

**JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 05 DE MADRID**

C/ Gran Vía, 52 , Planta 4 - 28013

Tfno: 914930570

Fax: 914930577

42020310

NIG: 28.079.00.2-2015/0172099

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 592/2015**



(01) 31326445822

Materia: Derecho mercantil

Clase reparto: DEMANDAS COND. GRALES. CONTRAT.

NEGOCIADO W

**Demandante::** D./Dña. -----

PROCURADOR D./Dña. MARIA DOLORES MORENO GOMEZ

**Demandado::** BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

PROCURADOR D./Dña. JAIME QUIÑONES BUENO

**SENTENCIA Nº 309/2017**

**JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ:** D./Dña. TEODORO LADRÓN RODA

**Lugar:** Madrid

**Fecha:** veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete

Vistos y oídos por D. TEODORO LADRÓN RODA, Magistrado-Juez titular del Juzgado Mercantil nº 5 de esta localidad, los presentes autos de juicio ordinario seguidos bajo el número **592/2015**, a instancia de D<sup>a</sup>. -----, ostentando su representación e//a Procurador/a D./D<sup>a</sup>. MARÍA DOLORES MORENO GÓMEZ y su defensa técnica e//a Letrado/a D./D<sup>a</sup>. CARLOS SÁNCHEZ DE VIVAR JIMÉNEZ, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, SAU, ostentando su representación e//a Procurador/a D./D<sup>a</sup>. JAIME QUIÑONES BUENO y su defensa técnica e//a/o/s Letrado/a/s D./D<sup>a</sup>. ANA VICUÑA FERNÁNDEZ y D./D<sup>a</sup>. JESÚS PÉREZ DE LA CRUZ OÑA, sobre acción individual declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación y resultando los siguientes:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO.-** Por e//a Procurador/a D./D<sup>a</sup>. IGNACIO REQUEJO GARCÍA DE MATEO, en nombre y representación de la parte actora, D. ROBERTO ANDRÉS MANZANAS y D<sup>a</sup>. TAMARA JIMÉNEZ CARO, se presentó escrito formulando demanda de juicio ordinario contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, SAU. Demanda basada en los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar por suplicar al Juzgado dicte SENTENCIA “por la que:

**Con carácter principal,** se declare la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria por falta de consentimiento y subsidiariamente por error y vicio en el consentimiento debiendo las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 1303 del Código Civil, restituirse recíprocamente las cosas y por tanto, que por la demandante Doña ----- se devuelvan a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. CIENTO TREINTA MIL (130.000) EUROS, según consta en la escritura de préstamo hipotecario que como documento numero DOS se acompaña a esta demanda y por la que se constituyó el contrato de préstamo, Y QUE POR BANKINTER SE DEVUELVA A ----- TODAS LAS CANTIDADES ABONADAS HASTA LA FECHA DE SENTENCIA en concepto de capital, intereses y gastos y que a la fecha de presentación de la demanda ascienden a SESENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO EUROS Y SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS (64.744,68 €) y las cantidades que por los mismos conceptos sean pagados por la demandante hasta sentencia; más la cantidad de SEISCIENTOS CINCUENTA (650) EUROS , en concepto de comisión de apertura recogido en la cláusula cuarta, punto primero del contrato de préstamo, indebidamente generada para la formalización del mismo, con los correspondientes intereses legales desde la fecha en que se efectuó el pago de dicha comisión de apertura y se acuerde la cancelación registral de la hipoteca constituida en escritura pública ante el Notario de Madrid, Doña -----, el 8 de octubre de 2.007 con número ----- de su protocolo que grava la finca VIVIENDA 1º A situada en la primera planta de vivienda, con acceso por el portal DOS del Complejo residencial situado en la parcela número -----, término municipal de -----, Provincia de Tenerife, actualmente calle -----." , tal como se refiere en la escritura de préstamo hipotecario acompañado como documentos número 2 e Inscrita en el Registro de la propiedad de -----, libro -----, Sección -----, Tomo -----, folio -----, finca -----, condenando a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. al pago de todos los gastos que esta cancelación pudiera suponer, con expresa imposición de costas de este procedimiento a la demandada si se opusiera.

Subsidiariamente se declare la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria por el mismo concepto anterior, por falta de consentimiento y subsidiariamente por error y vicio en el consentimiento, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto del contrato anulado con sus intereses, es decir que ----- deberá restituir a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. CIENTO TREINTA MIL (130.000) EUROS, según consta en la escritura de préstamo hipotecario que como documento numero DOS se acompaña a esta demanda y por la que se constituyó el contrato de préstamo, más intereses legales desde la fecha de la escritura, el día 19 de mayo de 2.006, hasta sentencia y la demandada, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. deberá restituir a la prestataria, hoy demandante SESENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO EUROS Y SESENTA Y OCHO CÉNTIMOS (64.744,68 €) en concepto de capital e intereses satisfechos por la actora a la fecha presentación del escrito de demanda, así como aquellas cantidades que se hayan abonado con posterioridad, más intereses legales y la cantidad de SEISCIENTOS CINCUENTA (650) EUROS, en concepto de comisión

de apertura recogido en la cláusula cuarta del contrato de préstamo, indebidamente generada para la formalización del mismo, con sus correspondientes intereses legales desde la fecha en que se efectuaron los correspondientes pagos y se acuerde la cancelación registral del préstamo hipotecario que grava la VIVIENDA -----, Provincia de Tenerife, actualmente calle -----." , tal como se refiere en la escritura de préstamo hipotecario acompañado como documentos número 2 e Inscrita en el Registro de la propiedad de -----, condenando a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. al pago de todos los gastos que esta cancelación pudiera suponer, con expresa imposición de costas de este procedimiento a la demandada si se opusiera.

Subsidiariamente, se declare la nulidad de las cláusulas relativas a las divisas contenidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgado el 19 de mayo de 2.006, ante el Notario de Madrid, -----, el 8 de octubre de 2.007 con número ----- de su protocolo mencionadas en el apartado 3º del Fundamento de derecho cuarto de este escrito de demanda y por su consecuencia:

1. Fijar la deuda en euros, esto es los 130.000 Euros prestados.
2. Referenciar la deuda al EURIBOR, tal como se estipula para las disposiciones en Euros contenida en la cláusula financiera 3.2, apartado A) de la escritura de préstamo, con un diferencial de 0,400 pactado en la misma cláusula.
3. Se declare, que la cantidad adeudada por Doña ----- a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. es la resultante de disminuir del importe prestado (130.000 euros) las cantidades amortizadas en concepto de principal también convertidos a euros. Cantidad esta que a la fecha de presentación de la demanda de sesenta y cuatro mil setecientos cuarenta y cuatro euros y sesenta y ocho céntimos (64.744,68 €), de las que corresponderían 51.052,20 (a esta fecha) a amortización de capital; cantidad esta que deberá ser fijada a la fecha de sentencia y fijar el capital pendiente a la fecha de sentencia, capital pendiente que a la fecha de presentación de la demanda y tal como refleja el dictamen de la Señora Perito debiera de 97.509,42 Euros si hubiese optado desde el inicio por los Euros como moneda elegida.
4. Que por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. se indemnice a Doña ----- en la cantidad resultante hasta la sentencia de sumar las cantidades pagadas de más exclusivamente por la cláusula multidivisa cuya nulidad se solicita y que de acuerdo con la Señora Perito y hasta la fecha de presentación de la demanda ascienden a OCHO MIL NOVECIENTOS NOVENTA EUROS Y TREINTA CÉNTIMOS (8.990,30 €).
5. Que se condene a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a recalcular las cuotas pendientes de amortización en función de lo anterior y ateniéndose a la cláusula segunda del contrato de préstamo relativo a la amortización del mismo exclusivamente en euros, tal como originariamente fue

prestado, con expresa imposición de costas de este procedimiento a la demandada”.

**SEGUNDO.-** Se dictó decreto por el que fue admitida a trámite la demanda interpuesta y se confirió traslado de la misma emplazándose a la parte demandada. Por e//a Procurador/a D./D<sup>a</sup>. JAIME QUIÑONES BUENO, en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, SAU, se presentó escrito solicitando que se le tuviera por comparecido/a y parte en el procedimiento, que se tuviera por contestada en tiempo y forma la demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, efectuando al Juzgado la petición de que se dicte SENTENCIA por la que “desestime íntegramente la demanda, absolviendo de todas sus pretensiones a mi representada, con expresa imposición de las costas a la demandante y todo ello con los demás pronunciamientos a que en Derecho hubiere lugar”.

**TERCERO.-** En diligencia de ordenación se tuvo por contestada la demanda y se convocó a las partes a audiencia previa, celebrada el día señalado con asistencia de las partes. Audiencia que se documentó en soporte audiovisual con el resultado que consta en autos y en la que, ratificándose las partes en sus planteamientos iniciales y concretaron sus pretensiones. Por SS<sup>a</sup>. se estimó parcialmente la excepción de falta de competencia objetiva en relación a la petición principal y subsidiaria primera de la demanda, declarándose competente para conocer sólo de la petición subsidiaria segunda. Las partes manifestaron conformidad con la resolución estimando parcialmente la falta de competencia objetiva, sin hacer constar protesta. Recibido el juicio a prueba, por la parte actora se propusieron como medios de prueba: documental, que se tengan por reproducidos los documentos aportados con la demanda, más documental, consistente en dictamen pericial aportado, y pericial de D<sup>a</sup>. NURIA GARCÍA PASCUAL. Por la parte demandada se propusieron como medios de prueba: documental, que se tenga por reproducida la aportada con la demanda y con la contestación de la demanda, interrogatorio de parte y testificales periciales de D. RUBÉN MANSO OLIVAR y D<sup>a</sup>. LORENA GÓMEZ FERNÁNDEZ, conforme a anunció en la contestación de la demanda de aportación de informe pericial. Todas las pruebas propuestas fueron declaradas pertinentes.

**CUARTO.-** El acto de juicio, con asistencia de las partes, se desarrolló el día señalado. Juicio que se documentó en soporte audiovisual con el resultado que consta en autos. No se practicaron las testificales periciales de D. RUBÉN MANSO OLIVAR y D<sup>a</sup>. LORENA GÓMEZ FERNÁNDEZ por renunciar a ellas la parte proponente. Tras practicarse el resto de las pruebas declaradas pertinentes y efectuarse las conclusiones por los letrados, quedaron los autos pendientes de dictarse sentencia.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**PRIMERO.-** Los hechos y consideraciones relevantes para la decisión del presente pleito son los siguientes:

Con fecha **8/10/07**, D<sup>a</sup>. ----- otorgó una escritura de PRÉSTAMO, CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA Y PACTO DE AFIANZAMIENTO con BANCO POPULAR ESPAÑOL, SAU (documento nº 2 de la demanda, folio/s, f./ff., en adelante, 31 a 73 de la demanda ).

