

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoprimera

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 - 28035

Tfno.: 914933872/73,3872

37007740

N.I.G.: 28.080.00.2-2016/0005402

Recurso de Apelación 523/2017

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 01 de Majadahonda

Autos de Procedimiento Ordinario 627/2016

APELANTE: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña.

APELADO: BANCO POPULAR SA

PROCURADOR D./Dña.

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZABAL

D. RAMON BELO GONZALEZ

D. JUAN JOSE SANCHEZ SANCHEZ

En Madrid, a diecisiete de abril dos mil dieciocho la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de juicio ordinario número 627/16 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número nº 1 de Majadahonda, seguidos entre partes, de una, como Apelante-Demandante: D. _____ y de otra, como Apelado-Demandado: Banco Popular s.a

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **DON JUAN JOSE SANCHEZ SANCHEZ**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Majadahonda, en fecha 24-4-17, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Acogiendo la excepción de caducidad planteada por la demandada desestimo íntegramente la demanda formulada por la Procuradora Dª _____ en nombre y representación de _____ ; _____ contra la entidad mercantil Banco Popular S.A.No se imponen las costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante , del que se dio traslado a la parte apelada, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 27-10-17, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día de 16-4-2018.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Por la representación de D. _____ se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada con fecha 24 de abril de 2017, la cual, estimando la excepción de caducidad de la acción ejercitada, desestima la demanda presentada por el citado apelante contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A.

Efectivamente, siguiendo la SAP de Madrid, Sección 14ª, núm. 422/2016 de 19 diciembre (AC 2017\664), de conformidad al art. 1.301 del Código Civil "la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...]". En este sentido en la STS 769/2014 de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 608), interpretando el artículo 1.301 del CC se declaraba: «al interpretar hoy el art. 1.301 del CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a "la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas", tal como establece el art. 3 del CC. En la fecha en que el art. 1.301 del CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario,

no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

Posteriormente, la STS núm. 89/2018 de 19 febrero (RJ 2018\539), tras reconocer que la sentencia del Pleno de esta Sala 769/2014, de 12 de enero de 2015: i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de que «en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo»; después aclara que “mediante una interpretación del art. 1301.IV del CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o

dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV del CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato»; añadiendo – en un supuesto de permuta financiera- que la consumación de los contratos debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

En base a lo expuesto resulta procedente rechazar la excepción de caducidad estimada en la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- DEL PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA EN DIVISAS

Expuesto lo anterior, conviene recordar que la parte actora, *[Nombre]*, insta en su escrito de demanda la nulidad de las cláusulas contenidas en el contrato de préstamo hipotecario en divisas formalizado a través de escritura pública de fecha 9 de noviembre de 2007, que se refieren a la modalidad multidivisa y a los pactos en divisas contenidos en el préstamo por no haber emitido la parte actora un consentimiento válido sino prestado por error y por haber actuado la demandada con abuso de derecho y mala fe, interesando la supresión del clausulado multidivisa del préstamo, estableciéndose el mismo en moneda euro y aplicando el tipo de interés pactado en la escritura –euribor más el correspondiente diferencial-, recalculando el capital pendiente en euros, reduciendo del capital suscrito en origen -425.000 euros- todos los importes abonados por la parte actora, tanto en concepto de amortización de capital

como comisiones por tipo de cambio, recalculando los intereses devengados en euros desde el inicio del préstamo, y que el exceso sea imputado al capital pendiente en concepto de amortización extraordinaria.

Es decir, se pretende que la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario afecte sólo a la opción multidivisa, funcionando dicho préstamo como si se hubiera convenido en euros desde el principio.

Expuesto lo anterior, la problemática de las llamadas "hipotecas multidivisa" ha sido abordada por la STS de 30 de junio de 2015 (RJ 2015\2662), la cual comienza por establecer el marco general de la naturaleza y características de las "hipotecas multidivisa" expresando que lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (LONDON INTERBANK OFFERD RATE, esto es, TASA DE INTERÉS INTERBANCARIA DEL MERCADO DE LONDRES). El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han 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. 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.

En la determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico "hipoteca multidivisa" para establecer cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista, la citada STS de 30 de junio de 2015 (RJ 2015\2662) considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores y es un instrumento financiero complejo.

En este sentido, como declara la STS núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, que cita la STS de 30 de junio de 2015, "estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los

que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar".

No obstante, la STJUE, Sala 4ª, de 3 de diciembre de 2015 -asunto C-312/14-, ante la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus reembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de «servicios o de actividades de inversión» en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39; expresa que no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad. Expresa la citada resolución que, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en la Sección A del Anexo 1 de la Directiva. En efecto, estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los

intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa... En efecto, tales operaciones de cambio no parecen tener otro objeto que permitir la concesión y el reembolso del préstamo. Por otra parte, no puede mantenerse que las operaciones efectuadas en el marco de un contrato de préstamo como el controvertido en el litigio principal formen parte de la categoría de «servicios auxiliares» del anexo I, sección B, de la Directiva 2004/39. A este respecto, si bien conforme al punto 2 de este anexo I, sección B, la concesión de un crédito o de un préstamo puede constituir un servicio auxiliar, esto sólo sucede si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación. Ahora bien, no se discute que el préstamo controvertido en el litigio principal no tiene como finalidad permitir que se realice una operación futura de este tipo. De esta mención se desprende que los servicios de cambio, por sí mismos, no constituyen servicios de inversión del anexo I, sección A, de dicha Directiva. Pues bien, las operaciones de cambio controvertidas en el litigio principal no están vinculadas a un servicio de inversión, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39, sino a una operación que no constituye en sí misma un instrumento financiero, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 17, de esta Directiva. Según su acepción habitual en Derecho financiero, el contrato de futuros es un tipo de contrato de derivados mediante el cual dos partes se obligan la una a comprar y la otra a vender, en una fecha posterior, un activo denominado «subyacente» a un precio que se fija en el momento de la celebración del contrato. En efecto, por una parte, en un contrato como el controvertido en el litigio principal, no puede

distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de ésta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero. Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste. Por otra parte, en el marco de un contrato de préstamo como el controvertido en el litigio principal, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad. De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39.

