



Roj: SAP M 10326/2016 - ECLI:ES:APM:2016:10326
Id Cendoj: 28079370112016100360
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 11
Nº de Recurso: 798/2015
Nº de Resolución: 365/2016
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: CESAREO FRANCISCO DURO VENTURA
Tipo de Resolución: Sentencia

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: 28.065.00.2-2015/0000243

Recurso de Apelación 798/2015

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 07 de Getafe

Autos de Procedimiento Ordinario 24/2015

APELANTE:: CATALUNYA BANC S.A.

PROCURADOR D./Dña. ANA VAZQUEZ PASTOR

APELADO:: D./Dña. Flora y D./Dña. Lucas

PROCURADOR D./Dña. JORGE LAGUNA ALONSO

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE :

D. CESÁREO DURO VENTURA

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA

En Madrid, a uno de julio de dos mil dieciséis.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 24/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 07 de Getafe, seguido entre partes de una como apelante **CATALUNYA BANC S.A.**, representada por la Procuradora Dña. ANA VAZQUEZ PASTOR y de otra parte como apelados Don Lucas y Dña. Flora , representados por el Procurador Don JORGE LAGUNA ALONSO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra *Sentencia* dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 31/07/2015 .

VISTO, Siendo Magistrado **Ponente D. CESÁREO DURO VENTURA.**

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 07 de Getafe se dictó Sentencia de fecha 31/07/2015 , cuyo fallo es del tenor siguiente:<<Que debo ESTIMAR Y ESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Félix González Pomares, en nombre y representación de don Lucas y doña Flora , contra la entidad CATALUNYA BANC,S.A. y, en consecuencia, DECLARO la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 13 de enero de 2008, suscrito por las partes en la escritura pública de 13 de febrero de 2008, con número de protocolo 393, formalizada ante el Notario de Madrid don Juan López Durán, nulidad parcial que alcanza a todos los contenidos relativos a la opción **multidivisa**, y expresamente a los apartado C) y D) del Pacto segundo, teniéndolas por no puestas.

Que, a consecuencia de lo anterior, se declara que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es un saldo referenciado a euros, resultante de disminuir el importe prestado (174.000 euros), la cantidad pagada hasta la fecha de la presente sentencia en su valor en euros tomando como referencia el valor del euro frente a la divisa del euro frente a la divisa en cada uno de las cuotas del préstamo que han sido abonadas en concepto de principal e intereses, subsistiendo el contrato sin los contenidos declarados nulos, debiendo entenderse que el préstamo lo fue de 174.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura -pacto tercero bis- EUROBOR más el diferencial de 1 punto porcentual (1%), debiendo la demandada estar y pasar por las declaraciones anteriores y soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

Todo ello sin expreso pronunciamiento en costas.>>

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formulo oposición, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

II.-FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Mediante la demanda origen del presente procedimiento los actores D. Lucas y Dª Flora ejercitan una acción de nulidad del clausulado del préstamo hipotecario suscrito con la demandada Catalunya Banc S.A., solicitando la declaración de nulidad de los contenidos de la opción **multidivisa** pactada, con subsistencia del contrato sin dicha opción y siendo la cantidad adeudada la que resulte de considerar que el importe prestado fue de 174.000 euros tras el descuento de las cantidades pagadas también en euros, y produciéndose las amortizaciones en esta moneda al tipo de referencia pactado. La demanda se sustenta en la consideración del error que habrían sufrido los actores en relación con el producto complejo de la opción **multidivisa** por la falta de información adecuada de sus riesgos, siendo clientes minoristas, consumidores, sin relación alguna con el entorno financiero (conductor de ambulancias y teleoperadora), siendo así que en escritura se incidiría en que la opción **multidivisa** no supondría la elevación del importe del préstamo cuando la realidad es que la contratación tuvo lugar el 13 de febrero de 2008 por importe de 27.315.611 yenes japoneses (174.000 euros) y que a fecha de 13 de noviembre de 2014 tras haber abonado un total de 63.569,66 euros el capital pendiente sería de 173.749,50 euros.

La demandada se opuso a la demanda solicitando su íntegra desestimación argumentando sobre la validez y legalidad de la opción **multidivisa**, habiéndose dado la oportuna información y conociendo los actores que se les daba un capital en yenes japoneses, correspondiendo a ellos cambiar de divisa cuando lo consideren oportuno sin que se haya prestado asesoramiento alguno, habiendo cumplido el Banco con sus obligaciones, sin error alguno por los actores, y habiendo además caducado la acción por transcurso de seis años desde que se suscribió el contrato.

El juez de instancia dicta sentencia en la que tras extractar la posición de las partes y fijar los hechos en los que las partes están de acuerdo, aborda la naturaleza del producto bancario que nos ocupa de acuerdo a la sentencia del TS de 30 de junio de 2015 ; a continuación desestima la excepción de caducidad y examina el fondo del asunto en función de la prueba practicada, concluyendo que la demandada no habría acreditado haber cumplido con su deber de adecuada información, por lo que considera prestado el consentimiento con error y estima íntegramente la demanda interpuesta, sin condena en costas en función de las serias dudas de derecho que advierte en el supuesto.