En la cláusula PRIMERA. CLÁUSULAS FINANCIERAS de dicha escritura, figura la siguiente:

**“1.3.Cláusula multdivisa.** La prestataria podrá, con un mínimo de 3 días hábiles de antelación al vencimiento de cada cuota de amortización, solicitar la sustitución de la divisa por otra de las cotizadas en España, incluida la peseta, valorándose a estos efectos la divisa que se sustituya al cambio vendedor, y la que se introduce al cambio comprador. La sustitución deberá afectar al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar utilizado y reflejado en una sola divisa.

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

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

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

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

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

La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo, en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio. Por tanto, la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a Banco de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la moneda que, según el caso sea contratada, pueda ser superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso, de manera que el contravalor en euros o pesetas del capital pendiente de amortizar fuera superior en un 10% al importe de la responsabilidad hipotecaria que por principal corresponde, la prestataria deberá realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso. En caso de que dicha amortización extraordinaria no se lleve a cabo en el plazo de dos meses contados desde la fecha en el exceso se produzca, el Banco estará facultado para llevar a cabo la sustitución de la divisa contratada por pesetas o euros. La sustitución de la divisa utilizada implicará, en todo caso, la modificación del tipo básico de referencia aplicable, en los términos establecidos en el apartado 3.4. de la presente cláusula.

Para la determinación del contravalor a pesetas del saldo pendiente en cada momento se tendrá en cuenta el cambio vendedor de la divisa de que se trate publicado diariamente por el Banco.

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

D<sup>a</sup>. ----- ha evidenciado, en el periodo de amortización del préstamo, equivocarse siempre en los tres cambios de divisa que ha solicitado. Cómo se ha expuesto en esta resolución, en el informe pericial y a lo largo de todo el procedimiento, una de las características esenciales del préstamo hipotecario multidivisa es que cuando se produce la apreciación de la divisa que se ha elegido, respecto al euro –moneda en la que e//a prestatario/a recibe sus ingresos-, aumenta tanto el número de euros que el prestatario ha de destinar a pagar su cuota, como el importe en euros del principal pendiente de pago en divisas, puesto que han de destinarse más euros a pagar la misma cantidad de divisa que antes se pagaba en las cuotas y también han de destinarse más euros para pagar el principal pendiente de pago en divisas. Como puede verse en el ANEXO III del Informe

pericial de D<sup>a</sup>. NURIA GARCÍA PASCUAL (documento nº 3 de la demanda, ff. 97 a 99 y en el documento nº 1 de la contestación de la demanda, ff. 152 a 153), D<sup>a</sup>. ----- realiza tres cambios de divisa en el periodo de amortización del préstamo:

1º).- El 4/9/08, en el que cambia del Yen Japonés (JPY) al Franco Suizo (CHF); en este periodo, que va del 9/10/08 al 9/4/09 (f. 97), la cuota mensual le incrementa de 779,70 € a 794,43 €, con una cuota máxima en el periodo de 821,21 € y una cuota mínima de 772,75 €, la única, de las cuotas del periodo, por debajo de la inicial de 779,70 €. El capital pendiente de pago del préstamo pasa de **149.818,53 €**, el 9/10/08, incrementándose a **150.607,91 €**, el 9/4/09.

2º).- El 30/4/09, en el que cambia del Franco Suizo (CHF) al Yen Japonés (JPY); en este periodo, que va del 30/5/09 al 9/3/11 (ff. 97 y 98), la cuota mensual le incrementa de 617,67 € a 716,67 €, con una cuota máxima en el periodo de 753,51 € y una cuota mínima de 616,58 €. El capital pendiente de pago del préstamo pasa de **148.737,78 €**, el 30/5/09, incrementándose a **165.449,57 €**, el 9/3/11.

3º).- El 14/3/11, en el que cambia del Yen Japonés (JPY) al Franco Suizo (CHF); en este periodo, que va del 9/4/11 al 23/6/15 (ff. 98 y 99) la cuota mensual le incrementa de 679,62 € a 813,89 €, con una cuota máxima en el periodo de 836,38 € y una cuota mínima de 716,41 €. El capital pendiente de pago del préstamo pasa de **163.192,54 €**, el 9/4/11, incrementándose a **169.287,99 €**, el 23/6/15.

Es decir; D<sup>a</sup>. ----- **se ha equivocado siempre**, en cada cambio de divisas, puesto que ha terminado pagando al final de cada periodo más euros por cuota que los que pagaba al principio de cada periodo y, sobre todo, por que al final de cada periodo de cambio de divisas, el capital pendiente de pago del préstamo en euros –que repetimos, es la moneda en la que D<sup>a</sup>. ----- percibe sus ingresos- ha aumentado en todos los casos respecto al capital pendiente que se adeudaba al inicio del periodo, con la consecuencia de que un principal del préstamo de **130.000 €**, a 8/10/07, fecha de otorgamiento de la escritura, se ha convertido en un principal del préstamo, pendiente de pago, de **169.287,99 €**, a 23/6/15. Como dijo la perito D<sup>a</sup>. NURIA GARCÍA PASCUAL en el acto de la vista (min. 00.39.01 y ss. del CD de grabación del acto de juicio) “Lo único que se puede observar es la ignorancia que tiene esta señora (D<sup>a</sup>. -----) en los cambios de divisa”.

Ninguna entidad financiera está obligada a que el cliente “**gane siempre**”, es decir, no está obligada a ofrecer productos financieros en los que el cliente siempre cumpla las expectativas, rentabilidades y ventajas que espera obtener de tales productos, ni tampoco está obligada a eliminar cualquier riesgo que pueda afectar al producto. Pero sí tiene la obligación de facilitar a los prestatarios una información clara y suficiente: a), clara, en el sentido de no crear confusión en el cliente acerca del préstamo en divisas que contrata; b), suficiente, en el sentido de que el cliente pueda llegar a conocer los efectos que la apreciación de la divisa frente al euro va a tener en el préstamo, tanto en las cuotas como en el principal pendiente de pago.

Pues bien; como tendremos ocasión de analizar en el FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO de esta resolución, **la información que la entidad financiera ofreció a D<sup>a</sup>. ----- ni fue clara ni fue comprensible, ni fue suficiente.**

Por lo demás, una vez declarada la falta de competencia objetiva de este Juzgador para conocer de la petición principal y subsidiaria primera, el *petitum* de la demanda origen del procedimiento queda concretado en la petición subsidiaria segunda del *petitum*.

**SEGUNDO.- PRESUPUESTOS PARA CONSIDERAR QUE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL EN LITIGO ES ABUSIVA: DEBE TRATARSE DE UNA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN Y E/L/OS DEMANDANTE/S HA/N DE TENER LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR/ES.**

**2.1.- La consideración de la cláusula litigiosa como condición general de la contratación para determinar la competencia objetiva del Juez de lo mercantil para conocer del asunto y para que éste pueda apreciar el carácter abusivo de una cláusula que recaiga sobre el objeto principal del contrato, la adecuación entre el precio y la retribución, los servicios o bienes que tengan que proporcionarse como contrapartida cuando, incluso, está redactada de manera clara y comprensible.**

Atendiendo a lo expresado en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (STS, en adelante) de 9/5/13 (Repertorio Oficial de Jurisprudencia, ROJ, en adelante: STS 1916/2013. Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS; STS 9/5/13, en adelante), apartado ó párrafo, (pº, en adelante) 137, podremos decir que una cláusula es una condición general de la contratación, en cuanto cumple los requisitos de:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de



modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

La exigencia de que se trate de una condición general de la contratación actúa como **presupuesto de la competencia del Juez de lo mercantil** para conocer del asunto [artículo 86 ter.2 d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial], puesto que si no estamos ante una condición general, sino ante una cláusula contractual individual, será competente para conocer del pleito el Juez de Primera Instancia. Con lo que, en puridad, este presupuesto ha debido de ser cuestionado por la parte demandada interponiendo la correspondiente declinatoria o por el Juez, de oficio y tan pronto como se advierta (artículo 48.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC, en adelante).

Teniendo en cuenta lo expuesto es el momento de destacar **el ambiguo posicionamiento de la representación procesal de la parte demandada en cuanto a si la cláusulas que nos ocupan son o no condiciones generales de la contratación**. La parte demandada expresa en la contestación de la demanda que “la cláusula multidivisa no es una condición general de la contratación”.

Decimos que es contradictoria la posición de la representación procesal de la parte demandada al respecto por que, a la vez que alega que no estamos ante una condición general de la contratación, **no ha planteado la declinatoria por falta de competencia objetiva del Juez de lo mercantil para conocer del asunto**. Como se ha dicho, solo plantea una falta de competencia del Juez de lo mercantil por que se ejercita una acción de nulidad y no acciones de cesación, retractación y declarativa, y no lo hace por declinatoria, sino en la contestación de la demanda. Lo cierto es que el Juez de lo mercantil sólo es competente objetivamente para conocer del presente asunto si la cláusula litigiosa es una condición general de la contratación [artículo 86 ter.2 d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial]. Si no estamos ante una condición general de la contratación, es competente para conocer del asunto el Juez de Primera Instancia. Sólo cuando estamos ante una condición general de la contratación puede el Juez mercantil entrar a conocer acerca de la abusividad de una cláusula contractual que **recaiga sobre el objeto principal del contrato, la adecuación entre el precio y la retribución, los servicios o bienes que tengan que proporcionarse como contrapartida cuando, incluso, está redactada de manera clara y comprensible**.

El artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE 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”.

Sin embargo, la propia redacción del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE ya establece una excepción al principio general de que no se controla el carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato: dicho control de abusividad es posible **cuando las cláusulas en cuestión no se han redactado de una manera clara y comprensible**.

Se dice con total claridad en el pº 191 de la STS de 9/5/13 que el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal del contrato no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo, tal como se expresa en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, en adelante) de 3/6/10, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, C-484/08, apartados 40 y 44.

