicación de la cláusula.

c.- Se condene a la demandada al pago de las costas procesales.

Los hechos que sirven de base para esta pretensión se refieren, en síntesis, a la defectuosa información facilitada a los actores sobre el funcionamiento y los riesgos de la cláusula multidivisa y, en particular, sobre el efecto que el cambio de divisa supone sobre el capital pendiente, porque tanto la primera disposición (entrega del capital) como los cambios de divisa posteriores determinan no sólo la especie o divisa de pago, sino también la determinación de un nuevo principal cuyo contravalor en euros puede llegar a ser muy superior a la cantidad prestada; sobre las previsiones de la relación entre las monedas (paridad euro-yen); sobre las previsiones de bajada del Euribor.

La parte demandante también ejercita la acción de nulidad de la cláusula suelo incluida en los préstamos hipotecario. Alega la parte demandante que se trata de un clausulado no negociado individualmente, que los actores nunca fueron informados del significado y características de la cláusula suelo, ni se les plantearon escenarios de simulación de las posibles consecuencias de su aplicación. Por estos motivos y aquellos otros que, con un carácter genérico y específico, se indican en la demanda, solicita que se declare la nulidad de la cláusula, con los efectos derivados de esa declaración, y se condene en costas al demandando. Solicita la actora que se condene a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., a la devolución de las cantidades cobradas en exceso.

Por su parte, la entidad demandada discute tanto los hechos como los fundamentos jurídicos que le sirven de soporte. Sobre los hechos, la defensa de la entidad bancaria alega que los demandantes recibieron un préstamo con pleno conocimiento de los riesgos asociados al tipo de cambio y que la firma del contrato obedeció a las favorables previsiones existentes en 2007 sobre el cambio euro/yen y la evolución del Euribor y del LIBOR. Afirma que fueron los actores quienes asumieron la iniciativa contractual de solicitar esta modalidad concreta de hipoteca multidivisa. La

demandada disiente de la consideración de la hipoteca multidivisa como un producto híbrido o complejo. Y, sobre la información de la que disponían los demandantes, la demandada alega que el personal que les atendió les ofreció una información completa sobre las características, ventajas e inconvenientes del préstamo, que quedaron también reflejadas en la escritura notarial. Ya en el terreno jurídico, la defensa de la entidad bancaria señala que las cláusulas han sido redactadas con claridad, sencillez y concreción. La anulabilidad basada en vicios del consentimiento tampoco puede prosperar, a su juicio, porque no concurren los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para la apreciación del dolo omisivo y/o del error en el consentimiento.

En cuanto a la cláusula suelo, sostiene que ha de aplicarse la excepción de cosa juzgada. En la audiencia previa no se mantuvo esta excepción. Sin embargo, se fijaron como hechos controvertidos la consideración de la cláusula suelo como condición general de la contratación, la superación del doble control de transparencia y la entrega de oferta vinculante.

SEGUNDO. SOBRE LA CLÁUSULA MULTIDIVISA

a.- Naturaleza, características y riesgos de la hipoteca multidivisa.

Las hipotecas multidivisa han sido objeto de diversas resoluciones judiciales en los últimos años. El esquema básico de funcionamiento de este producto responde a la conjunción entre un préstamo con garantía hipotecaria al modo convencional y una particular forma de determinar la moneda en la que se entrega el capital y en la que deben abonarse las cuotas periódicas de amortización, que, en términos muy generales, puede realizarse en distintas divisas, a elección del prestatario, aunque en ocasiones se requiere el consentimiento de la entidad bancaria. Se supone que, en términos muy simples, la ventaja de este tipo de préstamos está en utilizar como referencia una moneda depreciada respecto del euro si los tipos de interés del país de esa moneda son más bajos que los del euro, así como en la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro.

En la reseña de la jurisprudencia existente sobre las hipotecas multidivisa, mención especial merece la STJUE de 30 de abril de 2014 en el asunto C-26/13, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Mida (Tribunal Supremo) de Hungría, relacionada con un contrato identificado como "préstamo hipotecario denominado en divisas, garantizado mediante hipoteca» firmado entre un consumidor y una entidad bancaria (Jelzálogbank), cuya operativa guarda una sustancial semejanza con este caso. Conforme a la cláusula 1/1 de dicho contrato,

Jelzálogbank concedió a los prestatarios un préstamo por importe de 14.400.000 forintos húngaros. En el préstamo se había estipulado que "la determinación en divisas de la cuantía del préstamo se realizará al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera -francos suizos- aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo". Así, el préstamo se representó en 94.240,84 francos suizos (CHF). Los prestatarios debían devolver esa suma en veinticinco años, mediante cuotas mensuales, pero según la cláusula 11112, el prestamista fijaría "el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa [extranjera] aplicada por el banco el día anterior al del vencimiento", de modo que se sometía el importe de las cuotas al riesgo de fluctuación.

La naturaleza, el modo de funcionamiento y los riesgos que implica la hipoteca multidivisa que aquí se enjuicia entrañan una considerable complejidad para clientes minoristas sin una adecuada formación, sin relación con los mercados financieros y con ingresos y gastos exclusivamente en euros. Obviamente, su funcionamiento y sus riesgos pueden llegar a entenderse con una adecuada explicación y si la forma en la que se pacta recoge de forma clara y transparente los derechos y obligaciones de las partes y todas las variables que resultan de interés en la carga jurídica y económica del contrato de préstamo y en la afectación que ello supone para la garantía hipotecaria, pero no es una tarea que pueda calificarse de sencilla.

