



Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badalona

Calle Santa Barbara, 64 - Badalona - C.P.: 08911

TEL.: 933899300
FAX: 933899305
EMAIL: civil5.badalona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801542120158204154

Procedimiento ordinario 1117/2015 -Q-7

Materia: Juicio ordinario por cuantía

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Badalona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante:

Procurador/a: Alberto Asensio Malo, Alberto Asensio Malo
Abogado/a:

Parte demandada/ejecutada: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA.

Procurador/a: Carlos Montero Reiter
Abogado/a: Jesus Perez De La Cruz De Oña

SENTENCIA Nº 93/2016

Magistrada: Mireia Alarcón Ubierna

Lugar: Badalona

Fecha: 2 de mayo de 2016

MIREIA ALARCÓN UBIERNA, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Badalona, habiendo visto los autos de Juicio Ordinario número 1117/15, seguidos a instancia de representada por el Procurador Alberto Asensio, asistida del Letrado Francisco de Asís Roldán contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el Procurador Carlos Montero, asistido del Letrado Jesús Pérez, en el ejercicio de las Potestades que le atribuyen la Constitución y las Leyes de España dicta la presente resolución, que se basa en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La actora en fecha de 27 de octubre de 2015 interpuso demanda de Juicio Ordinario en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que entendía de aplicación, terminaba solicitando sentencia por la que 1º) Declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por Banco Popular Español SA y [REDACTED] en la escritura pública de fecha 7 de agosto de 2007 y de las novaciones suscritas por las partes en fecha 28 de enero de 2011 y 15 de marzo de 2013 (identificadas en esta demanda), en todos los contenidos relativos a





la opción multdivisa, por infracción por parte de la entidad bancaria de normas imperativas y prohibitivas, y por abusividad y por falta claridad y de transparencia, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que lo adeudado por el cliente al banco es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir al importe 'prestado (367.000'00 €) 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, entendiendo que el préstamo lo fue de 367.000'00 € Y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en las escrituras para el préstamo en euros .. Todo ello con la consecuencia obligada de condena a Banco Popular Español SA a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento. 2º) Subsidiariamente, para el caso de no estimarse las anteriores pretensiones, declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por Banco Popular Español SA y [REDACTED] en la escritura pública de fecha 7 de agosto de 2007 y de las novaciones suscritas por las partes en fecha 28 de enero de 2011 y 15 de marzo de 2013 (identificadas en esta demanda), en todos los contenidos relativos a la opción multdivisa, por vicio del consentimiento de los clientes, por error y/o por dolo, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que lo adeudado por el cliente al banco es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (367.000'00 €) 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, entendiendo que el préstamo lo fue de 367.000'00 € Y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en las escrituras para el préstamo en euros. Todo' ello con la consecuencia obligada de condena a Banco Popular Español SA a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento. 3º) Subsidiariamente, para el caso de no estimarse las anteriores pretensiones, con mantenimiento del préstamo suscrito, se declare el incumplimiento por parte de Banco Popular Español SA de sus obligaciones de buena fe, diligencia, transparencia e información veraz, en todo lo relativo a la cláusula de opción multdivisa, con la consiguiente condena a éste a indemnizar al prestatario de los daños y perjuicio sufridos, sobre la base de los criterios establecidos en el apartado décimo de los hechos de esta demanda. 4º) Subsidiariamente, para el caso de no estimarse las anteriores pretensiones, se declare la nulidad total del contrato de préstamo y de sus novaciones; declaración que ha de conllevar la restitución recíproca entre las partes de las contraprestaciones objeto del contrato de préstamo, como si se hubiese celebrado en euros, con la consecuencia obligada de condena a Banco Popular Español SA a estar y pasar por las declaraciones anteriores, a indemnizar al cliente de todos los gastos, comisiones e impuestos devengados con ocasión de las operaciones declaradas nulas, y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento. 5º) Consecuentemente a la estimación de la demanda (por cualquiera de los pedimentos anteriores), se condene expresamente en costas a la parte demandada.