Efectivamente; la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC, en adelante) no incorporó a su redacción el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y el Tribunal Supremo español planteó una cuestión prejudicial en cuanto a la compatibilidad de dicho precepto de la Directiva con la legislación nacional, fundamentalmente, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984) y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998), que modificó la Ley 26/1984 y adaptó el Derecho interno a la Directiva. La referida STJUE de 3/6/10 establece que los artículos 4, apartado 2, y 8 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 **no se oponen a una normativa nacional**, como la controvertida en el litigio principal, **que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible**. En dicha STJUE se proclama de forma meridiana que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden controlar el carácter abusivo de una cláusula que se refiera al objeto principal del contrato, expresándolo, literalmente, como sigue: “como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible”.

En consecuencia, lo primero que debió hacer la representación procesal de la parte demandada, en coherencia con su planteamiento de que no estamos ante una condición general de la contratación, es plantear la declinatoria por falta de competencia objetiva del Juez de lo mercantil. No lo ha hecho, incurriendo en contradicción con su planteamiento.

Pero es que, además, la cláusula en cuestión **sí que reúne las características que se han dicho para considerarla condición general de la contratación**. Lo que ocurre es que nos encontramos ante una cláusula esencial o principal del contrato (fijación del precio que percibe el prestamista en el contrato de

préstamo, afecta al objeto principal del contrato) que, en principio, no puede ser objeto de control. Repasamos las características exigidas por la STS de 9/5/13:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato deriva de que la entidad de crédito ha de establecer de manera unilateral las condiciones en las que va a conceder el préstamo y al cliente sólo le queda recurrir al mercado y la competencia, pero no puede obligar a la entidad financiera a contratar el préstamo en condiciones que no le permitan cubrir el riesgo que prevé en la operación.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada. Es decir, el prestamista sólo contra con la redacción que ha dado a la Cláusula multidivisa y que luego analizaremos con detalle. El recurso que le quedaba al prestatario no era convencer al prestamista de que quitara la cláusula en cuestión sino recurrir a otro prestamista que le ofreciera condiciones más ventajosas. Pero de ahí a decir que el prestatario podía negociar la Cláusula multidivisa, media un abismo. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 13/10/15 (ROJ: SAP M 14550/2015) lo expresa de forma clara, con cita doctrinal incluida: "El hecho de que el adherente conserve el tipo de libertad conocida como *"take it or leave it"* (**"lo tomas o lo dejas"**) no solo no excluye la imposición sino que es su nota característica. Como se ha señalado en la doctrina, lo que permite afirmar que *no hay libertad contractual en la adhesión* -y lo que legitima, en particular, el control de contenido de las condiciones generales- *no es que al adherente le queden dos únicas opciones* (contratar bajo esas condiciones o renunciar a contratar), **sino que la renuncia a contratar no sea una alternativa razonablemente disponible porque no pueda o sea muy costoso** -y, por tanto, inexigible- dirigirse a otros empresarios para seleccionar las condiciones contractuales óptimas (ALFARO ÁGUILA-REAL)".

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. Aunque la representación procesal de la parte demandada insistió en negar que estuviéramos ante cláusulas impuestas o no negociadas, no es así. De tal manera que el consumidor podía elegir entre el producto de una u otra entidad financiera, pero, una vez había elegido el producto de una entidad financiera y aceptado las condiciones del préstamo que interesaban al prestatario (fundamentalmente, el tipo de interés más bajo del Libor frente al del Euribor) el resto de las condiciones, entre ellas la Cláusula multidivisa, las imponía la entidad financiera en su libre decisión de fijar las condiciones en que prestaba y asumía el riesgo del préstamo. Pero eso no significa que el prestatario pudiera negociar la Cláusula multidivisa.

La representación procesal de la parte demandada alega que la cláusula ha sido negociada. Lo hace en los siguientes términos literales:

**“1.- cláusula multidivisa no es una condición general de la contratación.**

La cláusula multidivisa no es una condición general de la contratación, lo que impide el control de contenido referido de adverso...

183.- Ahora bien, aquéllas cláusulas contenidas en el préstamo que regulan las condiciones financieras del mismo -es decir, de alguna manera, su precio— han sido consideradas por parte de la doctrina y jurisprudencia como cláusulas expresamente negociadas por las partes. En este sentido, cabe poner de manifiesto i) que la validez de las condiciones financieras previstas en el préstamo no ha sido debidamente cuestionada por los demandantes, pues dichas condiciones responden a criterios de **racionalidad económica**, asegurando, en beneficio de todo el sistema financiero, un adecuado equilibrio entre el precio percibido por la entidad en las operaciones de activo, como son los préstamos hipotecarios, y el abonado en las operaciones; (ii) que no se puede hablar de reciprocidad en términos de equilibrio económico del préstamo, sino en cualquier caso en términos de un equilibrio obligacional del mismo, pues el Banco no pudo conocer, en el momento de concertarse el préstamo, la previsión a medio y largo plazo en la variación del tipo de cambio y de los tipos de interés; y (iii) que, incluso manejando los mismos parámetros de reciprocidad utilizados por la demandante en su escrito de demanda, no se podría considerar que los límites establecidos en las cláusulas impugnadas resulten desproporcionados, de acuerdo con el análisis de éstas. Así lo declaró expresamente para un supuesto análogo al presente la **lima. Audiencia Provincial de Madrid (Secc. 19ª) en Sentencia de 11 de junio de 2015:**

"No cabe duda que la complejidad del préstamo multidivisas es mayor que la de un préstamo sin la referida cláusula, pues al riesgo de variación del tipo de interés se une el de la fluctuación del tipo de cambio de divisa, pero tales parámetros (moneda en que se efectúa el préstamo y el índice empleado) **no desvirtúan la naturaleza del contrato ni lo convierten en un producto asimétrico entre las partes, perjudicial para el cliente y beneficioso exclusivamente para la entidad bancaria, como se relata en la demanda;** además, tampoco es cierto que se impida modificar su clausulado al cliente, pues como hemos visto éste puede optar en el plazo previsto (con la antelación de quince días hábiles al de finalización de cada periodo de intereses) por una de las divisas antes fijadas".

[Énfasis añadido].

184. En este punto, consideramos oportuno reiterar que las cláusulas financieras del préstamo **son objeto de negociación individualizada** con los prestatarios. Al tiempo de la firma del préstamo, existían ofertas en el mercado accesibles para la actora y que contemplaban cláusulas financieras distintas de las finalmente suscritas. Bien es cierto que lo característico de un préstamo como el que nos atañe consiste en la asunción de un riesgo tanto por el prestamista como por el prestatario, en ambos casos relativo a la fluctuación del tipo de cambio y los tipos de interés. Sin embargo, basta la lectura del contrato para observar cómo éste no constituye un

préstamo del que pudiera concluirse que su contenido esencial esté sometido a una variabilidad absoluta, esto es, en el que la fijación de su precio se haga conforme a parámetros totalmente volubles e imprevisibles. En este punto, cabe destacar la existencia de voces doctrinales que acuden a la existencia de otras ofertas en el mercado y la posibilidad de optar por las mismas como elemento excluyente de la imposición de cláusulas que fijan el tipo de cambio y tipo de interés aplicable. De hecho, existen algunas opiniones que han mantenido **la imposibilidad de considerar condiciones generales a las cláusulas que recaen sobre elementos esenciales del contrato**, toda vez que resulta impensable que alguien pueda vincularse contractualmente sin conocer las prestaciones y el precio que tiene derecho a obtener o se obliga a pagar y, por tanto, que pueda entenderse que estas cláusulas han sido impuestas. Así también lo ha declarado recientemente la SAP de Madrid (Secc. 19ª) de 5 de febrero de 2015”.

No se comparten las alegaciones efectuadas al respecto por la representación procesal de la parte demandada.

No obstante, lo que ahora interesa destacar, **es que la Cláusula multidivisa sí es una condición general de la contratación**. Y que para ser una condición general de la contratación precisa ser impuesta, es decir, que su incorporación al contrato debe imponerse por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

Como expresa la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, del 22/4/15 (ROJ: STS 1723/2015) “Para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor pueda considerarse “no negociada” y por tanto le sea aplicable la Directiva 1993/13/CEE y la normativa nacional que la desarrolla (en particular, la Ley y posteriormente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), basta con que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. *Tales requisitos se recogen en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE cuando establece que « se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión »*...Esta “imposición del contenido” del contrato no puede identificarse con la “imposición del contrato” en el sentido de “obligar a contratar”. Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, de entre las diversas empresas y profesionales que actúan en el mercado, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre (ahí es donde incide la garantía de la intervención notarial) y otra identificar tal consentimiento, aun intervenido notarialmente, en el contenido del contrato con la previa existencia de negociación individualizada del mismo”...

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, del 3/6/16 (ROJ: STS 2401/2016) expresa que “hemos venido entendiendo, en sentencias 241/2013, de 9

de mayo, 222/2015, de 29 abril, y 265/2015, de 22 de abril , que *hay «imposición»* de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, *cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario*. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente, como es el caso en que no consta acreditada la negociación”.

Ambas sentencias reiteran que “Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que **el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario**. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual”.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin.

En el **FUNDAMENTO DE DERECHO QUINTO** de esta resolución analizaremos determinadas partes de la Cláusula multivisa de las que se deduce que estamos ante una condición general de la contratación, que el predisponente utiliza, de forma prerredactada, elaborada unilateralmente e impuesta y que las ha meditado perfectamente.

En el presente caso, estamos ante una cláusula impuesta y no negociada, que afecta al objeto principal del contrato y a la que sólo puede aplicarse el control de transparencia, para determinar si es o no abusiva, si está redactada de manera que no resulte clara ni comprensible (artículo 4.2, último inciso, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993).

**2.2.- La condición de consumidor/es de//los demandante/s para poder considerar abusiva la cláusula contractual litigiosa.**

Otro de los presupuestos para la aplicación del control de transparencia sobre la cláusula en cuestión es que **e//los demandante/s ha/n de tener la condición de consumidor/es**. Así se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC, en adelante),

en la que se expresa que “Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. **Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores.** Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual. Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual”. El concepto de cláusula abusiva está estrechamente ligado al de consumidor, hasta el punto de que las cláusulas abusivas son tales cuando perjudican a un consumidor o usuario. Así lo establece el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, TRLCU, en adelante) cuando define las cláusulas abusivas. **“Se considerarán cláusulas abusivas** todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, **en perjuicio del consumidor y usuario**, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Tiene la condición de consumidor “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” (artículo 1.2 b) de la Directiva 93/13/CEE). En el mismo sentido se define al consumidor en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, TRLCU, en adelante): personas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

En el presente caso, la representación procesal de la parte demandada no discutió en la contestación de la demanda la condición que consumidora de la parte actora.