El considerable nivel de complejidad que tiene este préstamo hipotecario multidivisa se debe a que para entender su funcionamiento y sus ventajas es necesario conocer la operativa de referencias como el LIBOR, sobre las que un ciudadano medio carece de información, así como de los factores que intervienen en las variaciones de los tipos de cambio en el mercado de divisas, factores que por su diversidad, ajenidad y especialidad no están al alcance de la información generalmente accesible para un consumidor y cliente minorista. A ello habría que añadir que un ciudadano con el perfil de los demandantes sólo podría entender el funcionamiento y los riesgos de lo que contrata si recibe la información adecuada sobre lo que significa realmente el riesgo de cambio de las monedas. Ciertamente, los efectos de ese riesgo son tan sutiles que pueden pasar desapercibidos para un consumidor medio sin especial información, pese al impacto económico que luego supondrán durante la vida del contrato.

En el presente caso, es evidente el carácter no negociado de las cláusulas que regulan la aplicación de la opción multidivisa. Se trata de un clausulado general redactado unilateralmente por la entidad bancaria. En todo caso, correspondía a la entidad bancaria la carga de probar que estas concretas cláusulas fueron objeto de negociación individual, por lo que, no existiendo prueba alguna en este sentido, debe concluirse que nos hallamos ante cláusulas predispuestas y que se cumple el primero de los requisitos precisos para entrar el control de abusividad.

b) Normativa aplicable al contrato de multidivisa.

Una de las cuestiones jurídicas controvertidas es si una hipoteca multidivisa como la que vincula a las partes está o no sometida a la normativa MiFID. En pura teoría, un préstamo multidivisa puede atender a distintas configuraciones económicas y a distintas modalidades de asunción y reparto del riesgo de fluctuación de las monedas. En el préstamo multidivisa al que se refiere la demanda, el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en moneda extranjera no se limita realmente a ser una simple representación inicial del capital prestado, sino que ha actuado como factor de recálculo permanente del contravalor en euros del montante del capital debido en moneda extranjera, lo que provoca una pérdida total de referencias entre el activo (la vivienda hipotecada y la capacidad de pago del prestatario, valorados en euros) y el pasivo que lo financia, valorado en esa moneda extranjera, no sólo en una representación Inicial, sino a lo largo de toda la vida del préstamo.

Los derivados financieros son contratos en los que la cuantificación de la obligación de una de las partes depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente. El activo subyacente puede ser diverso, y entre los más típicos están las divisas. Para clarificar la calificación jurídica del contrato, se expondrán a continuación las definiciones al uso de los productos de inversión que se negocian en los mercados de valores (productos financieros), contenidas en la información pública ofrecida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores:

1.- Una primera aproximación a este tipo de productos exige distinguir entre productos simples y productos estructurados, que se diferencian no tanto por su mayor o menor complejidad -entendida como dificultad de entendimiento-, como por su composición: un producto simple es un producto único, mientras que un producto estructurado combina varios productos simples.

2.- Los productos simples se clasifican en fondos de inversión, productos de renta fija pública, productos de renta fija privada, acciones, participaciones preferentes y productos derivados, llamados así por tratarse de productos financieros cuyo valor se basa en el precio de otro activo (acciones, oro, materias primas, divisas, tipos de interés,..) denominado activo subyacente, a su vez, los productos derivados pueden ser adoptar distintas modalidades, ya típicas (futuros, opciones, warrants, certificados y CFD (contratos por diferencias), ya atípicas. Pero básicamente, un derivado es una contratación a plazo en la que se establecen todos los detalles en el momento del acuerdo, mientras que el intercambio efectivo se produce en un momento futuro. Y, dice la CNMV: son productos sujetos al efecto apalancamiento, ya que la inversión inicial necesaria es reducida en comparación con la exposición al

subyacente que se obtiene, por lo que los resultados pueden multiplicarse, tanto en sentido positivo como negativo, en relación con el efectivo desembolsado. Por lo tanto, son productos de riesgo elevado.

Las *Normas Internacionales de Contabilidad (NIC)* adoptadas por la Unión Europea contienen la definición de este tipo de derivado implícito en la NIC 39, que lo define como el *componente de un instrumento financiero híbrido (combinado) que también incluye un contrato principal no derivado, cuyo efecto es que algunos de los flujos de efectivo del instrumento combinado varían de forma similar al derivado, considerado de forma independiente*. Sigue diciendo la NIC 39; un derivado implícito provoca que algunos, o todos, los flujos de efectivo de un contrato se modifiquen, de acuerdo con un determinado tipo de interés, el precio de un instrumento financiero, el precio de una materia prima cotizada, un tipo de cambio, un índice de precios o de tipos de interés, una calificación o índice de carácter crediticio, o en función de otra variable, suponiendo que, en caso de que se trate de una variable no financiera, no sea específica para una de las partes del contrato.