Recurre la demandada esta resolución; el recurso se sustenta, sea ello expuesto en forma resumida, en la alegación en primer lugar de reproducir la excepción de caducidad de la acción por transcurso del plazo

legal; en segundo lugar se alega que la cláusula de la opción **multidivisa** sería esencial y no accesoria en el contrato, y transparente, no siendo una condición contractual abusiva y atacando la solución acogida en la sentencia a la propia esencia del contrato que queda completamente desnaturalizado, todo lo cual habría de llevar a la desestimación de la demanda.

La actora se opone al recurso rechazando sus argumentos e interesando la íntegra confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Se reitera según lo expuesto en el recurso como primer motivo del mismo la caducidad de la acción, cuestión que ha de ser rechazada tal y como ha hecho el juez de instancia.

Ciertamente, el artículo 1.301 CC al referirse al punto temporal en que se inicia el plazo de caducidad de 4 años dispone que "en los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato".

Como se ha venido indicando en otros pronunciamientos judiciales -cuya acertada argumentación asume esta Sala- el problema se centra en determinar el "dies a quo" de inicio del plazo de caducidad, pues mientras unos consideran que se corresponde con el mismo día de suscripción del contrato, habida cuenta que en ese mismo momento se produjo la consumación del mismo, cumpliendo cada parte sus respectivas prestaciones, otros entienden que el plazo no empezaría a contar sino desde la fecha del vencimiento del plazo de amortización previsto por parte de la entidad emisora.

La respuesta a tal cuestión se puede encontrar en la STS de 11 de junio de 2003 , que nos recuerda como el artículo 1.301 del Código Civil establece que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato. Precizando por su parte la sentencia del TS de 11 de julio de 1984 que, de cara a hacer cómputo del plazo de vigencia de la acción de anulabilidad, es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de anulabilidad por error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones, como por otra parte también reconoce la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisando que el artículo 1.301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Añadiendo la citada doctrina jurisprudencial que el momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que la consumación sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. Ratificándose tal criterio por la sentencia del TS de 5 de mayo de 1983 cuando dice "en el supuesto de entender no obstante la entrega de la cosa por los vendedores el contrato de 8 de junio de 1955, al aplazarse en parte el pago del precio, no se había consumado en la integridad de los vínculos obligaciones que generó...".

Por tanto, el TS deja claro que la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo, debiéndose por ende distinguir entre la perfección, la consumación y el agotamiento del contrato, que no se produciría hasta que el contrato dejara de producir todos los efectos que le son propios. Debiendo quedar fijada la consumación en el momento en que se produce el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas. Y en reciente sentencia, STS, Civil del 12 de enero de 2015 el TS ha añadido: "Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no

puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error."

Doctrina esta que ha de llevar a la desestimación del motivo, pues aun cuando no asumamos el criterio de que el plazo de caducidad se iniciaría al finalizar los 30 años de duración del contrato, lo cierto es que en el supuesto de ningún modo puede admitirse que para los actores comencare el plazo de caducidad desde el mismo momento en que firmaron la escritura pública de préstamo, pues fue precisamente el error sobre las condiciones de tal préstamo el que les llevó a tal firma según exponen, y no puede iniciarse el cómputo sino desde que fueran conscientes del error sufrido, lo que necesariamente se vincula con el transcurso del tiempo, el gravamen derivado del cambio de la moneda pactada y la advertencia de que el capital prestado se acomodaba a dicho cambio en claro perjuicio no deseado, cuestiones todas ellas que han de llevar a entender que no pueda entenderse caducada la acción so riesgo de hacer recaer sobre los consumidores la carga de acreditar cuándo fueron conscientes del error sufrido.

TERCERO.- La problemática, a efectos de centrar el debate, que se nos plantea es la relativa a las llamadas "**hipotecas multidivisa**" en cuanto la petición de la actora tiene su razón de ser en el mecanismo **multidivisa** contenido en la escritura de préstamo hipotecario otorgada el 13 de febrero de 2008.

El juez de instancia utiliza en su argumentación la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.015 , que ha definido este tipo de contratos diciendo que "lo que se ha venido en llamar coloquialmente '**hipoteca multidivisa**' es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han 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."

Y explica esta sentencia que:

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

que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo."

Cuestión o previsión que prácticamente se ha cumplido en el presente supuesto a la vista de la propia certificación emitida por la demandada, doc. nº 5 de la demanda pese a haberse abonado las cuotas mensuales durante siete años.

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

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto."

Como esta misma Sala expresa en la sentencia dictada en el ROLLO 264/15

"...la muy reciente Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, directamente vinculante y aplicable dada la supremacía de la normativa comunitaria, se concluye en los términos que siguen en los apartados 53, 55, 56, 57, 67, 72 y 75:

"El artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad", toda vez que como se señala en los apartados: " 53.- En el presente asunto, se plantea la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus reembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de "servicios o de actividades de inversión" en el sentido del artículo, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39; 55.- Pues bien, debe señalarse que, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A; 56.- En efecto, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la nacional (moneda de pago); 57.- Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una 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

indisoluble 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 de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está 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 ."