**Por tanto, se cumplen dos de los presupuestos exigidos para poder entrar a conocer de la nulidad de la cláusula por abusiva, como son que dicha cláusula es una condición general de la contratación y que los demandantes tienen la consideración de consumidores.**

**TERCERO.- EL CONTROL DE TRANSPARENCIA SOBRE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES ABUSIVAS QUE RECAEN SOBRE ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO. MODALIDADES DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA: A).- EL CONTROL DE INCORPORACIÓN. B).- EL CONTROL DE TRANSPARENCIA.**

Para abordar este **FUNDAMENTO DE DERECHO** de la sentencia es imprescindible remitirnos a lo expuesto en la precitada sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9/5/13, en el auto de aclaración de la misma de 3/6/13 (ROJ: AATS 5165/2013) y en la STS de 8/9/14 (ROJ: STS 3903/2014), ésta última, confirmando los criterios y consideraciones de las anteriores resoluciones.

El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13/CEE), dispone que "[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas" (STS 9/5/13, párrafo, pº, en adelante, 109).

La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, declarando la nulidad imperativa de las cláusulas abusivas, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 93/13/CEE [Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, STJUE, en adelante, de 26/10/06 (asunto C-168/05, caso MOSTAZA CLARO) y de 21/11/02, (asunto C-473/00, caso COFIDIS)] (STS 9/5/13, pº 111); si bien dicha nulidad absoluta de las cláusulas abusivas sólo entra en juego cuando operan en detrimento del consumidor (STS 9/5/13, pº 117).

La sentencia de la Audiencia Provincial (SAP, en adelante) de Madrid, Sección 28ª, de 22/3/07 (AC\2010\7) se refiere a la transparencia en relación a los elementos esenciales del contrato en los términos que siguen:

“Si aplicamos a los elementos esenciales del contrato los requisitos impuestos por la necesidad de transparencia **lo que garantizamos es que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el conjunto del contrato supone para él y la prestación que va a obtener de la otra parte.** Se trata en definitiva de facilitar la comparación entre ofertas respecto a elementos no sometidos a control de contenido. En este ámbito cabría incluir la protección frente a las cláusulas sorprendentes. **Cuando estamos ante elementos esenciales no importa su equilibrio** (los jueces no deben decidir qué servicios se cobran y cuales se prestan gratuitamente) **sino su transparencia.** El artículo 5.5 LCGC establece que la redacción de las cláusulas debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Estos tres últimos requisitos aparecen igualmente en el artículo 10.1 a) LGDCU. **El concepto de transparencia se ha conectado con el de información, entendido como la posibilidad de conocer de manera completa y adecuada el contenido de las condiciones generales.** En realidad las normas de transparencia contemplan la información a facilitar desde dos perspectivas: los extremos sobre los que se debe informar y la formulación del contenido”.



En el mismo sentido se expresa el auto de fecha 3/6/13, aclaratorio de la STS de 9/5/13. Tras manifestar que en el apartado séptimo del fallo de la sentencia se realiza una enumeración de medidas, letras a) a f), que permiten analizar la transparencia de una cláusula y que dicha enumeración no es exhaustiva ni excluyente de otras medidas, concluye:

“No existen medios tasados para obtener el resultado: **un consumidor perfectamente informado**,

13. También se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que **el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible**, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios”.

**En definitiva; es posible el control de la transparencia de una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato.**

Estas referencias al consumidor perfectamente informado no nos pueden hacer incurrir en el error de que se va a declarar abusiva y nula la cláusula por la concurrencia de un vicio del consentimiento puesto de manifiesto por que el consumidor consintió y firmó el contrato sin estar perfectamente informado de la cláusula y de sus efectos. La perspectiva desde la que el TS ha abordado el control de transparencia es entender 1º), que es el contratante predisponente el que **está obligado a un plus**, tanto en la claridad e inteligibilidad de la cláusula, como en la comprensión de la carga jurídica y económica del contrato, como en la respectiva asignación o distribución de los principales riesgos del contrato celebrado (STS de 26/5/14, ROJ: STS 2393/2014, Ponente: ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER) y 2º), ese “especial deber **contractual de transparencia del predisponente, debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales...el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada**. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, **no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo**, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, **la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta**; SSTJUE de 21 de febrero de 2013 , C- 427/11 y de 14 de marzo de 2013, C-415/11, así como STS de 26 de mayo de 2014 (núm. 86/2014)” (STS de 8/9/14, ROJ: STS 3903/2014, Ponente, ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER). Ciertamente que cuando se declare abusiva y nula una cláusula contractual, condición general de la contratación, lo normal es que afecte a un consumidor

insuficientemente informado y, por tanto, que expresó su consentimiento sin un pleno conocimiento de lo que firmaba, lo que permite hablar de vicios en el consentimiento. Sin embargo, la perspectiva adoptada por el TS no es la de verlo desde el punto de vista del consumidor insuficientemente informado, cuyo consentimiento se vió viciado o más o menos afectado; sino la de considerar que el contratante predisponerte no cumplió con su especial deber de transparencia al redactar las condiciones generales de la contratación. Son perspectivas diferentes pero para nada excluyentes.

En el pº 197 de la STS de 9/5/13 se dice que aunque una condición general defina el objeto principal de un contrato y aunque, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, ello no supone que el sistema no las someta **a un doble control de transparencia:** 1º), control de incorporación o inclusión de las condiciones generales, 2º), control de transparencia de las condiciones generales una vez han sido incorporadas a los contratos con consumidores. Este doble control de transparencia **tiene como resultado u objetivo final un consumidor perfectamente informado** y que pasamos a exponer en los dos FUNDAMENTOS DE DERECHO que subsiguen.

Como expresa la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 26/7/13 (ROJ: SAP M 12691/2013) “Ese doble control consiste en: 1º) superar el filtro de incorporación o de consideración de las mismas como incluidas en el contrato (artículos 5.5 y 7 de la LCGC), lo que se entenderá cumplido si las cláusulas son claras, concretas y sencillas, el adherente ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y no son ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles; y 2º) superar, además, una vez que puedan considerarse cumplidos los requisitos de incorporación a los contratos con consumidores, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta”.

**Tratamos separadamente del CONTROL DE INCORPORACIÓN y del CONTROL DE TRANSPARENCIA en los FUNDAMENTOS DE DERECHO que subsiguen.**

**CUARTO.- CONTROL DE INCORPORACIÓN O INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES.**

La SAP de Madrid, Sección 28ª, de 13/10/15 (ROJ: SAP M 14550/2015) se refiere a este control como primer control de transparencia.

En el pº 202 de la STS de 9/5/13 se expresa que “Coincidimos con la sentencia recurrida en que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la O(rden) M(inisterial) de 5 de mayo de 1994, **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**”.

El artículo 5.5 de la LCGC establece que “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.

El artículo 7 de la LCGC establece que “No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

Las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCG -“[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez” -, 7 LCGC -“[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]” (STS 9/5/13, pº 201).

En el presente caso sí se ha acreditado por la contratante predisponente (BANCO POPULAR ESPAÑOL, SAU) que se ha puesto a disposición de la demandante un documento denominado Oferta Vinculante para Préstamo Hipotecario (ff.72 y 72 vuelto) en el que, salvo la referencia al Libor mensual correspondiente a la divisa del préstamo en cada momento, no han pasado el resto de las cuestiones que se refieren en la Cláusula multividiva de la escritura de PRÉSTAMO, CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA Y PACTO DE AFIANZAMIENTO. En el presente caso resultaba obligatoria la Oferta Vinculante por que la OM de 5/5/94 obligaba a hacerla cuando la cuantía del principal del préstamo no supera los **150.253,03 €**, y en el presente caso es de **21.755.500 JPY**, equivalentes a **130.000 €**.

En la Oferta Vinculante figura la referencia a que “*Se hace constar el derecho del prestatario, en caso de qué acepte la oferta, a examinar en la notaría el proyecto de escritura durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, sin perjuicio de que el prestatario pueda renunciar a este derecho ante el notario autorizante siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública*”. Dicha Oferta Vinculante está firmada por la demandante, con lo que ha de concluirse que fue informada de la posibilidad de examinar el proyecto de escritura cumpliéndose el plazo para que la prestataria pudiera disponer de tres días hábiles anteriores a la firma (artículo 7.2 de la OM de 5/5/94).

Otro de los requisitos del control de incorporación es que las cláusulas no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Ello supone que la cláusula sea de fácil comprensión por su lectura –que, leída la cláusula de autos, podría serlo. Pero esta corrección gramatical o posibilidad de comprensión semántica de la cláusula no quiere decir que la cláusula sea transparente. Lo cierto es que aunque una cláusula sea clara desde el punto de vista gramatical o semántico, o esté destacada tipográficamente en mayúsculas o negrita, de tal forma que el adherente pueda conocer con claridad su significado, puede no ser transparente. La STS de 24/3/15 (ROJ: STS 1279/2015) se remite a la STS de 9/5/13, como la primera que ha distinguido entre la claridad semántica o gramatical de una cláusula, que afecta al control de incorporación, y la transparencia de la cláusula, que afecta al control de transparencia. Como luego tendremos ocasión de analizar, la STS de 24/3/15 ha puesto de manifiesto que cláusulas gramaticalmente claras pueden impedir al adherente, de forma subrepticia, percibir tanto el objeto del contrato como el equilibrio entre precio y prestación del contrato, así como poder efectuar una correcta comparación entre las ofertas del mercado.

**En consecuencia, la Cláusula multidivisa en cuestión debe declararse incorporada a la escritura de préstamo por que ha superado el control de incorporación.**

**QUINTO.-** La hipoteca multidivisa ha sido definida por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS, en adelante) de 30/6/15 (Repertorio Oficial de Jurisprudencia, ROJ, en adelante: STS 3002/2015. Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA) en los términos que siguen:

“3.- 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 para cada divisa).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una **divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro**, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.

4.- 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".

Esta STS se refiere a la nulidad del préstamo hipotecario multidivisa por error o vicio del consentimiento.