De lo expuesto hasta ahora se deduce que el contrato que nos ocupa incluye para la determinación de una parte de la contraprestación a la que debe hacer frente el prestatario un **verdadero derivado financiero** lo que conllevaría la aplicación de la LMV, esto es, de la normativa MIFID, porque el artículo 2 de esta norma establece que quedan incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los *"contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo"*,

Es cierto que el artículo 19 quáter LMV, en coherencia con el artículo 19,9 de la Directiva MiFID, establece que las reglas esenciales de esa normativa MiFID no serán de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

La *STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11)*, es clave en la solución de este extremo. Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid, sobre las dudas que suscitaba la interpretación del artículo 4, apartado 1 y del artículo 19, apartados 4, 5 y 9, de la Directiva MiFID a las permutas financieras. Debe precisarse, en este punto, que el artículo 19.9 de la Directiva, aunque similar al artículo 79. quáter LMV, tiene un tenor literal diferente: *"en caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de*

un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo"

En definitiva, resultarán de aplicación al contrato, además de las normas aplicables a los préstamos hipotecarios (Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, Orden de 5 de mayo de 1994 y Ley 36/2003, los artículos 19 y siguientes de la LMV y el RD 217/2008, de 15 de febrero.

Por otra parte, en cuanto a la **vigencia temporal de la normativa MIFID**, la parte demandada alega que la misma entró en vigor con posterioridad a la suscripción del contrato objeto del presente procedimiento. Sin embargo, ha de tenerse presente que la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha 30 abril de 2004, debía ser incorporada al Derecho nacional de los Estados miembros en los 24 meses siguientes a su entrada en vigor, esto es, no más tarde del 30 de abril de 2006. En el caso de España, fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, es decir, con más de un año de retraso. Por lo tanto, el Estado español incumplió sus obligaciones en cuanto a la incorporación del derecho comunitario a su ordenamiento interno. Como consecuencia de este incumplimiento, y durante el periodo comprendido entre el 30 de abril de 2006 y el 19 de diciembre de 2007, los particulares pueden entender aplicable la MIFID tanto en su efecto vertical en sus conflictos con el Estado como en su efecto horizontal en sus conflictos con otros particulares, al no haber sido transpuesta por el Estado español en el plazo fijado. Ello es debido al efecto directo que debe atribuirse las directivas comunitarias, que con carácter general carecen de aplicabilidad directa al ser normas de necesaria ejecución por parte de los Estados miembros, siempre que haya transcurrido el plazo de trasposición y que la norma atribuya derechos de forma clara y precisa.

Además, hay que tener presente que existía una prolija normativa que fijaba la obligación de la Entidad de informar de forma clara, concreta y comprensible acerca de las características y riesgos del producto financiero contratado. Por lo tanto, tal y como establece la STS de 10 de septiembre de 2014, en el apartado cuarto del Fundamento de Derecho Tercero: *"la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz,*

completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico."

c).- Deber de información de la entidad bancaria.

Uno de los principales hechos controvertidos en este procedimiento se refiere a la información proporcionada por la demandada sobre el producto contratado, en una doble vertiente: cuál era la información exigible y cuál la facilitada. La información exigible será analizada en este fundamento jurídico, mientras que la información facilitada se estudiará, junto con la valoración de las pruebas practicadas, en el fundamento jurídico siguiente, en el que se analizarán las pruebas practicadas sobre tal información, su suficiencia, exactitud y corrección.

La información que la entidad bancaria debe facilitar en este tipo de contratos está sometida a una regulación exhaustiva que ha sido analizada en muchas de las sentencias dictadas sobre productos financieros. La ya citada STS de 20 de enero de 2014 señala que ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros, Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto. La infracción de esta normativa sectorial, reguladora de los deberes de información y de transparencia, no produce directamente ningún efecto sobre los elementos del contrato, pero marca un listón mínimo en la actuación de las entidades bancarias, superado el cual habrá de concluirse en la existencia de indicios de una adecuada formación del consentimiento; y por debajo de él habrá que estar a lo que resulte de las pruebas, a la aplicación de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, y al carácter imperativo, en su caso, de las normas incumplidas (artículo 6.3 CC).

Como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, la carga de probar que la información facilitada fue la exigible según las normas aplicables y las características del caso concreto corresponde a la entidad bancaria demandada, por los principios de disponibilidad y facilidad de la prueba y por la dificultad que tendría para la parte demandante la prueba de un hecho negativo. En todo caso, no conviene perder de vista que el carácter sinalagmático del contrato no impide, como ha destacado

también la jurisprudencia, que deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual, de acuerdo con la norma general del artículo 7 del Código Civil,

La normativa sectorial regula con detalle las obligaciones de información que debe cumplir la entidad financiera para con sus clientes minoristas, destacando las siguientes previsiones legales:

1.- Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Su artículo **48.2** establece las obligaciones básicas de las entidades de crédito para la protección de los legítimos intereses de su clientela, que se traducen en: obligación de asegurar el contrato reflejara de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos y las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios; su obligación de incluir en la publicidad de las hipotecas multidivisa todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones. La obligación de facilitar la información realmente necesaria sobre la hipoteca multidivisa con antelación razonable para permitir a los demandantes conocer sus características esenciales y sus riesgos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera.

2.- La Orden de 5 de mayo de 1994, vigente a la fecha de la escritura, que tenía por finalidad primordial, según su exposición de motivos, garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos y pretende asimismo facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. Desde 2007 la Orden resulta de aplicación, por mandato de la Ley 26/1988, a todos los préstamos hipotecarios que recaigan sobre viviendas, aunque su cuantía sea superior a los 150253,03.-euros fijados en su artículo primero, y supone para las entidades de crédito dos obligaciones básicas: la entrega del folleto informativo con un contenido mínimo, regulada en el artículo 3: 1, y la entrega de la oferta vinculante, regulada en el artículo 5.