Codi Segur de Verificació: PIL4BKITL.KJA6S7ZMS0E714CGW6THHX

Signat per Alarcón Ubierna, Mireia;

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

Data i hora 04/05/2016 12:31





SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a los demandados que se opusieron a la misma y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que entendía de aplicación, terminaba solicitando sentencia por la que se desestime la demanda con imposición de costas a la actora.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa al juicio prevista en el art. 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ambas se ratificaron en sus escritos de demanda y contestación. La parte actora propuso prueba documental y testifical admitidas. La demandada propuso documental, de interrogatorio y testifical admitida. La práctica de las pruebas se llevó a cabo con el resultado que obra en autos. Expuestas las conclusiones finales por las partes, se declaró el juicio visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte demandante ejercita acción de nulidad y subsidiaria de anulabilidad aduciendo que el 3 de agosto de 2006, aportada con la demanda, el actor adquiere por compra a la entidad "Osvert 5L", su vivienda familiar y plaza de aparcamiento, sitios en "la ciudad de Badalona, calle [REDACTED] por un precio total de 338.000'00 €, de los cuales 318.000'00 € correspondían a la vivienda y 20.000'00 € a la plaza de aparcamiento. Para pago de una parte importante del precio, contrata el mismo día, 3 de agosto de 2.006, préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda a favor de "Caixa d'Estalvís y Pensions de Barcelona", por un importe de 325.600'00 euros de capital y vencimiento al 31 de agosto de 2.046. Cuando los padres del actor venden su casa y traspasan su restaurante contaban con el dinero de tal venta y traspaso, unos 480.000'00 € aproximadamente, lo ingresan íntegramente en el Banco Popular y preguntan por una hipoteca para su hijo, que fuese más barata y con mejores condiciones que la que tenía con La Caixa, ya que ésta contenía una cláusula por la que, al finalizar el plazo tenía que hacer un último pago de 72.000'00 de golpe. La actora manifiesta que los empleados de la demandada le explican que disponen de una hipoteca en divisas en unas condiciones muy ventajosas porque el tipo de interés era muy bajo y se amortizaba mucho capital, por lo que el actor aceptó la propuesta y el 7 de agosto de 2.007, firmó la hipoteca multidivisa por 60.918.330 Yenes japoneses, por su contravalor en euros de 367.000'00 Euros.

La denominada "cláusula de opción multidivisa", indica que - Una vez que haya finalizado el periodo de carencia pactado en el apartado 2.1 de esta cláusula Primera, 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, incluido el euro, valorándose a estos efectos la divisa que se sustituya al cambio vendedor, y la que se introduce al cambio 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 aplicados por el Banco al día en que se solicite el cambio de 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 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 préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos del cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor de la moneda que, según el caso, sea contratada, pueda ser superior al límite pactado. 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 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 lleve 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

La parte actora también alega sus padres [REDACTED] como garantía suplementaria, tuvieron que firmar como garantía complementaria varias Pólizas de Pignoración de Derechos de Crédito Documentados en una Imposición a Plazo Fijo de la que eran titulares en Banco Popular: Adjunta como DOCUMENTO N° 5 a 8, Pólizas de Pignoración de IPF.

La actora manifiesta que transcurrido el primer año de vigencia de la hipoteca, las cuotas mensuales comienzan a ser inasumibles de 1.800'00 €, 1.900'00 €, 2.300'00 €, y pensando .que

Codi Segur de Verificació: PL4BKITLKAJA6S7ZMS0E714CGW6THHX

Signat per Alarcón Ubierna, Mireia;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Data i hora 04/05/2016 12:31





esta situación sería temporal solicitan algún préstamo personal y hacen disposiciones de la tarjeta de crédito con la que intentaban poner al día la cuenta y tras acudir al banco demandado, la solución que le propone el Banco es una novación modificativa: un periodo de carencia comprendido desde el 28-01-2011 hasta el 07-02-2013, durante el cual no se amortizará el principal del préstamo, practicándose únicamente liquidaciones mensuales por los intereses devengados. Para poder concederle estos dos años de carencia, sus padres hubieron de firmar otra garantía suplementaria por importe de 60.000'00 euros y su esposa Irina Nezvankina otra por otros 60.000'00 €. Adjunta como DOCUMENTO N° 9, copia de la escritura de Novación Modificativa de Préstamo Multidivisa con garantía hipotecaria otorgada el 28 de enero de 2.011

Transcurridos los dos años de carencia y dado que las cuotas siguen siendo inasumibles, la actora manifiesta que solicitan otra prórroga de dos años y Banco Popular les concede una nueva carencia pero exigiendo la domiciliación de la nómina de la esposa y aumentando el tipo de interés del préstamo hipotecario. El 15-03-2013, firman la escritura de novación modificativa del préstamo multidivisa con garantía hipotecaria, estableciendo un periodo de carencia, comprendido desde el 15-03-2013 hasta el 07-03-2015, durante el cual no se amortizará 'el principal del préstamo, practicándose únicamente liquidaciones mensuales por los intereses devengados (Adjunta la escritura como DOCUMENTO N° 10).