Desde el punto de vista jurisprudencial de las condiciones generales de la contratación, hay tres sentencias fundamentales para la resolución del presente caso:

1ª).- La STS de 9/5/13 (ROJ: STS 1916/2013, de la que destacamos lo siguiente:

"185. De forma coherente con tal planteamiento, la expresada Directiva dispone en el artículo 4.2 que "[l]a 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**".

...211. En este segundo examen, 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.

...250. En efecto, que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describan o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad -este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato-. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas.

...254. En este sentido apunta la ya citada STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, que, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, en el apartado 68 afirma que "[...] tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido [...], y en el apartado 69 que "[e]n lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".

La STS de 9/5/13 nos pone de manifiesto tres aspectos de interés para el presente caso:

1º).- La mayor o menor claridad y comprensión de la cláusula que afecta al objeto principal del contrato es determinante de que la cláusula sea o no abusiva. Tal como expresa la Directiva 93/13/CEE, aunque la cláusula multidivisa afecta a un objeto principal del contrato, como es el precio del contrato, es susceptible de ser sometida al control de transparencia, y de ser declarada abusiva cuando no esté redactada de una manera clara y comprensible.

La Cláusula multidivisa de autos define el precio del contrato de préstamo y afecta, por tanto, al objeto principal del contrato de préstamo. Sólo es posible

aplicarle el control de transparencia y analizar el carácter abusivo de la cláusula, del que resulta su nulidad, si dicha cláusula no ha sido redactada de manera “clara y comprensible” (último inciso del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE).

Pues bien; la cláusula multidivisa de autos no es clara ni comprensible en un aspecto esencial de la misma. En el primer párrafo de dicha cláusula, se dice:

“La prestataria podrá, con un mínimo de 3 días hábiles de antelación al vencimiento de cada cuota de amortización, solicitar la sustitución de la divisa por otra de las cotizadas en España, incluida la peseta, valorándose a estos efectos la divisa que se sustituya al cambio vendedor, y la que se introduce al cambio comprador. **La sustitución deberá afectar al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar utilizado y reflejado en una sola divisa**”.

Y en el párrafo séptimo de dicha Cláusula se dice:

“Por tanto, la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a Banco de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la moneda que, según el caso sea contratada, pueda ser superior al límite pactado”.

Lo que se le está diciendo a la parte prestataria es que está expuesta de una forma total al riesgo de la variación del tipo de cambio de divisas, que afecta al saldo pendiente del préstamo, es decir, que los importes del capital pendiente de pago y de las cuotas mensuales que deban satisfacerse van a subir y bajar en función del tipo de cambio de las divisas que se elijan.

Esto es lo que se ha aplicado en la realidad y lo que ha ocurrido en la amortización del préstamo contratado por D<sup>a</sup>. -----.

Pero en la Cláusula multidivisa de la escritura de también se dice algo que está en contradicción con lo anterior y con lo aplicado en la realidad a D<sup>a</sup>. -----  
---. En el párrafo séptimo de dicha cláusula se dice lo siguiente:

“La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo, en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio”.

La interpretación de la redacción de la Cláusula multidivisa en este punto puede sintetizarse en que, por más cambios de divisa que se hagan, en ningún caso se va a producir una elevación del importe del préstamo, cualquiera que sea la causa, inclusive, aunque varíe el tipo de cambio. Como luego tendremos ocasión de analizar, dicha expresión de la Cláusula no sólo es **contradictoria y/o errónea**, en relación a lo que la Cláusula expresa en su primer (“La sustitución deberá afectar

*al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar utilizado y reflejado en una sola divisa") y séptimo párrafos ("Por tanto, la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a Banco de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la moneda que, según el caso sea contratada, pueda ser superior al límite pactado"), sino que también resulta **falsa o incumplida** en relación a lo que se ha aplicado por la entidad financiera, en la realidad, al préstamo contratado por D<sup>a</sup>. -----.*

Evidentemente, la redacción de la cláusula diciendo que la sustitución de una divisa por otra no va a suponer "en ningún caso", incluido el supuesto de "variación del tipo de cambio" de divisa, un incremento del importe del préstamo está impuesta y prerredactada por la predisponente para garantizar una fácil comercialización del préstamo, desterrando el miedo de la adherente a sufrir los peores efectos de la variación del tipo de cambio de divisas: el incremento del importe del préstamo y la imposibilidad de hacer frente al mismo.

Lo que ahora interesa destacar es que, en un aspecto esencial, como es si el tipo de cambio de las divisas va a producir o no una elevación del importe del préstamo, la Cláusula multidivisa **ni es clara ni es comprensible en cuanto a cómo juega en la economía del contrato**, por que el predisponente utiliza, de forma prerredactada, elaborada unilateralmente e impuesta, dos redacciones conscientemente meditadas que le sirven para dar solución a dos problemas importantes que presenta el producto financiero denominado hipoteca multidivisa: a), en la comercialización, tranquilizar al adherente asegurándole que no se producirá un aumento del importe del préstamo; b), en el desarrollo del contrato, cubriéndose el predisponente de los riesgos de variación del tipo de cambio que pasan a ser soportados por el adherente.

2º).- La nulidad de una cláusula, por falta de transparencia, es independiente de que pueda o no ser una cláusula que cause un desequilibrio en los derechos y obligaciones del contrato en perjuicio del consumidor. Que una cláusula sea clara y comprensible, en el sentido de que supere el control de incorporación, no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas, pero también es perfectamente posible que una cláusula abusiva, por no transparente, produzca un desequilibrio de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato en perjuicio del consumidor.

3º).- Para apreciar si existe desequilibrio, pese a las exigencias de la buena fe, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

Pues bien; en el párrafo séptimo de la Cláusula multidivisa, se dice lo siguiente:



“La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo, en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio. Por tanto, la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a Banco de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la moneda que, según el caso sea contratada, pueda ser superior al límite pactado. **Si se produjera dicho exceso, de manera que el contravalor en euros o pesetas del capital pendiente de amortizar fuera superior en un 10% al importe de la responsabilidad hipotecaria que por principal corresponde, la prestataria deberá realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso. En caso de que dicha amortización extraordinaria no se lleve a cabo en el plazo de dos meses contados desde la fecha en que el exceso se produzca, el Banco estará facultado para llevar a cabo la sustitución de la divisa contratada por pesetas o euros. La sustitución de la divisa utilizada implicará, en todo caso, la modificación del tipo básico de referencia aplicable, en los términos establecidos en el apartado 3.4. de la presente cláusula”.**

El principal garantizado en la escritura de préstamo son 130.000 €. Como puede verse en el Anexo III del Informe pericial (ff. 97 a 99), a fecha 23/6/15, D<sup>a</sup>. ----- adeuda a la entidad financiera, por principal 169.287,99 €, es decir, 39.287,99 € de principal más que el importe garantizado en la escritura (130.000 €); un **30,22%** más del importe garantizado por principal; en consecuencia, el principal pendiente de amortizar es muy superior al 10% del principal garantizado en el préstamo y la entidad financiera no ha requerido a la prestataria para que efectúe una amortización extraordinaria del 20,22% del exceso no permitido. Además, esta circunstancia de que el capital pendiente de amortizar excede del 10% del importe del principal garantizado se ha dado desde la cuota 12, de fecha 9/10/08, hasta la última de las cuotas que se recogen en el Anexo III del Informe pericial, la cuota 98, de fecha 23/6/15, es decir, durante un plazo de siete años, habiéndose superado ampliamente el plazo de dos meses que tiene la parte prestataria para efectuar la amortización extraordinaria del exceso del 10% sobre el importe del principal garantizado sin que la prestataria haya efectuado tal amortización. El párrafo séptimo de la Cláusula prevé que en el caso de que dicha amortización extraordinaria no se produzca en el plazo de dos meses, la entidad financiera prestamista tiene la facultad de sustituir la divisa contratada por euros y modificar el tipo básico de referencia al Euribor. A la vista del Anexo III podemos concluir que, si después de siete años produciéndose excesos superiores al 10% del importe del capital garantizado, la entidad financiera ejercitara la facultad de convertir el préstamo en euros en la cuota 98, cuando el exceso es del 30,22%, la prestataria pasaría de deber un capital de 130.000 € a deber un capital de 169.287,99 € y también sería perjudicada por que se le aplicaría un tipo de interés más alto, al estar ahora referenciado al Euribor en lugar de al Libor. La conclusión de todo ello es que la parte de la cláusula que establece que “La sustitución de la divisa utilizada no

supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo, en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio” no se sostiene en forma alguna, por que la única forma en que podría sostenerse es obligando al prestatario a amortizar el exceso superior al 10% del importe del principal garantizado en el plazo de dos meses desde que el exceso se produzca; decimos que es la única forma por que cuando la entidad financiera procede a ejercer su facultad, convirtiendo el préstamo a euros y referenciándolo al Euribor, por que el prestatario no ha amortizado extraordinariamente los excesos, lo hace elevando el importe del préstamo sobre la cifra garantizada, conforme a los excesos del 10% que se han producido, con lo que en forma alguna cumple lo establecido en la referida cláusula (“La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo”) por que la sustitución de la divisa ha supuesto una elevación del importe del préstamo. Sin embargo, la amortización extraordinaria que debe hacer el prestatario cuando se produzca el exceso no es obligatoria, sino facultativa, dado que si el prestatario incumple, la consecuencia prevista en la Cláusula multdivisa es que la entidad financiera pueda –si quiere- ejercitar su facultad de convertir el préstamo a euros y referenciarlo al Euribor, aumentando el importe del préstamo por encima de la cifra garantizada. La no realización por el prestatario de la referida amortización extraordinaria no aparece recogida en los supuestos de vencimiento anticipado del préstamo (ff. 52 a 54). **Por tanto, si el prestatario no está obligado a amortizar anticipadamente el exceso del 10% sobre el importe garantizado del principal –que no lo está- no hay forma de conseguir que se cumpla lo que dice la cláusula: que la sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo.** Si conviene aclarar que aunque la cláusula parece referirse a que el exceso ha de producirse en el momento en que se sustituye la divisa (de las tres sustituciones realizadas por D<sup>a</sup>. ----- sólo la primera ha supuesto aumento respecto a la cuota pagada el mes anterior, pero las tres sitúan el principal por encima del 10% del importe garantizado) es indiferente cuándo se produce el exceso, por que en ningún caso -incluso, aunque el exceso se produzca meses después del cambio de divisa- la sustitución de la divisa puede suponer la elevación del importe del préstamo. En suma; no sólo estamos ante una cláusula que no es clara ni comprensible, cuando se la pone en relación con el resto de las cláusulas y se analiza cómo juega en la economía del contrato, sino que estamos ante una cláusula que produce un desequilibrio en los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor, por que la única manera que hay de cumplirla es que la prestataria efectúe continuas amortizaciones extraordinarias del préstamo, satisfaciendo el exceso del 10% sobre el importe garantizado del capital cada vez que se produzca, para conseguir que el importe del capital pendiente de pago no se eleve sobre el importe garantizado. Esto supone una modificación mensual de los importes a pagar por el préstamo, incompatible con la seguridad y estabilidad que han de tener las cuotas de un préstamo hipotecario. Ese riesgo del tipo de cambio, concretado en los excesos que se producen sobre el importe garantizado del principal, nunca es compartido por la entidad financiera, que jamás ha renunciado a cobrar dichos excesos. Por ello, cuando se analiza cómo juega la cláusula en la economía del contrato, además

de no clara ni comprensible, resulta desequilibrada, en perjuicio del consumidor, en cuanto a los derechos y obligaciones que introduce.

2ª).- La STJUE, Sala Segunda, de 20/9/17, Asunto C 186/16, ANDRICIUC, referida a un préstamo en divisas, de la que destacamos lo siguiente:

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

48.- Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50).

49.- En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), **que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero** (Recomendación A— Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).

50.- Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, **se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso**

de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados **toda la información pertinente** que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras.

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

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

La STJUE, Sala Segunda, de 20/9/17, ANDRICIUC, nos permite efectuar las siguientes observaciones a tener en cuenta en el presente caso:

1ª).- La información que proporcione la entidad financiera ha de ser suficiente para que **un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de**

**depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto.** En el caso que nos ocupa, esta información se extiende también a que la prestataria, en el momento de la celebración del contrato, fuera capaz de valorar que una apreciación de la divisa suponía un aumento en euros del capital pendiente en un importe que, a fecha 23/6/15, había aumentado en 39.287,99 €.

2ª).- El profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados **toda la información pertinente** que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras. La forma efectiva y práctica de que el banco prestamista pueda exponer a la prestataria las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera no es otra que **realizar simulaciones a la prestataria**, para que ésta vea de una forma práctica y concreta, cómo le afectan las variaciones del tipo de cambio. En el presente caso, no consta que se hiciera a la prestataria ninguna simulación adecuada para que pudiera ver cómo le afecta el riesgo de tipo de cambio, por que la única simulación acreditada que se le ha hecho es (ff. 64 a 66) con un tipo de interés fijo, sin que se produzcan incrementos del capital pendiente de pago, que disminuye progresivamente y sin variaciones del tipo de cambio de la divisa, similar en casi todo (salvo que la moneda son Yenes Japoneses, y no euros) a la tabla de amortización que se obtendría en un préstamo a tipo fijo.

3ª).- **La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato.** En este sentido, la perito D<sup>a</sup>. NURIA GARCÍA PASCUAL pone de manifiesto en su informe que la entidad prestamista cuenta con unas herramientas q le permiten no sólo indicar de forma genérica que existe riesgo en el tipo de cambio, sino que el mismo puede ser cuantificado con simulaciones sobre su efecto tanto en el nominal del préstamo como en la cuota mensual. Añade la perito que “La expectativa de evolución futura de tipos de interés era que bajara el Euribor, reduciendo la diferencia con el LIBOR, de manera que el ahorro en tipo de interés que la Cliente percibe en la contratación se iba a ir perdiendo conforme avanzara el tiempo, sin ser conocedora de ello. Incluso, se preveía que el Libor llegara a ser más caro que el Euribor. Por otro lado, de la Gráfica siguiente, muestra la evolución futura del tipo de cambio y se observa como el Mercado financiero tenía unas expectativas de apreciación del Yen frente al euro, lo que se traduce en una expectativa de encarecimiento del Préstamo al estar en esa divisa frente a la opción

de un Préstamo en euros normal y corriente”. Las herramientas de previsión a las que alude la perito, tanto en su informe como en su intervención en el acto de la vista, es la herramienta financiera Bloomberg, haciendo uso en su informe de Bloomberg.Curva Forward Tipos de Interés, para determinar las previsiones de evolución del EURIBOR de enero del 2006 a enero del 2018 y de Bloomberg.Curva Forward Swap divisas, para determinar la evolución del Yen Japonés (JPY) respecto del Euro, de enero del 2006 a enero del 2034 (f. 82).

3ª).- La STS de 15/11/17 (ROJ: STS 3893/2017), que es la primera STS declarando la nulidad, por abusividad y falta de transparencia, de una cláusula multidivisa, abordada desde el punto de vista de las condiciones generales de la contratación. Dicha sentencia expresa lo siguiente:

**“10.-** Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.

**11.-** De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

**12.-** En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso *Andriciuc*, declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas:

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

potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

**13.-** La jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE.

Esta línea jurisprudencial se inicia a partir de la *sentencia 834/2009, de 22 de diciembre* y se perfila con mayor claridad a partir de la *sentencia 241/2013, de 9 de mayo*, hasta las más recientes *sentencias 171/2017, de 9 de marzo*, y *367/2017, de 8 de junio*.

**14.-** En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato.

Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

**15.-** A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

**18.-** También declaramos en esa sentencia, como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, que la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en su considerando cuarto, hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad en

la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado» y que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban». El considerando trigésimo de la Directiva añade que «debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito [...]».

Por esas razones, los arts. 11.1.j, 13.f y 25.6 de la Directiva imponen determinadas obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos asociados a la denominación del préstamo en una moneda extranjera.

50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, **el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos (o apreciación de la divisa)**. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. **En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras».**

**23.-** Para determinar la información que Barclays debió suministrar a los demandantes tiene especial relevancia la diferenciación entre la divisa en que se denominó el préstamo, pues en ella se fijaba el capital prestado y el importe de las cuotas de amortización, a la que podemos llamar «moneda nominal», y la moneda en la que efectivamente se entregó a los demandantes el importe del préstamo y se pagaron por estos las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar «moneda funcional». En la cláusula en la que se especificaba, denominada en divisa, el capital prestado, se fijaba también su equivalencia en euros.

**26.- En concreto, Barclays no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa.**



**Esa información era necesaria para que los prestatarios pudieran haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudieran haber comprendido los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda en la que recibían sus ingresos. Así lo declara la STJUE del caso *Andriuc*, en sus apartados 49 y 50.**

Barclays no solo no les dio esa información, sino que la cláusula financiera 2.<sup>a</sup>.II.g de la escritura de préstamo hipotecario distorsionaba la comprensión de ese riesgo, pues establecía que de no modificarse el tipo de interés, la cantidad a pagar comprensiva de la amortización de capital e intereses no sufriría variación alguna.

Sobre esta cuestión, es relevante el hecho de que al concertarse el préstamo, en cuyo momento el interés aplicable era del 1,47% anual, los prestatarios pagarán una primera cuota mensual de 1019,66 euros mientras que en junio de 2012, pese a que el tipo de interés había bajado hasta el 0,96% anual, el importe de la cuota mensual ascendiera hasta 1540,95 euros.

**31.- Si bien el riesgo de un cierto incremento del importe de las cuotas de amortización, en los casos de préstamos denominados en divisas o indexados a divisas, por razón de la fluctuación de la divisa, podía ser previsto por el consumidor medio de este tipo de productos sin necesidad de que el banco le informara, no ocurre lo mismo con los riesgos que se han descrito en los anteriores párrafos.**

**La percepción propia de un consumidor medio que concierta un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo.**

Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado considerablemente y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor.

El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa.

**32.- Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en**

caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros.

**33.-** Por estas razones es esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo.

También debe ser informado de la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera, porque supone también un serio riesgo para el consumidor que, pese a no haber incurrido en incumplimiento contractual, se vería obligado a devolver de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar.

**34.-** En el caso objeto del recurso, algunos de los riesgos sobre los que no se informó adecuadamente a los demandantes se han materializado y les han causado un grave perjuicio. Los prestatarios no solo han tenido que abonar cuotas de amortización superiores en aproximadamente un 50% al importe de la cuota inicial, pese a la bajada del tipo de interés, y han llegado a un punto en el que no han podido seguir haciendo frente a las cuotas de amortización, sino que además, al haber hecho uso el banco de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo por el impago de las cuotas, la cantidad que ha reclamado a los prestatarios, en euros, como capital pendiente de amortizar, en el proceso de ejecución hipotecaria, supera significativamente la cantidad que les fue ingresada en su cuenta en euros por la concesión del préstamo.

**35.-** La información omitida era fundamental para que los demandantes hubieran optado por una u otra modalidad de préstamo mediante la comparación de sus respectivas ventajas e inconvenientes. O incluso para que hubieran decidido no suscribir un nuevo préstamo para cancelar los anteriores, y hubieran optado por seguir pagando esos préstamos que tenían concertados anteriormente, a un tipo de interés superior al que inicialmente tuvo el préstamo multidivisa pero en los que no existía ese riesgo de fluctuación de la divisa. Además, de haber mantenido los anteriores préstamos, se hubieran ahorrado los gastos en que incurrieron al concertar el nuevo préstamo hipotecario.

No debe olvidarse que el préstamo en divisas se solicitó justamente para cancelar esos préstamos anteriores, porque con la escasa información de que disponían los prestatarios, el préstamo en divisas aparecía como más favorable para sus intereses que los préstamos preexistentes.

**36.-** Barclays alega que la escritura de préstamo se otorgó ante notario y que contenía información adecuada sobre la naturaleza del préstamo y los riesgos asociados al mismo. También alega que la escritura contenía una cláusula en la que los prestatarios manifestaron conocer los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, asumían los riesgos derivados de estar representado el

préstamo en divisa y reconocían haber recibido de Barclays la información necesaria para la evaluación de dichos riesgos, por lo que exoneraban a Barclays de cualquier responsabilidad al respecto.

**37.- En la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, declaramos que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia.**

**40.- Además de lo expuesto, en la escritura tampoco se informa sobre la naturaleza de los riesgos asociados a la denominación en divisas del préstamo. Barclays dispuso una condición general en la que los prestatarios afirmaban que conocían los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, sin precisar siquiera en qué consistían tales riesgos.**

**Tal afirmación, como ha resultado probado en el proceso, no se ajustaba a la realidad pues Barclays no entregó a los demandantes ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la formación adecuada sobre el producto que le permitiera informar sobre su naturaleza y riesgos.**

**43.- La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo”.**

En relación a esta sentencia, hacemos las siguientes observaciones de aplicación al caso:

**1ª).- La sentencia concreta cuál es la percepción propia de un consumidor medio que concierta un préstamo; dicha percepción consiste en que a medida que el consumidor va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo.** Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado considerablemente y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor. Como veremos, en el caso que nos ocupa, en el momento de la contratación, la percepción está distorsionada, por que lo único acreditado en el

procedimiento es que a la prestataria sólo se le hace una simulación a un tipo de interés fijo, que es el tipo de interés del Libor/Yen Japonés (JPY) existente en el momento de la firma de la escritura: 1,55%. Nos dice al respecto la perito D. NURIA GARCÍA PASCUAL en su Informe (f. 86): “Existe una diferencia en el valor de ambos índices siendo menor el LIBOR, lo que hace más barato el Préstamo si va referenciado al LIBOR. En el momento de la firma del préstamo, el interés inicial de la hipoteca es del 1,55% ligado al LIBOR/JPY y el Euribor en aquel momento era del 4,725% (media mes de Septiembre). Motivo utilizado para la venta de este tipo de hipotecas”. Pues bien; D<sup>a</sup>. -----, de la simulación unida a autos en la escritura, tiene dos percepciones distorsionadas: la primera, que el tipo de interés del Libor va a ser siempre más bajo que el del Euribor, cuando lo cierto era que “Desde inicio de 2.006 el mercado financiero ya esperaba una reducción de las diferencias entre el LIBOR y el EURIBOR. Situación desconocida para los clientes quienes piensan que con la elección del LIBOR van ahorrarse dinero en su hipoteca, por los niveles elevados del EURIBOR frente a los más bajos del LIBOR” (Informe pericial de D. NURIA GARCÍA PASCUAL, f. 88); la segunda, que el capital pendiente va disminuyendo a medida que se pagan las cuotas, que el tipo de interés se mantiene constante y que las cuotas mensuales a pagar se mantienen constantes, por que la única simulación que se le ha hecho a D<sup>a</sup>. ----- es la de una hipoteca a tipo fijo, sin contravalor en euros (ff. 64 a 66).

Cuando se observa el Anexo III del Informe Pericial (ff. 97 a 99), se aprecia que la drástica caída del Euribor se produce con la cuota 25, de fecha 30/11/09, y que a partir de aquí, D<sup>a</sup>. ----- hubiera pagado cuotas mensuales más bajas si hubiera fijado su préstamo hipotecario en euros. El importe pagado de más, por haber contratado el préstamo en divisas, en lugar de euros, para el periodo que va del 8/10/07 al 23/6/15 debe fijarse, correctamente, en la cifra de **8.435,24 €**. A criterio de este Juzgador, la cifra de 8.990,30 € que refleja el Informe Pericial, debe disminuirse en 555,06 € por que, por las razones que sean, BANCO POPULAR ESPAÑOL, SAU, no cobró a D<sup>a</sup>. ----- la cuota correspondiente al 9/3/11, con lo que en la línea correspondiente a esa cuota, en la penúltima columna, debe figurar -555,06 €, en lugar de los 0,00€ que figuran. Con ello se obtiene el resultado de 8.435,24 € ( $8.435,24 € = 8.990,30 € - 555,06 €$ ), que es el que cuadra con los totales que se expresan en la última hoja del Anexo III, al f. 99 (**8.435,24 € = 64.744,68 €**, cantidad total pagada por D<sup>a</sup>. ----- en cuotas del préstamo - **56.309,44 €**, cantidad total que hubiera pagado D<sup>a</sup>. ----- de haber contratado el préstamo en euros).

2<sup>a</sup>).- En concreto, no se explica adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa. Esa información era necesaria para que los prestatarios pudieran haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudieran haber comprendido los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda en la que recibían sus ingresos. Tres riesgos

fundamentales presenta la hipoteca multidivisa que la hacen especulativa y, por tanto, inadecuada para un consumidor medio, que requiere un préstamo hipotecario lo más estable y seguro posible: 1º).- El riesgo de tipo de cambio de la divisa, que puede manifestarse en un incremento del capital pendiente de pago, algo que no ocurre en los préstamos hipotecarios en euros a tipo de interés fijo o variable. 2º).- El riesgo de tipo de interés, que puede producir un aumento de la cuota a pagar, común en las hipotecas a tipo fijo y variable en euros, pero más complicado que en estas, por que el tipo de interés es el del país (Libor de la divisa) que tiene como moneda la divisa elegida y no el del país que tiene la moneda en la que el prestatario obtiene sus ingresos (Euribor).- 3º).- El riesgo de fluctuación de valor del inmueble adquirido. Es más fácil que la fluctuación del valor del activo adquirido (inmueble) en España se adecúe a la fluctuación de los tipos de interés en España y la Zona Euro (Euribor bajo mantenimiento por las Autoridades Monetarias Europeas para afrontar la crisis económica, estrechamente vinculada a la burbuja inmobiliaria) que su adecuación a los tipos de interés y de cambio de divisas de países que no están en la Zona Euro. La transcrita STS de 30/6/15 se refiere a estos riesgos cuando dice 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 prestatarios deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos”. En el caso que nos ocupa, el incremento del importe producido por el tipo de cambio de la divisa pone en riesgo la capacidad de D<sup>a</sup>. ----- de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa (apreciación de ésta frente al euro) por que no sólo ha supuesto un incremento de las cuotas mensuales a pagar, sino que ha supuesto un incremento del capital pendiente de pago, hasta el 23/9/15, de **39.287,99 €** [39.287,99 € = 169.287,99 € - 130.000 € (ff 97 a 99, Anexo III del Informe pericial)]. Si atendemos a las cifras proporcionadas por la perito D. NURIA GARCÍA PASCUAL en el Anexo III de su informe, el riesgo producido por el tipo de cambio, manifestado en el incremento del capital pendiente de pago (**39.287,99 €**) es de mayor cuantía y tiene una importancia más acusada en el préstamo contratado que el riesgo derivado del tipo de interés Libor/Euribor, manifestado en la diferencia de cuotas pagadas aplicando uno y otro Índices de Referencia (**8.435,24 €**). Por tanto, de los tres riesgos de la hipoteca multidivisa, el que ha tenido una repercusión mayor en el presente asunto es el riesgo de tipo de cambio de divisa, que es el que más caracteriza este tipo de hipotecas. En el caso de la STS de 15/11/17 se dice: “Barclays no solo no les dio esa información, sino que la cláusula financiera 2.<sup>a</sup>.II.g de la escritura de préstamo hipotecario distorsionaba la comprensión de ese riesgo, pues establecía que de no modificarse el tipo de interés, la cantidad a pagar comprensiva de la amortización de capital e intereses no sufriría variación alguna”. En el caso que nos ocupa, a D<sup>a</sup>. ----- no sólo no se le da la información de que la variación del tipo de cambio puede poner en riesgo su capacidad de poder pagar el préstamo, sino que se le da una información errónea, puesto que en la cláusula multidivisa se le dice que “La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo”. **Se ha acreditado que**

dicha información, además de errónea, es falsa (ver Anexo III del Informe Pericial, f. 97) porque la primera vez que D<sup>a</sup>. ----- cambia de divisa, en la cuota 12, de fecha 9/10/08, el capital pendiente de pago pasa de 141.922,60 € a 149.818,53 €; y por que el resultado final de las tres sustituciones de divisa que D<sup>a</sup>. ----- lleva a cabo en el periodo de amortización del préstamo analizado en el Anexo III del Informe Pericial (ff. 97 a 99) tienen como resultado final una elevación del importe del préstamo en **39.287,99 €** (39.287,99 € = 169.287,99 € - 130.000 €); en dos de esas sustituciones, el importe pendiente del capital baja respecto al del mes anterior (cuota 19, de 30/5/09 y cuota 42, de 9/4/11); pero como “en ningún caso” las sustituciones de la divisa utilizada pueden suponer un aumento del importe del principal del préstamo pendiente de pago la información que se le está dando a D<sup>a</sup>. ----- es que, en este préstamo, nunca va tener pendiente de pago un principal superior al que se le entrega inicialmente (el equivalente a 130.000 €); y en el presente caso, las tres sustituciones de divisa realizadas han dado como resultado un incremento del capital pendiente de pago en 39.287,99 €; luego está claro que sí existe “un caso”, el presente, en el que las sustituciones de divisa que se han realizado han dado lugar a un incremento del capital pendiente de pago; y, por tanto, es falso lo que se le dice en la escritura: que “en ningún caso” la sustituciones de la divisa utilizada supondrán una elevación del importe del préstamo”. A partir del incremento del capital pendiente de pago, en el periodo de 8/10/07 a 23/06/15, de 39.287,99 €, y del incremento de las cuotas mensuales en dicho periodo de 541,06 € a 813,89 €, D<sup>a</sup>. -----, con su sueldo de azafata de vuelo y una hija menor a su cargo, carece de capacidad económica, por sí misma, para hacer frente al préstamo. Por tanto, la conclusión lógica es que si aceptó contratar el préstamo con la Cláusula multidivisa es por que no se le explicó adecuadamente el riesgo del cambio del tipo de divisa que ha terminado haciéndose realidad.

3<sup>a</sup>).- La STS de 15/11/17 expresa: **“Barclays predispuso una condición general en la que los prestatarios afirmaban que conocían los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, sin precisar siquiera en qué consistían tales riesgos”**. En la Cláusula multidivisa de autos también se recoge dicha advertencia en los siguientes términos:

“Por tanto, la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a Banco de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la moneda que, según el caso sea contratada, pueda ser superior al límite pactado”.

La conclusión para el caso presente es la misma que obtiene la sentencia de 15/11/17: no se han precisado en que consisten tales riesgos, y cuando se precisan, se hace de forma contradictoria, como cuando se expresa que “La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo, en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio”.

**La consecuencia de lo expuesto es que la Cláusula multidivisa ha de ser declarada, toda ella, nula, por abusiva. y que la demanda ha de ser estimada.**

**SEXTO.-** En el *petitum* de la demanda, la actora solicita:

- Que se declare la nulidad de las cláusulas relativas a las divisas contenidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgado el 19 de mayo de 2.006.