Las normas específicas sobre préstamos en divisas de la citada Orden son las siguientes:

3.- La Ley 36/2003, de 11 de noviembre de medidas de reforma económica cuyo artículo 19 regula, como antes lo había hecho el RDL 2/2003, los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, en los

siguientes términos: 1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original, 2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés.

4.- La Le del Mercado de Valores fue modificada or la Le 47/2007 ara incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/ CE, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La introducción de la distinción entre clientes profesionales y minoristas ha servido para extremar las obligaciones de información en las operaciones realizadas con éstos últimos, en los términos regulados en el artículo 79 bis, que regula exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los clientes potenciales. Son deberes básicos de la entidad bancaria los de diligencia y transparencia -artículo 79 LMV- y específicos los métodos para cumplir con la obligación de información -artículo 79 bis LMV-, que se traducen en un conjunto de derechos exigibles por el cliente

Con posterioridad a la reforma de la LMV, el ya mencionado Real Decreto 217/2.008, de 15 de febrero sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión ha reforzado los mismos principios inspiradores de la citada reforma.

Son especialmente significativas las obligaciones de información que prevén los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis.

Otra cuestión es la información exigible desde la perspectiva de la normativa de protección de consumidores y usuarios. El Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, es también de aplicación a este supuesto, ya que la parte demandante es persona física que ha actuado en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. El artículo **60**, sobre la información previa al contrato, establece que *"antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo"*.

Su artículo **80** establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen *cláusulas no negociadas individualmente*, éstas deberán cumplir los siguientes requisitos: A) *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.* B) *Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.* Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Tienen la consideración de **cláusulas abusivas** las definidas en el artículo **82** y, en todo caso, las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. También tienen la consideración de cláusulas abusivas (artículo **89**), las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

La transcripción de estos dos preceptos evidencia que el control judicial de abusividad por el contenido queda excluido en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, siempre y cuando estén redactadas de forma clara y transparente. La idea básica que justifica esta exención del control de contenido es el necesario respecto a la libertad de precios en el marco de una economía de mercado (artículo 38 de la CE), que debe conjugarse con la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces sus legítimos intereses económicos. Debe citarse, en este punto, la *STJUE dictada el 30 de abril de 2014 en el asunto C-26/13*, a la que se ya se ha hecho referencia. Antes incluso de esta sentencia del TJUE, la jurisprudencia del TS ya habla evolucionado hacia la ampliación de la tutela judicial en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato por dos vías:

El denominado *control de incorporación o inclusión*, que en principio tiene su proyección natural en los contratos en los que existan condiciones generales de la contratación, supone de aplicar, en primer lugar, el filtro negativo del artículo **7 de la LCGC**: *no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato.* Salvado ese primer filtro, es necesario superar otra criba, ahora positiva, prevista en este caso en los artículos **5.5 y 7** de la misma

Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. El mismo razonamiento, aplicado ya a los contratos con consumidores; incluyan o no condiciones generales, nos conduce al artículo **80** del Texto Refundido, que regula los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente en los términos antes transcritos. El primero de los filtros mencionados consiste, pues, en acreditar que el adherente o consumidor no tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. El TS, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, considera suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la "oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas" para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido. En el caso que nos ocupa, la cláusula multidivisa contenida en el contrato de préstamo hipotecario supera en principio este primer control.

El segundo de los filtros, aplicado a los contratos con consumidores, se integra ya en el *control de transparencia*. Las aportaciones del Tribunal Supremo sobre el control de transparencia se traducen en las siguientes afirmaciones, contenidas todas ellas en la *STS de 9 de mayo de 2013*:

1.- Puede entenderse aplicable a cualquier cláusula predispuesta y no negociada, aunque no sea una condición general de la contratación.

2.- El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligarla a ninguna de las partes. Es decir, no hay consentimiento sin previo conocimiento, lo que enlaza con las explicaciones ya ofrecidas sobre el control de inclusión o incorporación y con el doble filtro de la transparencia en los contratos con consumidores, que es equivalente al filtro de incorporación más el de transparencia en los de contratos con adherentes no consumidores.

3.- La transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos suscritos con consumidores incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

4.- Es muy importante el apartado 211 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 "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 cláusulas abusivas. Es preciso que la información suministrada supere el *control de comprensibilidad real* de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. La superación de este control implica:

- a). Que debe permitir al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato.
- b). Que debe identificarse con claridad que esa cláusula incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago.
- o). Que el consumidor debe tener un conocimiento real y "razonablemente completo" de cómo esa concreta cláusula juega o puede jugar en la economía del contrato.
- d). Que ese tipo de cláusulas no pueden estar "enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro".
- e) Que debe garantizarse que la información que obtiene el consumidor le ofrezca la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

5.- Si la cláusula en cuestión no supera el control de transparencia, ello determina la nulidad de la condición general o cláusula predispuesta y en la medida que afecte al consentimiento, objeto o a la causa del contrato (elementos esenciales, según el artículo 1261 del Código Civil -CC-), la posible nulidad del contrato, según los casos, con la necesidad de restitución de todo lo que las partes hubiesen entregado en consideración al mismo (artículo 1303 CC).