El actor manifiesta que en reiteradas ocasiones y de modo verbal, ha solicitado a Banco Popular la anulación de dicha cláusula de opción multidivisa, siendo la contestación negativa. La actora alega que la información precontractual se dio verbalmente por los empleados de Banco Popular en una reunión de pocos minutos y se limitó a las ventajas que ofrecía tomar como referencia un tipo de interés más bajo que el Euribor y que por esa razón se amortizaba más rápidamente el capital sin hace mención a los riesgos, ni tampoco se hizo ninguna simulación de un escenario adverso. En particular no se le facilitó al cliente ninguna información sobre la concreción real del riesgo de fluctuación de la moneda.

Manifiesta que no se entregó al cliente ningún folleto informativo ni consta la existencia de una previa oferta vinculante. Manifiesta que aunque la escritura hace alusión a los riesgos de cambio, no se explicitan cuales puede ser esos riesgos de fluctuación del cambio. Por todo ello la actora alega que existió un incumplimiento por parte de la entidad financiera de sus obligaciones de diligencia, transparencia e información al cliente acerca de la naturaleza, alcance y riesgos de la operación que le ofrecía; carencias que se aprecian en todo el proceso de contratación (pre-contractual, contractual y post-contractual) y que suponen una vulneración de normativa de protección a consumidores y usuarios y de la normativa bancaria y del mercado financiero y de las normas reguladoras de las condiciones generales de contratación. Alega que: 1) Que las cláusulas referidas a la opción multidivisa (tanto del préstamo como de sus novaciones) han de considerarse nulas de pleno derecho (nulidad radical), por infracción de normas imperativas. 2)





Que los contenidos de las escrituras de préstamo y de sus novaciones, referidos a la opción multdivisa no superan el control de transparencia y deben reputarse nulos por abusivos. 3) Que los contenidos de la escritura de préstamo y novaciones, referidos a la opción multdivisa han de considerarse nulos, por vicio en el consentimiento del cliente, por error esencial y excusable y por dolo en la actuación del Banco. 4) Subsidiariamente, se declare el incumplimiento de las obligaciones de diligencia, transparencia y buena fe de la entidad bancaria demandada en todo lo relativo a la cláusula de operación multdivisa, que integra un derivado financiero.

La demandada se ha opuesto a la demanda alegando que fue el propio actor quien acudió a la oficina solicitando la contratación de una hipoteca multdivisa, sobre la que le habían informado en su puesto de trabajo en el aeropuerto de El Prat. Alega que el préstamo multdivisa no es un derivado financiero de gran complejidad siendo entendible para una persona media el riesgo de fluctuación de las divisas, y que en este caso no ha existido un error sino la defraudación de las expectativas que tenía el actor como consecuencia de la apreciación del yen. Alegan que en el propio contrato se da la opción de convertir el préstamo a euros y el actor no hizo uso de esta opción. También alega que la cláusula es válida y no abusiva, que el contrato fue confirmado por actos posteriores de la actora al haber recibido los diferentes extractos e información fiscal en los que se refleja la fluctuación de la moneda, ejecutándose normalmente el contrato y solicitando carencias que se llevaron a cabo mediante novaciones modificativas. y que la acción de anulabilidad estaría caducada ya que desde el año 2008 pudieron tener conocimiento de incremento del contravalor en euros por la apreciación del yen. Alega que en el contrato se contiene una referencia clara a los riesgos de la operación y también se le informó verbalmente de ello, aportando un documento interno de la entidad al respecto.

SEGUNDO.- La sentencia de la AP de Barcelona sección 19ª, DE 19-1-16, se ha pronunciado en un caso similar al presente en los siguientes términos; " TERCERO.- La problemática a efectos de centrar el debate, que se nos plantea es la relativa a los llamadas " hipotecas multdivisa " en cuanto la petición de la actora tiene su razón de ser en el mecanismo multdivisa 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 multdivisa " 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.

Codi Segur de Verificació: PIL4BKITL.KJA6S7ZMS0E714CGW6THHX

Signat per Alarcón Ubierna, Mireia;

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

Data i hora 04/05/2016 12:31





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 periodo 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 periodo de cálculo de esta cuota estará comprendido entre 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 préstamo 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 pueda ser superior al límite pactado. 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 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 multdivisa del " préstamo hipotecario multdivisa " 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 multdivisa " 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 concertados 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

Codi Segur de Verificació: PIL4BKITL.KJA6S7ZMS0E714CGW6THHX

Signat per Alarcón Ubierna, Mireia;

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

Data i hora 04/05/2016 12:31





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 solopor 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 ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos.