- Que se fije la deuda en euros, esto es, en 130.000 € a los que equivalían los 21.755.500 JPY prestados.

- Que se referencie la deuda al EURIBOR, tal como se estipula para las disposiciones en Euros contenida en la cláusula financiera 3.2, apartado A) de la escritura de préstamo, con un diferencial de 0,400 pactado en la misma cláusula.

Peticiones, estas dos últimas, que ya están previstas en la propia escritura.

- Que se declare, que la cantidad adeudada por Doña ----- a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. es la resultante de disminuir del importe prestado (130.000 euros) las cantidades amortizadas en concepto de principal también convertidos a euros. Cantidad esta que a la fecha de presentación de la demanda de sesenta y cuatro mil setecientos cuarenta y cuatro euros y sesenta y ocho céntimos (64.744,68 €), de las que corresponderían 51.052,20 (a esta fecha) a amortización de capital; cantidad esta que deberá ser fijada a la fecha de sentencia y fijar el capital pendiente a la fecha de sentencia, capital pendiente que a la fecha de presentación de la demanda y tal como refleja el dictamen de la Señora Perito debiera de 97.509,42 Euros si hubiese optado desde el inicio por los Euros como moneda elegida.

Esta petición, como se indica en ella, habrá de ser actualizada en ejecución de sentencia conforme a las bases expresadas en el contrato de préstamo y en la presente resolución.

- Que por BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. se indemnice a Doña ----- ---- en la cantidad resultante hasta la sentencia de sumar las cantidades pagadas de más exclusivamente por la cláusula multidivisa cuya nulidad se solicita y que de acuerdo con la Señora Perito y hasta la fecha de presentación de la demanda ascienden a OCHO MIL NOVECIENTOS NOVENTA EUROS Y TREINTA CÉNTIMOS (8.990,30 €). Ya hemos indicado en esta resolución que las cantidades pagadas de más en las cuotas satisfechas a fecha 23/6/15 ascienden a **8.435,24 €**, y no a 8.990,30 €; dicha cantidad habrá de ser actualizada a la fecha en que se practique la liquidación del préstamo en ejecución de sentencia.

- Que se condene a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a recalcular las cuotas pendientes de amortización en función de lo anterior y

ateniéndose a la cláusula segunda del contrato de préstamo relativo a la amortización del mismo exclusivamente en euros, tal como originariamente fue prestado, con expresa imposición de costas de este procedimiento a la demandada. También se trata de una petición prevista en la propia escritura de préstamo, que prevé la posibilidad de cambio de la divisa al euro, en determinados supuestos, y en la que ya consta determinado, para las disposiciones en euros, el Euribor como tipo de referencia, incrementado en el diferencial pactado (0,400%) [Cláusula PRIMERA 3.2., A.-), Tipo Básico de referencia, a), para las disposiciones en euros, f. 44 vuelto].

Es el momento de hablar de la integración que debe realizar el Juez declare la nulidad de las cláusulas o condiciones generales abusivas (artículos 83.2 del TRLGDCU y 10.2 de la LCGC), entendida como el ejercicio por el Juez de facultades moderadoras respecto a los derechos y obligaciones de las partes, si subsiste el contrato y la determinación de las consecuencias de la ineficacia de la cláusula en caso de perjuicio para el consumidor o usuario. La integración del contrato por el Juez, entendida como el ejercicio por el Juez de las facultades moderadoras o de determinación de las consecuencias de la ineficacia **ha sido declarada** por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) (STJUE, en adelante) de 14/6/12 (asunto C-618/10, caso BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, SA) como **contraria al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE** del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva 93/13, en adelante), que establece lo siguiente:

“1. Los Estados miembros establecerán que **no vincularán al consumidor**, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, **si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas**”.

Cuando se declara nula una cláusula, por abusiva, no hay que moderar los derechos y obligaciones en relación a dicha cláusula o subsanar la situación en pro de la equidad por que la misma **no vinculará al consumidor**. El Juez tampoco puede moderar o subsanar las consecuencias de la ineficacia de la cláusula nula, por abusiva, por que el contrato ha de poder subsistir sin la cláusula abusiva

En definitiva; la cláusula nula, por abusiva, ha de ser expulsada del tráfico mercantil.

La Directiva 93/13 tiene el denominado efecto directo, por el que el Juez nacional viene obligado a su aplicación. La STJUE de 14/6/12 establece claramente que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 **se opone al artículo 83 del TRLGDCU (y también al artículo 10.2 de la LCGC)**, por que el artículo 6.1 de la Directiva establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor y dejarán de aplicarse, si el contrato puede subsistir sin las mismas, sin que el Juez ejerza en forma alguna la facultad de integrar el contrato, es decir, sin que modifique



la cláusula abusiva hasta convertirla en no abusiva. En cambio, tanto el artículo 83 del TRLGDCU como el artículo 10.2 de la LCGC prevén que, cuando el Juez declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, tiene la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, moderando derechos o subsanando.

La STJUE (Sala Primera) de 21/1/15, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, UNICAJA BANCO, SA, expresa que Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. **No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización** (véase, en este sentido, la sentencia, Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartados 82 a 84”).

Pues bien; en el presente caso, declarada la nulidad de la Cláusula multidivisa, no es necesario integrar el contrato puesto que este puede subsistir sin dicha cláusula, al tener prevista la aplicación del Euribor como tipo de referencia, adicionando el correspondiente diferencial del 0,400% y la conversión del préstamo a euros.

En definitiva, lo solicitado en el *petitum* de la demanda se adapta a lo previsto en el contrato para los casos de no aplicación de la cláusula multidivisa, con las salvedades de que, como se ha dicho, las cantidades pagadas de más en las cuotas satisfechas a fecha 23/6/15 ascienden a 8.435,24 €, y no a 8.990,30 €. Tales cantidades habrán de ser calculadas en ejecución de sentencia conforme a las bases expresadas en la presente resolución y en el contrato de préstamo.

Los efectos de la declaración de nulidad son *ex tunc*. La STJUE (Gran Sala) de 21/12/16 (ECLI:EU:C:2016:980), dictada en los asuntos acumulados C 154/15, C 307/15 y C 308/15 (Francisco Gutiérrez Naranjo y otros), establece que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 [“A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional” (Párrafo, pº, en adelante, 53)] “debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público” (pº 54). Continúa expresando esta STJU que una cláusula declarada abusiva nunca ha existido [“De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al

consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula” (pº 61)] y el juez nacional está obligado a “dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes (pº 62)” y está vinculado “por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, (con lo que) dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C 173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C 441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C 614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C 554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70). Concluye la STJUE que “El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

La aplicación de la retroactividad de efectos de la cláusula nula, por abusiva, supone que la cláusula declarada abusiva nunca ha existido, que ha de procederse al restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula y que, cuando el juez nacional deja sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas, se genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

La demanda ha de ser estimada.

**SÉPTIMO.-** *Procedencia de la imposición de costas.* Establece el artículo 394.1 de la LEC que “En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”. En el presente caso, procede imponer las costas a la parte demandada porque sus pretensiones han resultado rechazadas.

## FALLO

**ESTIMAR** la demanda interpuesta por la representación procesal de D<sup>a</sup>. -----  
----- contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, SAU,

1.- **DECLARAR NULAS, por ABUSIVAS**, las cláusulas relativas a las divisas contenidas en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgado el 19 de mayo de 2.006, ante el Notario de Madrid, Doña -----, el 8 de octubre de 2.007 con número ----- de su protocolo y, concretamente, la Cláusula multidivisa transcrita en el **FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO** de esta resoluciones y las redacciones concordantes con ellas que pueda haber en la referida escritura y, en consecuencia:

2.- **DECLARAR** que el principal prestado equivale a 130.000 €, como se indica en la escritura.

3.- **DECLARAR** que en la escritura se estipula para las disposiciones en Euros el Tipo básico de referencia es el EURIBOR (tipo interbancario a un año), tal como contenida en la cláusula financiera 3.2, apartado A) de la escritura de préstamo, con un diferencial de 0,400 pactado en la misma cláusula.

4.- **DECLARAR** que la cantidad adeudada por Doña ----- a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. es la resultante de disminuir del importe prestado (130.000 euros) las cantidades amortizadas en concepto de principal también convertidos a euros. Cantidad esta que, a la fecha de presentación de la demanda, resulta del pago total por la prestataria de sesenta y cuatro mil setecientos cuarenta y cuatro euros y sesenta y ocho céntimos (64.744,68 €), de las que corresponderían 51.052,20 (a esta fecha) a amortización de capital, con un capital pendiente que a la fecha de presentación de la demanda y tal como refleja el dictamen de la Señora Perito debiera ser de 97.509,42 Euros si hubiese optado desde el inicio por los Euros como moneda elegida. Estas cantidades deberán ser recalculadas en la fecha en que se practique la liquidación del préstamo, en ejecución de sentencia, conforme a las bases expresadas en la presente resolución y en el contrato de préstamo. la fecha de sentencia y fijar el capital pendiente a la fecha de sentencia,.

5.- **CONDENAR** a BANCO POPULAR ESPAÑOL, SAU a que indemnice a D<sup>a</sup>. ----- en la cantidad resultante hasta la fecha en que se liquide el préstamo, en ejecución de sentencia, por el importe de las cantidades pagadas de más exclusivamente por la cláusula multidivisa cuya nulidad se solicita y que, a fecha 23/6/15, ascienden a OCHO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO EUROS CON SEIS CÉNTIMOS DE EURO (8.453,25 €), según el Anexo III del Informe pericial y lo expresado en la presente resolución.

6.- **CONDENAR** a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL, SAU a recalcular las cuotas pendientes de amortización en función de lo anterior y ateniéndose a la cláusula segunda del contrato de préstamo relativo a la amortización del mismo exclusivamente en euros, tal como originariamente fue prestado, así como a

satisfacer a la actora las costas causadas en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** para su ulterior resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid. (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2228-0000-04-0592-15 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de lo Mercantil nº 05 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2228-0000-04-0592-15

Así por esta mi sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones originales y se incluirá en el libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.

E/

PUBLICACION.-La precedente sentencia ha sido leída en audiencia pública, por el Magistrado-Juez que la dicta, el mismo día de su fecha, de lo que yo, e/la Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.