Desde la perspectiva de la Ley del Mercado de Valores, cuando el cliente además de clasificarse como minorista no tiene formación ni experiencia en este tipo de productos financieros complejos, es necesario extremar la claridad en las explicaciones ofrecidas e incrementar el control sobre el grado de comprensión del contenido del contrato y de sus riesgos. Esta afirmación es especialmente aplicable a los supuestos en que es el banco quien asume la iniciativa de promover la contratación del producto. Es antes de llevarse a cabo la contratación cuando se debe ilustrar al cliente sobre las características del producto y en el contenido de la explicación precontractual es esencial que la información aclare todas las circunstancias relativas al funcionamiento y a los riesgos de la hipoteca multidivisa.

El día 20 de septiembre de 2017, el TJUE dictó una importante Sentencia, en la que la Sala Segunda declaró lo siguiente:

1) *El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula*

contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato. Por consiguiente, esta cláusula no puede considerarse abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible.

2) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto.

3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias de litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición.

d.- De la información suministrada en el caso concreto

En relación con la valoración de las pruebas practicadas en el acto del juicio, consistentes en tener por reproducida la prueba documental aportada por las partes con sus escritos, el interrogatorio de los demandantes y la declaración testifical de , empleado (en ese momento) de la entidad bancaria

demandada que intervino en la contratación objeto del presente procedimiento, debe partirse de la consideración de que es carga de la prueba de la parte demandada acreditar que la información facilitada a los demandantes fue suficiente y eficaz, tal y como sostiene la contestación a la demanda.

Los demandantes coincidieron en manifestar que *"Cambiamos de entidad y unidad de préstamo porque necesitábamos dinero para reformar el piso, irnos a vivir, casarnos, comprarnos un coche y necesitamos dinero extra. Entramos a preguntar al banco y el Sr. Alejandro nos atendió, nos preguntó si teníamos hipoteca y nos dijo que tenía nuevo producto muy ventajoso y novedoso y que nos ofrecía un 1%. No teníamos conocimiento del préstamo multidivisa. Nosotros no sabíamos que era en yenes, en ningún momento se nos habló de los yenes. No nos informaron de ningún riesgo ni de nada"*. Del mismo modo, manifestaron que no se hicieron simulaciones, no se les entregó la oferta vinculante, ni se les puso a su disposición un folleto informativo.

El _____, manifestó que intervino en la operación, pero reconoció que no recordaba detalles concretos, sino que se había limitado a revisar la documentación.

El testigo reconoció la complejidad del producto contratado y declaró que *"se contrataba a ciertos colectivos que conocían esas operaciones y había condiciones financieras favorables"*.

Al testigo se le preguntó acerca de la información suministrada (sobre el riesgo de cambio, la entrega de oferta vinculante o folleto informativo, práctica de simulaciones, etc.), pero manifestó que no recordaba y que solo podía responder conforme a la documentación aportada por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., en la que no figura ninguna de estas cuestiones,

A la hora de conjugar la información analizada anteriormente y la influencia en el control de transparencia, es imprescindible traer a colación la Sentencia del TJUE antes citada. [Sentencia de **20 de septiembre de 2017, el TJUE**]

45 Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo a/que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslemé

Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 50).

46 Esta cuestión debe ser -examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75).

47 Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 66).

49 [...] las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A— Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).

Tal y como está redactada la escritura, de la que la parte demandada se limita a transcribir en su escrito de demanda ciertas partes, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo (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). Todo ello, pese a incluir la mención multidivisa y el funcionamiento en yenes.

1.- No existe ninguna prueba que acredite que el cliente solicitara de forma expresa una hipoteca multidivisa. Por la entidad bancaria no se ha aportado prueba alguna de lo alegado en su escrito de contestación, esto es, que los demandantes acudieron a la entidad con la decisión inequívoca de firmar un producto de tales

características y que antes de contactar con el banco estaban al tanto de las implicaciones de contratar un préstamo multdivisa porque había acudido asesorados por un tercero

La parte demandada, que sostiene que la iniciativa contractual fue de los demandantes, cuestionó al testigo si sabía si en la compañía existe algún tipo de persona que recomendase a los empleados. El testigo declaró que *"sí, había una persona que traía clientes para ofrecerlos estos productos"*. Sin embargo, hay que tener presente que el hecho de que un tercero (con una aparente relación con la entidad) ofrezca de manera verbal el producto a sus compañeros de trabajo no implica que los consumidores tengan un conocimiento (si quiera aproximado) del producto que contratan ni que, por este solo hecho, la entidad bancaria quede eximida de la obligación de informar acerca de las características y riesgos de la cláusula multdivisa.

BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. sostiene que este es un criterio fundamental para la jurisprudencia. Sin embargo, siendo cierta la existencia de resoluciones que dan una relevancia clara a la iniciativa, hay que distinguir aquellos supuestos en que el consumidor acude a la entidad conociendo las características del préstamo (por su formación y nivel de conocimientos financieros) y decide suscribir este producto, de aquellos en que el consumidor ha "escuchado" hablar de este producto y acude a la entidad bancario, sin tener un conocimiento real del producto y sus implicaciones.

En cualquier caso, aun cuando la iniciativa proviniera del cliente, minorista y no experto en materia financiera, ello no presupone su conocimiento real del mismo ni exime de ningún modo a la entidad bancaria a través de sus empleados del cumplimiento estricto de sus deberes de información con la amplitud examinada en el fundamento anterior.