Ahora bien sentada la naturaleza del producto contratado con arreglo a la jurisprudencia emanada por el TJUE, hemos de destacar que aún cuando incumbe al actor la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, como fundamento de la acción ejercitada, corresponde en todo caso al Banco demandado acreditar que dio al prestatario información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación del préstamo hipotecario con la opción "**multidivisa**" en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado. Siendo tal principio general una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar (STS 20 de enero de 2014).

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

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

- 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 presuuestos 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.

- 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".

- La STJUE de 30 de abril de 2014, citada en el asunto C-23/13 , en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo **multidivisa**, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que "la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de ésta en un plano formal y gramatical" (párrafo 71), que esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva (párrafo 72) que del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (párrafo 739, 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".

Como indicábamos en la sentencia de esta Sala antes citada:

"el análisis del control de transparencia de las cláusulas insertas en las escrituras de constitución de préstamos hipotecarios, la STS de 9 de mayo de 2013 señalaba que "la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (vigente cuando se formalizó la escritura objeto de autos y hoy sustituida por la O.M. EHA/2899/2011, 28 octubre), "garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor". En nuestro caso, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 estaba vigente cuando se formalizó la escritura objeto de autos, en la que se hace expresa referencia a dicha O.M. en el encabezamiento de la Sección 1ª donde se incluyen las cláusulas financieras.

Es elocuente en este punto, la SAP Sección 1 Pontevedra, de 19 de febrero de 2016, al considerar que la finalidad primordial de la citada Orden es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase previa o preparatoria 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, a fin de posibilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito.

Pero además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, la Orden pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

Y a esa adecuada comprensión deberá coadyuvar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas.

Así, dicha Orden impone a la entidad financiera dos obligaciones básicas:

a). La entrega del folleto informativo (artículo 3.1). Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma.

b). La entrega de la oferta vinculante (artículo 5.1). La oferta se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega.

El art. 7 de la Orden Ministerial añade otro elemento de protección: el prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, si bien puede renunciar expresamente a este plazo, ante el Notario autorizante, que en todo caso deberá comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiendo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.

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

a). El artículo 7.3.6 señala que en cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario, en el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

b). En el Anexo II, al regular la cláusula de amortización, se establece que dicha cláusula especificará, si se tratara de préstamos en divisas, las reglas a seguir para la determinación del valor en pesetas de cada cuota. En el mismo sentido, en la cláusula sobre intereses ordinarios se especificarán las reglas aplicables para el cálculo en pesetas del importe de los intereses. En la cláusula sobre comisiones, la comisión de apertura

incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

CUARTO.- En el caso en litigio, de un análisis e interpretación del propio clausulado en que viene regulada la opción **multidivisa**, e incontrovertido que los prestatarios 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 (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"; y 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; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas).

La única prueba practicada en el presente proceso ha sido la documental aportada por las partes, centrándose el debate en el hecho de si ha habido o no adecuada información de acuerdo a la complejidad del producto y perfil de los actores, por lo que no podemos sino concluir con el juez de instancia en que ni la redacción es lo suficientemente clara y comprensible a fin de que pudiesen conocer con sencillez tanto la carga económica como jurídica que suponía el mecanismo **multidivisa** y los riesgos concretos asociados a su concreto y determinado funcionamiento, que desde luego exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros ya que el tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para fijar el importe en euros de las cuotas periódicas, para determinar también el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, lo que en modo alguno parece que pudo ser explicado o advertido siquiera a los actores al contratar.

QUINTO.- Partiendo de todo ello y finalmente procede concluir la procedencia de la nulidad parcial del préstamo hipotecario de autos, nulidad parcial que conlleva que como ha declarado el juez 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.

Esta misma fue la solución acogida por esta Sala en la sentencia citada (ROLLO 264/15) con las siguientes consideraciones:

"...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, a un préstamo hipotecario **multidivisa**- (en el mismo sentido, SSTs de 12 de noviembre de 1987 , 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015).

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

En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula **multidivisa** y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la **hipoteca** si bien referenciada en Euros, operando por ello como un préstamo en Euros, referenciado al Euribor.

En este sentido, dice también el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de junio de 2015 : "Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato". Y es criterio acogido por esta Sección 11 en sentencia dictada en el Rollo 436/14 , mantenido también en la



sentencia de la Sección 19 de la AP Barcelona de 19 de enero de 2016, Sección 1 de esa misma Audiencia Provincial de 27 de noviembre de 2015, así como Sección 6 de la AP Valencia de 30 de abril de 2015."

Por todo lo cual ha de desestimarse el recurso interpuesto.

SEXTO.- La desestimación del recurso determina que se impongan a la recurrente las costas causadas en la alzada, artículo 398 en relación con el artículo 394 LEC .

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

III.-FALLAMOS

Que desestimando el recurso interpuesto por CATALUNYA BANC, S.A., contra la sentencia de fecha treinta y uno de julio de dos mil quince, confirmamos íntegramente la referida resolución, con imposición a la recurrente de las costas causadas.

La desestimación del recurso determina **la pérdida del depósito** constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0798-15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe