



Roj: SAP M 12945/2016 - ECLI:ES:APM:2016:12945
Id Cendoj: 28079370112016100421
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 11
Nº de Recurso: 679/2015
Nº de Resolución: 421/2016
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIA MARGARITA VEGA DE LA HUERGA
Tipo de Resolución: Sentencia

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0105196

Recurso de Apelación 679/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 930/2014

APELANTE: D. Raúl

PROCURADORA Dña. SANDRA CILLA DIAZ

APELADO: CAIXABANK SA

PROCURADOR D. MIGUEL ANGEL MONTERO REITER

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE :

D. CESÁREO DURO VENTURA

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

Dña. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ DUPLÁ

Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

En Madrid, a veintiséis de septiembre 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 930/2014 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid a instancia de **D. Raúl** como parte apelante, representado por la Procuradora Dña. SANDRA CILLA DIAZ contra **CAIXABANK SA** como parte apelada, representada por el Procurador D. MIGUEL ANGEL MONTERO REITER; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la *Sentencia* dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 28/05/2015 .

VISTO, Siendo Magistrada Ponente **Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 28/05/2015 , cuyo fallo es del tenor siguiente:

" **DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO** la demanda promovida por el Procurador Sra Cilla Díaz, en nombre y representación acreditada en la Causa.

DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la excepción de PRESCRIPCIÓN formulada por el Procurador Sr Montero Reiter, en nombre y representación acreditada en la Causa.

DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a CAIXABANK SA (antes BANCO DE VALENCIA SA) de la demanda que se le formula de contrario.

DEBO CONDENAR Y CONDENO a D Raúl al abono de las costas de este procedimiento."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Raúl , que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso, 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 de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida en tanto se opongan a los que se recogen a continuación.

PRIMERO.- El presente recurso trae causa del Juicio ordinario número 930/2014 tramitado en el Juzgado de 1ª Instancia nº 87 de Madrid, promovido por D. Raúl contra CAIXABANK S.A. (antes Banco de Valencia S.A.) sobre nulidad de la cláusula **multidivisa** y cláusula relativa a intereses de demora, con restitución de cantidad más intereses, fijando la deuda en euros y referenciando el tipo al Euribor, así como declarar nulas las cláusulas cuarta y séptima. Todo ello en relación a la escritura de préstamo hipotecario suscrito por el actor en su propio nombre y en representación de doña Serafina , con fecha 28 de junio de 2007.

Con fecha 28 de mayo de 2015 se dicta sentencia desestimatoria de la demanda . Se rechaza la excepción de prescripción alegada por la demandada haciéndose eco de la sentencia del pleno del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2015 . Y en cuanto al fondo del asunto analiza si la información que recibió el demandante, bien desde Asesores de Gestión Hipotecaria en Divisas S.L. o bien desde el personal de la demandada fue o no suficiente para permitirle el conocimiento de la naturaleza jurídica del producto y valoración de los riesgos inherentes al mismo o bien le indujo a error esencial e inexcusable. Estudia asimismo si existe o no vulneración de leyes especiales de comercialización de productos financieros complejos por parte de la demandada que contienen un derivado implícito fruto del riesgo de oscilación del precio de cambio de la divisa; argumenta que no es aplicable la Ley de Mercado de Valores (LMV) ni el resto de normativa sobre comercialización de productos financieros, sino la normativa general sobre consumidores y usuarios para concluir que no es posible entender cometida tal vulneración. Considera que aunque no se ha aportado folleto ni oferta vinculante ni otra documentación detallada informativa sobre las características del producto, dicho silencio no puede hacer pensar que al demandante no se le facilitó información suficiente a tales efectos, remitiéndose a las manifestaciones del testigo, empleado de la demandada, señor Faustino , quien afirma que sostuvo varias reuniones con el asesor especializado del demandante, perteneciente a la referida asesoría al que se le hizo llegar cuanta información se exponía y consideraba suficiente, cuando además el propio demandante afirmó que por ser auxiliar de vuelo conocía el funcionamiento del cambio de divisas, entendiendo que este conocía que la referencia tomada para el pago era la divisa del yen. Añade que no es un producto complejo, se trata de un producto bancario que tiene un componente de inseguridad que lo hace volátil en cuanto al tipo de interés así como que no se ha probado que el personal de la demandada fuera capaz de especificar que hubiera previsiones seguras sobre la evolución o comportamiento de las divisas respecto al euro, por lo que no considera que existiera ausencia de información relativa a datos que no es posible obtener ni siquiera de los expertos. La razón de que el demandante acudiera al índice referenciado Libor es que pretendía un abaratamiento de los intereses y por tanto de la cuota mensual que abonaba, y la hoja histórica disponible por todos los operadores del momento, indicaba lo que el demandante quería. Consecuencia de lo anterior es que el demandante, a tenor del contenido de la escritura hipotecaria, sabía que estaba referenciando su tipo de interés al juego del Libor, Yen, lo que hace depender dos elementos esenciales del contrato: el propio tipo de interés variable y, el costo de adquisición de la divisa, sin que pueda conocerse con seguridad la previsión de 30 años sobre el comportamiento de una divisa extranjera. No cabe

imputar a Caixabank el posterior desplome del euro respecto al yen, sin que exista error inexcusable o esencial invalidante del contrato.

Contra dicha sentencia interpone el demandante recurso de apelación alegando *error en la valoración de la prueba*, puesto que no se le informó debidamente de las condiciones del contrato, existiendo falta de información y de transparencia por parte de la entidad bancaria, siendo una cláusula de difícil entendimiento por su falta de claridad unido a la falta de negociación entre las partes. Se remite a sus declaraciones y a las del testigo Don Faustino, antes referido, sin que existiera oferta vinculante. Alega que el cobro se lo hacían en euros, no siendo necesario que tuviera una cuenta en yenes, por lo que las liquidaciones eran como una **hipoteca** en euros. El señor Faustino trató con el demandante pero con posterioridad a la firma de la escritura, declarando que no le facilitaron la escritura. Niega la existencia de asesores, a los que no se refiere la contestación a la demanda sin que se acredite que hubieran intervenido. Quienes hablaron con el demandante en realidad fueron el director de la sucursal y un compañero del señor Faustino, llamado Maximiliano. Termina solicitando se revoque la sentencia y se dicte otra por la que se declaren nulos el clausulado de **multidivisa** y la cláusula referente a intereses de mora, con restitución de las cantidades indebidamente cobradas, fijando la deuda en euros con referencia al Euribor, así como la nulidad de las cláusulas 4ª y 7ª.

Recurso al que se opone Caixabank, que articula en torno a las siguientes alegaciones: las cláusulas del contrato superan el control de transparencia e inclusión, la información facilitada fue suficiente, no existe error por vicio del consentimiento, el contrato de préstamo hipotecario **multidivisa** tiene carácter aleatorio, se ha valorado correctamente la prueba no procediendo la revisión en la segunda instancia y las costas deben imponerse a la parte apelante. Concluye solicitando la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO. - *El demandante refiere en su demanda* que conforme pasaba el tiempo la cuota empieza a verse afectada aumentando paulatinamente, sin mención alguna por parte de la demandada, si bien llegó un momento que el ascenso era continuo, acudiendo nuevamente a la entidad donde le explican que el yen, moneda japonesa, influye no sólo en la cuota hipotecaria sino además, conforme se va revalorizando frente al euro, pagará más cuota y se incrementará el capital. En este momento manifiesta el demandante su voluntad de realizar un cambio de divisa, al euro, comunicándole la entidad bancaria que no pueden realizarlo pues deben ser informados por escrito y que no es de aplicación hasta el siguiente período de liquidación del tipo de interés, y que ya no estaría relacionado con el Libor, sino con el Euribor incrementado en 1,25 puntos porcentuales, y por *último que si quería hacer el cambio supondría un aumento del principal tan importante que no sería rentable*, por lo que le recomiendan que permanezca en la moneda japonesa, pues dicha moneda perdería valor y volvería a la situación inicial. Con el paso de los años el préstamo que se había iniciado con un principal de 442.000 € había llegado a alcanzar 600.000 €. Alega que asumió una serie de riesgos de acuerdo con el clausulado firmado, sin saber los mismos ni ser informado de su operativa, generándose una situación completamente lesiva para él, que no hubo simulación de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar y del comportamiento de la divisa.

Caixabank S.A. se opone a la demanda, sin aportar documentación alguna. Alega *prescripción de la acción* y en cuanto al fondo del asunto que fue el demandante quien acudió por propia voluntad a Caixabank accediendo a cancelar su **hipoteca** con Banco Banesto, ya que las condiciones que le ofrecía Caixabank le eran más beneficiosas, pues las cuotas que tendría que pagar eran menores en comparación con su **hipoteca** inicial. Considera que no es aplicable la Ley 1/2013 de 14 de mayo en relación a los intereses de demora, siendo por tanto válido dicho pacto; que existió información a la vista del contenido de la escritura pública así como a través del notario autorizante con anterioridad a su firma, negando la existencia de error invalidante del consentimiento, tratándose de un contrato aleatorio cuya nulidad no cabe por razón de su resultado.

La problemática, a efectos de centrar el debate, que se nos plantea es la relativa a las llamadas "**hipotecas multidivisa**" en cuanto la petición del actor tiene su razón de ser en el mecanismo **multidivisa** contenido en la escritura de préstamo hipotecario otorgada el 28 de junio de 2007, que presenta los siguientes pactos relevantes en lo que aquí es de interés:

El importe del préstamo fue de 73.036.964 yenes japoneses con un contravalor en euros de 442.000 euros. El abono se hizo en la cuenta que el prestatario tiene, cuyo número se identifica, denominada en euros por el contravalor referido de 442.000 €. La obligación de la parte prestataria, y por lo tanto el endeudamiento que contrae mediante este préstamo lo es por el importe y clase de moneda antes expresado, salvo los casos

en que haga uso de la cláusula **multidivisa**. La finalidad del préstamo es cancelar el préstamo de Banco Español de Crédito S.A.

En punto cuarto se recoge la "cláusula **multidivisa**" en los siguientes términos:

La parte prestataria podrá optar por modificar la divisa en que se ha concedido este préstamo por cualquier otra divisa de las cotizadas en España, valorándose a estos efectos la divisa anterior al cambio vendedor y la que introduce al comprador...E) en el caso de que la parte prestataria optase por el euro como clase de moneda del préstamo, el tipo de interés aplicable a la operación será el Euribor incrementado en 1,25 puntos porcentuales...

El plazo de duración del préstamo (vencimiento a 30 años, 5 de julio de 2037) se fija en 360 cuotas mensuales, venciendo la primera el 5 de agosto de 2007 y la última 5 de julio de 2037, cuotas que comprenden parte de capital y parte de intereses según se indica en la tabla de amortización que se acompaña a la escritura, con un periodo de carencia en amortización del principal que vence el 5 de julio de 2007 y durante cuyo periodo sólo se satisfarán intereses mensualmente; la primera liquidación de intereses durante el periodo de carencia será la del próximo 5 de julio de 2007. Según el apartado SEGUNDO b) (del DICEN)...*"La parte prestataria se obliga en cualquier caso, a mantener en la cuenta designada el importe en divisas necesario para atender los referidos cargos, en caso de que la cuenta de cargo esté abierta en esa divisa, y en todo caso, si se trata de cuenta abierta en otra divisa o en euros, el suficiente saldo en esa divisa o en euros, al menos con tres días de antelación al del vencimiento de cada cuota, para que Banco de Valencia S.A. pueda adquirir en el mercado de divisas el importe de divisas necesarias; adquisición que se efectuará al cambio que en tal momento rija en dicho mercado, o al cambio estipulado, en caso de que hubiera sido concertado operación de cambio a plazo de divisas (seguro de cambio), siendo de cargo de la parte prestataria los gastos y comisiones que se devenguen por dichas operaciones de cambio de moneda... Del mismo modo se satisfarán los intereses pactados conforme se devenguen. El débito a cargo de la parte prestataria como consecuencia de este préstamo concedido en divisa, será satisfecho en la misma moneda pactada de acuerdo con las disposiciones legales vigentes en cada momento. Sin perjuicio de lo anterior, Banco de Valencia S.A. podrá autorizar que le sea satisfecho el débito en euros, en cuyo caso se le abonará la deuda con arreglo al mayor cambio de la divisa pactado en el momento del vencimiento de la obligación, o en el día de ser despachada ejecución, o el día del pago, a elección del Banco..."*

Se estipula un interés nominal anual del 1,751 % al que corresponde un TAE de 1,827% durante el primer trimestre, y con esa misma periodicidad se revisará incrementando un punto porcentual sobre el tipo de referencia Libor de la divisa en que se ha concertado el préstamo. El tipo de interés nominal anual de demora se fija en el tipo del 29% durante todo el tiempo que dure la situación de impago (apartado séptimo).

TERCERO.- Como ya recogió este tribunal en su sentencia de fecha 18 de mayo de 2016 (Recurso de Apelación 264/2015):

"La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.015 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 Offerd 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."

Explica 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.*

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

Y añade: "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."

CUARTO.- 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).*

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

"1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, 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 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 precios que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de un cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato."

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

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

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

4.- La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE , y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/2011, caso RWE Vertrieb AG , respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer " de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones 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 **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 sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Precisamente, en 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".

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, advirtiéndolo 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.

SEXTO.- En el caso en litigio, de un análisis e interpretación del propio clausulado en que viene regulada la opción **multidivisa**, e incontrovertido que la parte **prestataria tiene la condición de consumidora** 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), no podemos concluir que su redacción sea lo suficientemente clara y comprensible a fin de que el prestatario consumidor pudiese 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. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda, y 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 adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que en su contravalor en euros le fue entregado al concertar el préstamo; tal como ha ocurrido en este caso.

SEPTIMO.- 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 concurran en cada caso, tanto subjetivas de los contratantes como las objetivas, las que determinarán si en el momento de la perfección del negocio hubo error en el consumidor (en nuestro caso) contratante.

En este supuesto y en atención a las concretas circunstancias concurrentes no es posible concluir que el prestatario-consumidor dispusiera de información clara, precisa, detallada y completa para comprender el real alcance 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 las consecuencias económicas totales derivadas del funcionamiento de dicho mecanismo de modo comprensible, cabal, adecuado y con criterios precisos y comprensibles. Se trata de determinar si el contratante- consumidor

tuvo completo, cabal y suficiente conocimiento de las consecuencias económicas en la relación entre dicho mecanismo de la elección de la divisa y las otras cláusulas relativas a la entrega/devolución del préstamo. Esto es si el contratante tuvo 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; el real alcance de los riesgos asociados a la fluctuación de la divisa en toda su extensión.

OCTAVO.- Como se dice en la demanda el señor Raúl acudió a la entidad financiera Caixabank junto con la señora Serafina con la intención de suscribir un préstamo hipotecario para poder cancelar el que tenían con Banesto, siendo su interés que la cuota mensual fuera de menor importe. En el juicio declara que venía pagando a este último unos 1.900 € al mes, diciéndole los empleados de la demandada que la cuota se bajaría a 1.400 € (nunca más de 1.800 € al mes), si bien llegó a pagar hasta 2.700 €. Añade que no le informaron que tendría que pagar en yenes ni que tuviera que tener en su cuenta las divisas necesarias en yenes; que en la notaría fue rápido todo, se leyó en 4 minutos...; que sólo los dos primeros meses le llegó la información de esa divisa.

Por su parte Caixabank no aporta documento alguno con su contestación, con lo que queda improbadamente cualquier información precontractual. El testigo que declaró en el juicio, señor Faustino, empleado de la demandada en la fecha de la suscripción de la escritura, relata que sólo estuvo en la notaría, que él no explicó el producto a los clientes, que acudieron con un asesor particular (de la entidad "Gestión Hipotecaria en Divisas S.L."), que fue el que llevó la documentación necesaria, y como conocedor de las características de la hipoteca en multidisvisas era el que se las explicaba a los clientes. Hecho este que aparece por primera vez en el proceso con la declaración de este señor, que niega el demandante y no existe rastro alguno de que así ocurriera. No consta la declaración de los que realmente comercializaron en este caso este producto, empleados de Caixabank, prueba que bien pudo proponer esta entidad que es quien tiene la facilidad de conocer sus datos personales. Sí manifiesta el señor Faustino que no se facilitó al cliente la escritura con anterioridad a su firma, y que acudió más de cuarenta veces al Banco, se entiende en búsqueda de explicaciones cuando la cuota se disparó.

Todo ello no permite concluir que los prestatarios fueran conocedores de los riesgos derivados del cambio de fluctuación de la moneda en cuanto a la carga económica y jurídica que asumían y, en especial, en cuanto a la repercusión del principal pendiente de amortizar; en suma, de las consecuencias económicas derivadas de la elección de la moneda extranjera. Y tampoco es revelador de su conocimiento del funcionamiento y riesgos del producto el que ambos por ser azafatos estuvieran acostumbrados a moverse en otras monedas. No consta que recibieran folleto o información precontractual suficiente, ni que se les realizaran simulaciones o ejemplos en cuanto a la información y las consecuencias derivadas del riesgo de fluctuación de la moneda y la paridad yenes/euros.

Por otro lado, si bien el Notario autorizante hizo constar "Leo esta escritura en alta voz a los comparecientes, advertidos del derecho que tienen de hacerlo por si, del que no usan y enterados de su contenido, así lo otorgan ...de que el consentimiento de los otorgantes fue libremente prestado, de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad, debidamente informada de los comparecientes...", ello no implica que la entidad financiera ofreciera al cliente -consumidor- información completa, adecuada y comprensible a fin de poder conocer, antes de la firma de la escritura pública, los concretos riesgos derivados del funcionamiento de dicha elección de la modalidad **multidisvisa**, en cuanto al mecanismo propio de funcionamiento derivado de la fluctuación en su repercusión económica-jurídica. La simple intervención notarial, como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 no garantiza la comprensibilidad real ni el control y cumplimiento de ese deber especial y esencial de facilitar la información, clara, completa, adecuada en cuanto al funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa y muy especialmente la relación entre dicho mecanismo y el detallado por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo. Siguiendo los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013, tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo (la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo).

Por todo lo expuesto, a juicio de esta Sala y discrepando de la valoración de la prueba efectuada en la instancia, la entidad demandada no ha acreditado que haya obrado con la diligencia que legalmente le viene impuesta de informar a su cliente, con la claridad y exactitud que le es exigible, sobre la naturaleza y

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 el consumidor pudiera evaluar con criterios claros, precisos, detallados y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo, sin que sea lícito desplazar en la parte actora la exigencia de una diligencia que excede de su cualificación, y que supondría, en la práctica, vaciar de contenido la normativa que regula las obligaciones que tienen en este concreto extremo las entidades financieras.

NOVENO.- Llegados a este punto, sobre las consecuencias de esta infracción, resulta *determinante la doctrina que sobre el error vicio* suscita el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2012 , y ha reiterado en sentencia de octubre de 2013:

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

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

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

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

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

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , 726/2000, de 17 de julio , 315/2009 , de 13 de mayo- exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negado protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida."

En la sentencia del TS de 30 de junio de 2015 se añade: "Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero , y 716/2014 de 15 diciembre , ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error".

DECIMO.- 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, 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.

Criterio acogido por esta Sección 11 en sentencia dictada en el Rollo 436/14 , y 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.

DECIMO PRIMERO.- Por último, deberá declararse **también la nulidad por abusiva de la cláusula relativa al interés de demora** , que lo fija en el tipo del 29% anual cuando, como en el supuesto del presente recurso, entra en juego la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta lo resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013 : "Los artículos 6, apartado 1 , y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula."

Y como también nos indica la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 recurso 485/2012 "en tales casos el Ordenamiento reacciona e impone a los poderes del Estado la obligación de rechazar de oficio su eficacia, de acuerdo con el clásico principio *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto), ya que, como afirma la STS 88/2010, de 10 de marzo (RC2492/2005) "esa operatividad ipso iure es una de las características de la nulidad absoluta". Doctrina que se reitera en la STS 25 de marzo de 2015 recurso 2351/2012 .

Sentado lo anterior, en el análisis de si la cláusula que fija los intereses moratorios en un 29% debe considerarse abusiva, el artículo 3 de la Ley 1/2013 modificó la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, añadiendo un tercer párrafo al artículo 114 LH que queda redactado del siguiente modo: "Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con **hipotecas** constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil ."

Por su parte la Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 , referida a los intereses de demora de **hipotecas** constituidas sobre vivienda habitual, dispone que: "La limitación de los intereses de demora de **hipotecas** constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las **hipotecas** constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley . Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de **hipoteca** sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos."

Hay que tener en cuenta que el préstamo concertado con Caixabank el 28 de junio de 2007 tenía por objeto la cancelación del suscrito con Banco Español de Crédito con fecha 24 de febrero de 2006 (aportado a los folios 53 y ss) como expresamente se recoge en el mismo, y la finalidad de este a su vez era la adquisición de la finca que se **hipoteca** (PLAZA000 nº NUM000 , NUM001 , de Madrid), que no consta no fuera en su momento el domicilio habitual de la pareja, ya separada.

En atención a dicha normativa aplicable es claro que *la cláusula relativa a los intereses de demora supera en más de tres veces el interés legal del dinero fijado en la fecha de la constitución de la hipoteca (5%)*, por lo que procede la declaración de su nulidad por abusividad.

En cuanto a las consecuencias de tal declaración de nulidad, se entiende que la integración de la cláusula del contrato declarada abusiva, así como su moderación, quedó declarada contraria a la buena aplicación de la Directiva 93/13/CE, en las SSTJUE de 14 de junio de 2012 , de 14 de marzo de 2013 y de 30 de abril de 2014 , por entender que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha potestad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE , al mismo tiempo que podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que éstos podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo su interés.

Por ello se estima que si la cláusula de fijación de intereses de demora resulta abusiva la misma no puede ser aplicada en ningún caso, ni tampoco puede ser moderada ya que el sentido de la jurisprudencia comunitaria es que las cláusulas nulas no deben aplicarse ni siquiera corregidas en perjuicio de los consumidores y usuarios, y llevar a cabo tal reducción o moderación conculca la finalidad preventiva de cláusulas abusivas, pues el predisponente puede arriesgar sin consecuencias desfavorables.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 83-2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios disponía: "La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario".

Pues bien, este precepto que ignoraba la improcedencia de una reducción conservadora de la validez de la cláusula nula, ha sido suprimido por la Ley 3/2014, como consecuencia de la doctrina de las citadas SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013 , que consideraban que la integración del contrato que prevé el citado art. 83 podría producir la pérdida del "efecto disuasorio", objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 , efecto que no se produciría en caso de integración por el Juez, pues "los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría verse integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales" (apartado 69 de la sentencia).

Por todo lo anterior, en el presente caso, los intereses moratorios fijados, deben considerarse abusivos y declarar nula tal cláusula de intereses, sin posibilidad de integrar el contrato. Criterio mantenido por esta Sección ya desde el Auto de 30 de noviembre de 2012 , así como de 28 de enero de 2013 , y más recientemente, entre otros, en Autos de 28 de mayo de 2015 y 17 noviembre de 2015 .

En cuanto a la devolución de la cantidad abonada, apartado B) del suplicó de la demanda y del recurso, efectivamente no es posible acordarlo tal cual se solicita, si bien entendemos que lo procedente es la nulidad de la cláusula **multidivisa** con la consiguiente configuración del préstamo a euros y referenciado al Euribor, tal y como se recoge en el Fallo de ésta resolución, que requiere necesariamente una liquidación del Banco a realizar en fase de ejecución de sentencia.

DECIMO SEGUNDO.- Conforme a todo lo expuesto, procede la estimación del recurso y la estimación de la demanda de forma sin duda sustancial; lo que conlleva que se impongan las costas de la primera instancia al demandado y sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en esta alzada - art. 394 y 398 LEC -.

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

III.- F A L L A M O S



LA SALA ACUERDA : Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Raúl contra la Sentencia dictada en fecha 28 de mayo de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 87 de Madrid, REVOCAMOS la misma y con estimación de la demanda interpuesta por D. Raúl contra CAIXABANK S.A.:

1.- Declaramos la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 28 de junio de 2007, en los contenidos relativos a la opción **multidivisa**.

2.- Declaramos que el efecto de dicha nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los deudores es el saldo vivo de la **hipoteca** referenciado en Euros, resultante de disminuir al importe prestado las cantidades amortizadas hasta la fecha en concepto de principal e intereses, también convertidos a Euros, de manera que el préstamo quede referenciado a Euros y el tipo de interés al Euribor; cantidad resultante a liquidar en ejecución de sentencia.

3.- Declaramos la nulidad de la cláusula séptima sobre los intereses de demora.

4.- Con imposición a la demandada de las costas de la primera instancia y sin expresa declaración de las costas causadas en esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución 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 2578-0000-00-0679-15, 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