2.- La información precontractual es inexistente. No consta oferta vinculante. Y tampoco se ha aportado el expediente del préstamo, la evaluación de la solvencia de los demandantes, los informes del departamento de riesgos ni ningún otro documento. Tampoco se acredita que la entidad bancaria cumpliera, además, su obligación de ofrecer un instrumento de cobertura, conforme al artículo 19 de la Ley 36/2003 y de incluir la propuesta en la oferta vinculante.

No existe documentación precontractual que incluya simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés LIBOR, del Euribor o del tipo de cambio euro/moneda extranjera en el momento de contratar, Tampoco existe documentación precontractual que contenga información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. Por lo tanto se ha de concluir que la

escritura no cumple (siempre en referencia a los contenidos multidivisa) los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez legalmente exigibles.

Aunque los demandantes pudieron percibir que se trataba de contenidos que definían el objeto principal del contrato y que podían incidir en el contenido de su obligación de pago, no pudieron tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo esos contenidos podían jugar en la economía del contrato. Y no se garantizó que la información obtenida por los demandantes, en su condición de consumidores, les ofreciera la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

3.- La información que el banco recabó de los demandantes fue muy escasa. No indagó en su perfil, ni en su formación, ni su experiencia en productos de riesgo ni en su conocimiento y/o experiencia del mercado de divisas, aunque sólo fuera por una aplicación elemental del artículo 48 de la Ley 26/1988 y por la necesidad de fijar el umbral adecuado de la información que los demandantes necesitaban para entender los riesgos y el funcionamiento de la hipoteca multidivisa. Debió indagar para ello en su experiencia inversora, en su nivel de estudios, en la profesión actual o anteriores que resultaran relevantes, en su nivel general de formación y experiencia profesional y en su nivel general de conocimientos.

En relación con la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, es importante destacar que el contrato, afecta a la vivienda habitual de los demandantes. La entidad bancaria, que debió analizar la situación económica de los demandantes, tuvo que ser consciente de esa realidad.

4.- Sobre la información precontractual verbal, nada se ha acreditado por la demandada de que efectivamente, existiera, un proceso de información verbal que supliera las carencias de la información precontractual escrita, remitiéndome nuevamente a lo expuesto más arriba en el punto 1 y en lo manifestado por los demandantes y la testigo.

El desequilibrio apreciado perjudica al consumidor, por la precaria situación jurídica que ocupa en el contrato ante el riesgo de fluctuación de moneda y porque, como se expresa en la demanda y se constata con la documentación aportada de contrario, existe un perjuicio económico real que ha supuesto el incremento de las cuotas; la constatación de que, con un préstamo tradicional en euros, el principal pendiente de pago sería inferior a lo realmente debido con la aplicación de la cláusula multidivisa.

e) - Consecuencias jurídicas aplicables.

De todo lo expuesto hasta este momento deben deducirse las siguientes consecuencias jurídicas:

1.- Los contenidos de la escritura referidos a la opción multidivisa **no superan el control de transparencia y deben reputarse nulos al no superar el control de transparencia.**

No hay tampoco actos confirmatorios por abonar puntualmente las obligaciones que dimanen del contrato. No hay vicio de voluntad que pudiera ser confirmado, sino cláusula que merece la consideración de abusiva por las razones expuestas y que por ello ha de extrañarse del contrato. Del mismo modo, el hecho de que las partes novaran el préstamo hipotecario no subsana la nulidad de la cláusula incluida en el préstamo anterior, más aún cuando no se informó debidamente en ninguno de ambos momentos.

De ahí que atendidas las previsiones del art. 8 LCCG, se considere nula la cláusula litigiosa, por no haber superado las exigencias de transparencia que se han indicado, y por ser abusiva, en perjuicio del consumidor, al no haberse negociado individualmente, por lo que la petición declarativa habrá de ser acogida.

Sobre las **consecuencias que debe tener la nulidad** apreciada, la STJUE de 14 de junio de 2012, entre otras muchas, ha declarado que la Directiva 93/13/CEE "se opone al artículo 83 que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Ello pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales, **Por ello hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor**".

Resulta de aplicación asimismo la doctrina expuesta por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la nulidad parcial de los contratos. Después de recordar que nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* [lo válido no es viciado por lo inválido], se indica en el apartado 265 que la jurisprudencia ha afirmado la

vigencia del favor negotiio en tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio. RC 911/2006; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009).

A la luz de la citada normativa y jurisprudencia, la inaplicación de los contenidos multidivisa es perfectamente posible en la práctica, porque el contrato suscrito permite entender que el préstamo lo fue por las cantidades fijadas en el escrito de demanda y en el certificado entregado en fecha 2 de octubre de 2017. Siendo posible en ejecución del contrato que las amortizaciones pudieran realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura conforme a lo explicado en esta resolución. Ahora bien, no es posible acudir a un tipo de interés de referencia distinto del LIBOR, salvo acuerdo de las partes. Sin embargo, en el presente caso, en las escrituras de préstamo, se observa claramente que, para el caso de que la divisa fuera en euros, el índice de referencia sería el **Euribor + 1'25 %**, por lo que resulta aplicable al presente supuesto.