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 crédito 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 que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho 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 recientísima 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,

Codi Segur de Verificació: PIL4BKITL.KJA6S7ZMS0E714CGW6THHX

Signat per Alarcón Ubierna, Mireia;

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

Data i hora 04/05/2016 12:31





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

Codi Segur de Verificació: PIL4BKITL.KJA6S7ZMS0E714CGW6THHX

Signat per Alarcón Ubierna, Mireia;

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

Data i hora 04/05/2016 12:31





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 sometida, 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, 9de 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 las 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 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."

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 del 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 multivisa, 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 multdivisa 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 prestataria 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 cargo 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 multdivisa. 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 prestatarios 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 multdivisa, 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 multdivisa, 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 multdivisa. 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 multdivisa 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 sufre 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 multdivisa, 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 comprensión 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

Codi Segur de Verificació: PIL4BKITL.KJA6S7ZMS0E714CGW6THHX

Signat per Alarcón Ubierna, Mireia;

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

Data i hora 04/05/2016 12:31





o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta 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 multdivisa - (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 multdivisa 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 multdivisa 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."

TERCERO.- Tal doctrina es aplicable al presente supuesto, en el que la cláusula impugnada es muy similar a la analizada por la AP de Barcelona, y dado que la acción ejercitada con carácter principal es la de nulidad en base a la abusividad y falta de transparencia de la cláusula, cabe trasladar aquí lo que dice la citada sentencia en cuanto a la oscuridad, ambigüedad y contradicción de la redacción respecto de la propia cláusula multdivisa, 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 se 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 prestataria deberá realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso ".creándose confusión en cuanto a qué límite se refiere, es el importe del préstamo original o no lo es.

En definitiva, la cláusula no supera el control de transparencia, sin que la demandada haya acreditado haber cumplido los deberes de información al consumidor solo por la advertencia genérica a los riesgos en la escritura, lo cual tampoco puede tenerse por acreditado por la mera aportación de un documento interno de la entidad al respecto junto con la contestación a la demanda. En definitiva, la demandada, no aporta suficiente justificación documental de haber informado correctamente al cliente, no siendo suficiente al respecto la testifical del empleado de la entidad, cuya credibilidad está afectada por su relación con la entidad bancaria y su implicación directa en los hechos. Por todo ello no se puede considerar probado que el banco informase correctamente del riesgo que contraerían la demandante al contratar la hipoteca multidivisa, en cuanto al que el cambio de la divisa podía suponer que las cuotas fueran incrementándose sustancialmente, y que la cantidad debida al banco podía igualmente aumentar de manera que ésta fuese cada vez mayor en su contravalor en euros. Incluso en el supuesto, negado por la actora, de que hubiese sido el cliente quien se dirigiera al banco a solicitar el préstamo hipotecario multidivisa, no exime al banco de su deber de informar del producto y sus riesgos.

En definitiva, no superando la cláusula impugnada el control de transparencia, procede declarar la nulidad de la misma, debiendo tenerse en cuenta que al tratarse de nulidad absoluta y no de anulabilidad, no son aplicables ni el plazo de caducidad de la acción de anulabilidad ni la confirmación del contrato opuesta por la actora conforme al art. 1311 CC, procediendo por tanto la desestimación de estas excepciones. La declaración de nulidad tendrá las consecuencias que se fijan en la sentencia de la AP de Barcelona antes citada en cuanto a la nulidad parcial del contrato solicitada por la actora declarando la nulidad de las cláusulas relativas a las divisas contenidas en la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos y, la declaración de que lo adeudado por el cliente al banco es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (367.000'00 €) 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 367.000'00 € y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en las escrituras para el préstamo en euros. Todo ello con la consecuencia

Codi Segur de Verificació: PIL4BKITL.KJA6S7ZMS0E714CGW6THHX

Signat per Alarcón Ubierna, Mireia;

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

Data i hora 04/05/2016 12:31





obligada de condena a Banco Popular Español SA a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

CUARTO.- Al haberse estimado la demanda, las costas se imponen a la demandada conforme al art. 394 LEC.

En virtud de los preceptos jurídicos citados y demás que son de pertinente aplicación.

FALLO

ESTIMO la demanda interpuesta por [REDACTED] E [REDACTED] contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., y, en consecuencia declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por Banco Popular Español SA y [REDACTED] en la escritura pública de fecha 7 de agosto de 2007 y de las novaciones suscritas por las partes en fecha 28 de enero de 2011 y 15 de marzo de 2013 en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que lo adeudado por el cliente al banco es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (367.000'00 €) 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, entendiendo que el préstamo lo fue de 367.000'00 € Y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en las escrituras para el préstamo en euros. Todo ello con la consecuencia obligada de condena a Banco Popular Español SA a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento. Todo ello con imposición de costas a la demandada.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se unirá certificación a la causa y contra la que cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días, lo pronuncio, mando y firmo.