La solución de la nulidad total del contrato sería además contraria a la finalidad de protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13/CEE y el TRLGDCU, ya que produciría un efecto mucho más perjudicial para los demandantes-consumidores que para la entidad bancaria demandada-profesional, al verse obligados a devolver es una sola vez la totalidad de un préstamo cuya devolución estaba programada en veintiocho años. El caso analizado por la STJUE de 30 de abril de 2014 asunto C-26/13 es, en este extremo, diferente al que aquí se enjuicia, porque el préstamo hipotecario no podía subsistir sin la cláusula de conversión de la divisa que se considera abusiva. Pero, incluso, en ese supuesto, el TJUE modula la interpretación del apartado 6.1 de la Directiva, que impide al juez nacional que constata la nulidad de una cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, para posibilitar la nulidad parcial que podía arbitrarse como solución mediante la aplicación de una disposición supletoria del derecho nacional.

Recuerda el **TJUE** que el artículo 6.1 de la Directiva impide al juez nacional que constata la nulidad de una cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, lo que se justifica; por el interés público que se anuda a la protección de los consumidores: por la obligación de los Estados miembros de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas; y porque si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas se pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, pues esa facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que,

pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen (...los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de dichos profesionales.- Apartado 79).

Ahora bien, ello no impide que el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional, que se presume no contiene cláusulas abusivas. Esa medida se justifica, en primer lugar, porque es acorde con la finalidad de la Directiva: reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (apartado 82). Y en segundo lugar, porque en el caso analizado por la sentencia, si se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de su capacidad económica) de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse, porque ese efecto penaliza al consumidor más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca (apartado 84).

SEGUNDO.- SOBRE LAS CLÁUSULAS SUELO

a) — de la condición general de la contratación.

De que la cláusula que limita el descenso del tipo de interés variable sea condición general depende que la controvertida pueda estar incluida en las previsiones del art. 8 de la LCGC, que remite a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, hoy refundida por el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU). Ha de recordarse que la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de octubre de 1.999, citada en la sentencia de la AP de Madrid de 2.002, con cita a su vez de numerosas sentencias del TS, indicaba que a quien afirme que una cláusula se ha negociado individualmente le corresponde la asunción plena de la carga de la prueba, doctrina recogida en el apartado segundo del art. 82.2 que dispone, siguiendo la mencionada Directiva, que *El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*. Esta inversión de la carga de la prueba deviene especialmente relevante en el presente caso en que la prueba se ha limitado a dar la documental por

reproducida, documental en que el Banco únicamente aporta mociones al pleno y recortes de prensa, ningún documento que indique negociación o información en el caso concreto.

La cuestión se resolvió, si bien se trataba de un procedimiento en que se ejercitaba una acción colectiva, por la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012. En dicha resolución se declara, en primer lugar (FJ 7º), que la cláusula generalmente conocida como "suelo", es decir, la limitación de un interés remuneratorio mínimo en contratos con interés variable, tiene la consideración de condición general en el sentido que dispone el art. 1 LCGC, Otro tanto mantiene la STS 8 septiembre 2014, rec. 1217/2013, FJ 2º, apartado 2, cuando expresa que *"la doctrina jurisprudencia! así expuesta, referida precisamente a la valoración seriada de la denominada cláusula suelo, resulta plenamente aplicable al presente caso. En este sentido, el planteamiento alegado por la parte aquí recurrida que, partiendo de la licitud de la cláusula suelo a tener de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, concluye que la tramitación administrativa prevista a tal efecto excluye el carácter no negociado (o impuesto) de dichas cláusulas al garantizar la plena información y la libre formación de la voluntad del prestatario, debe ser rechazado"*, a lo que añade que *".. Ja mera variación de los tipos mínimos, por si sola, no constituye un sólido indicio de que realmente dichas cláusulas fuesen objeto de negociación específica con los adherentes, extremo que debe probar el predisponente en el curso de la oferta comercial y de la configuración de la reglamentación predispuesta"*.

b) — del control de transparencia.

El TS distingue en los FJ 198 y siguientes, dos niveles en el control de transparencia: un primero, relativo a cómo se incorpora esa cláusula al contrato y si la misma, en sí misma considerada, es o no clara, control de oficio que tiene su encaje legal en el artículo 5.5 LCGC a cuyo tenor *"fija redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"* -, y Art. 7 LCGC *-7njo quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [..]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*

Tomando como punto de partida la jurisprudencia citada, sobre el control de transparencia, en el Fundamento anterior, procede manifestar lo siguiente, respecto a la inclusión de la cláusula suelo en el presente supuesto:

Lo cierto es que la redacción de la cláusula es clara pero en todas escrituras se hace referencia a la misma varias páginas después de la explicación del tipo de interés, dando prioridad al tipo sustitutivo y a las bonificaciones.

Por tanto la cláusula suelo se estima perfectamente comprensible pero su ubicación sistemática no es la correcta pues dista varias páginas del establecimiento del interés ordinario además de que, por la redacción dada a la cláusula, pudiera parecer que ha sido una elección de los prestatarios introducirla en el contrato, sin que la demandada haya probado siquiera mínimamente haber ofrecido otras alternativas. Por tanto, y atendiendo a la carga de la prueba, correspondía a la entidad bancaria demostrar que se había explicado a la actora con anterioridad a la firma. El hecho de que conste de forma clara en la escritura no exime del deber de la demandada de información anterior a la lectura notarial y ninguna prueba ha llevado a cabo sobre dichos extremos

El banco sostiene que la cláusula suelo fue negociada, pero no aporta ni folletos informativos, ni documento alguno que sostenga tal tesis.

Por tanto, aunque la redacción pueda ser clara y comprensible, si no se ha destacado con anterioridad a la firma, en la lectura notarial puede pasar desapercibida, por lo que a falta de prueba se concluye que el banco incumplió su deber de información pues no puede descargar tal obligación en el Notario ni mucho menos en el propio cliente por el hecho de que se tratara de una modalidad de contratación online

Por lo que hemos de concluir que la entidad reclamada se apartó de las buenas prácticas bancarias al no haber acreditado haber informado adecuadamente al prestatario, y con la necesaria antelación, sobre la inclusión de la cláusula limitativa a la variación del tipo de interés.

La única prueba de la información de la cláusula suelo es la escritura que da fe de que el Notario la leyó y, en consecuencia, debió conocerse por la demandante. Admitiendo que la fe pública supone que o bien el notario la leyó, o lo hizo el propio cliente, lo cierto es que, como ya se ha motivado, el deber de sobre información requerido a las entidades bancarias implica que se de en la contratación previa. Lo reitera la Sala en STS 464/2014 de 8 de septiembre al incidir en que "sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la

lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia".

E insiste en STS138/2015 de 24 de marzo (recurso de casación 1765/2013) "Por último, la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada".

c) — De la nulidad de la cláusula y sus efectos.

El art. 10.2 LCGC dispone que *"serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios"*. Dicha norma, en la actualidad art. 82 del RDL 1/2007, dispone que *"se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"*.

El principio de transparencia debe garantizar *"que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de la causa"* (STS 241/2013, FJ 213). El deber de transparencia impone al empresario la obligación de garantizar el conocimiento efectivo por un consumidor medio de las prestaciones principales del contrato así como las cláusulas que puedan frustrar las legítimas expectativas creadas en la fase de formación del contrato o por las circunstancias que rodean el contrato.

De ahí que atendidas las previsiones del art. 8 LCCG, se considere nula la cláusula litigiosa, por no haber superado las exigencias de transparencia que se han indicado, y por ser abusiva, en perjuicio del consumidor, al no haberse negociado individualmente, por lo que la petición declarativa habrá de ser acogida.

Dispone el art. 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dice el art. 10.1 LCGC que *"/a no*

incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia". La cláusula abusiva no impide que el contrato surta efecto, pues sólo evita que el tipo de interés variable opere como se pactó, es decir, con altibajos. En consecuencia ha de ser suprimida del contrato evitando que opere el límite señalado, propiciando que se aplique el interés variable realmente convenido y negociado.

El 21 de diciembre de 2016, el TJUE dictó sentencia (en los asuntos acumulados 0-154/15, C-307/15 y 0-308/15) en la que resuelve esta cuestión y termina concluyendo que: *El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.*

Por todo lo expuesto, se considera procedente **estimar íntegramente la acción** de nulidad y acordar, atendida la mala fe de la entidad bancaria, la obligación de restituir a las prestaciones derivadas de la nulidad sin que proceda excluir los efectos del artículo 1303 del Código Civil en atención a la supuesta buena fe de las entidades bancarias afectadas hasta la publicación de la STS 241/2013. La cuantía a devolver se determinará en ejecución de sentencia de conformidad con el artículo 219 LEC.

d). — De los intereses.

Habiéndose estimado la concurrencia de los requisitos para apreciar la abusividad de la cláusula de limitación del tipo de interés variable, habrá de condenarse a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. al pago de los intereses correspondientes a las cantidades indebidamente percibidas. Resultará de aplicación el interés legal previsto en los artículos 1100 y 1108 del Código Civil, que se computará desde la interpelación judicial hasta esta resolución.

Desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago se aplicará el interés legal incrementado en dos puntos, conforme al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO. COSTAS PROCESALES

De conformidad con lo establecido en el artículo 394,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho". Dada la estimación íntegra de las pretensiones del actor, procede condenar al demandado a las costas del presente procedimiento.

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

FALLO

Que **ESTIMANDO** la demanda formulada por la Procuradora de los Tribunales D. ^a Montserrat Beringues Sorribas, en nombre y representación de
, contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** debo:

1.- DECLARAR y DECLARO la NULIDAD PARCIAL del préstamo hipotecario suscrito por las partes en las escrituras públicas de **30 de julio de 2007**, 973,974 Y 975 autorizadas por D. Francisco Javier Aguirre de la Hoz, Notario de Barcelona, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa.

2.- DECLARAR y DECLARO que el **EFFECTO DE LA NULIDAD PARCIAL** conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de:

- 160.587'67 euros, respecto a la escritura con N ° de Protocolo 973
- 59.300'00 euros, respecto a la escritura con N ° de Protocolo 974
- 107.700'00 euros, respecto a la escritura con N ° de Protocolo 975

Las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (EURIBOR 1'25 %), conforme a lo explicado en esta resolución.

3. SE DECLARA la nulidad de la CLÁUSULA SUELO inserta en las escrituras de préstamo hipotecario número 973,974 Y 975 autorizadas por D. Francisco Javier Aguirre de la Hoz, Notario de Barcelona, el 30 de julio de 2007 conforme a las cuales: "No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 400 por cierto para disposiciones en euros".

SE CONDENAN a la entidad bancaria a la devolución de las cantidades cobradas en su aplicación, más los intereses legales.

4.-CONDENAR y CONDENO a la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

5.-CONDENO a la demandada al pago de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación para su conocimiento por la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.