En este mismo sentido, para la SAP de Madrid, Sección 13ª, de 23 de octubre de 2015 (ROJ: SAP M 14008/2015-ECLI:ES:APM:2015:14008) no le es aplicable la Ley del Mercado de Valores, pues a tenor del art. 1º de la misma, su objeto es la regulación de los sistemas de negociación de instrumentos financieros y la prestación de servicios de inversión, en especial los regulados en el artículo 2 de la citada ley, sin que se pueda considerar como tales productos financieros los préstamos hipotecarios, ya sean referenciados al euro o a otra divisa. Así lo ha entendido el Banco de España al señalar que no

puede valorarse dicho producto en base a la normativa MIFID, y la normativa del mercado de valores, toda vez que dichas normas son aplicables a la contratación de productos de inversión por parte de los clientes de las entidades. Añade la misma resolución que es verdad que las "hipotecas multidivisas" han sido objeto de diferentes resoluciones judiciales que han destacado la considerable complejidad que las mismas entrañan para clientes minoristas sin la adecuada formación financiera, por cuanto es necesario conocer la operativa de referencias como el Libor (LONDON INTERBANK OFFERED RATE, o tasa de interés interbancaria del mercado de Londres), así como de los diversos factores que inciden en su variación, sobre los que el común de los ciudadanos carece de la necesaria información, siendo una de las cuestiones más controvertidas, si este tipo de hipotecas están o no sometidas a la normativa MiFID, como posible "derivado financiero". Y tampoco puede predicarse de los préstamos hipotecarios que sean un "derivado financiero" aunque, el mismo Tribunal Supremo, en la precitada Sentencia expone se puedan producir los mismos resultados desfavorables para los prestatarios.

Igualmente para la SAP de Madrid, Sección 13ª, de 5 de abril de 2017 (ROJ: SAP M 4626/2017-ECLI:ES:APM:2017:4626), con cita de las sentencias precedentes de esta misma Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 17 de julio de 2013, 27 de febrero de 2014, 18 de noviembre de 2014 y 5 de febrero de 2015-, entiende que han sido respaldadas en la STJUE de 3 de diciembre de 2015, que el artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, al afirmar dicha Sala que debe interpretarse dicha norma jurídica en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano

jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad.

En este mismo sentido se expresa la SAP de Madrid, Sección 19ª, de 15 de febrero de 2015 –citada en la referida SAP de Madrid, Sección 13ª, de 23 de octubre de 2015 (ROJ: SAP M 14008/2015-ECLI:ES:APM:2015:14008)-, la cual dictada a propósito de un "préstamo multidivisa" expresaba que "el préstamo de autos puede entenderse con la misma facilidad que cualquier otro préstamo, caracterizado como contrato real, en que el prestatario, recibido los fondos del propio préstamo, asume la totalidad de las obligaciones con el pago de los intereses si se hubiesen pactado". Y para el AAP de Madrid, Sección 14ª, de 10 de noviembre de 2015 (ROJ: AAP M 994/2015-ECLI:ES:APM:2015:994A), con cita del AAP de Madrid, Sección 11ª, de 15 de octubre de 2015, un préstamo hipotecario con opción multidivisa no es más que un Préstamo económico corriente con la distinción de que las cuotas a devolver del préstamo se calculan en otra divisa diferente que no tiene por qué ser la nacional, en este caso el Euro. Esta "opción multidivisa" te permite cambiar de divisa siempre que el deudor hipotecario, previo análisis del estado de las divisas internacionales, piense que va a ser beneficioso para su crédito. Este mecanismo está pensado para clientes con unos mínimos conocimientos financieros, pues esta opción multidivisa requiere, para su éxito, que se esté al corriente y se haga un seguimiento de las divisas y de su evolución para así cambiar cuando sea conveniente".

Como ya expresa la SAP de Madrid, Sección 19ª, de 18 de noviembre de 2014 (ROJ: SAP M 15869/2014-ECLI:ES:APM:2014:15869), 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. Para la SAP de Madrid, Sección 19ª, núm. 161/2017 de 26 abril (JUR 2017\149682), no cabe duda que la complejidad del préstamo multidivisa 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. Las obligaciones o deberes de información que los reclamantes atribuyen a la entidad bancaria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), no le son exigibles a la entidad demandada; en primer lugar, porque dicha normativa modificada no estaba en vigor a la fecha de la contratación, por lo que su aplicación no puede reclamarse y, en segundo lugar, porque el préstamo hipotecario en divisas al que se contrae la reclamación no es un instrumento financiero incluido en el ámbito de su aplicación, como expresa la STJUE de 3 de diciembre de 2015, ni está sometido a la normativa MiFID.

Y en este sentido, la novísima STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de

noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893) cambia la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, y declara que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, citando la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, expresando que “los argumentos que sirvieron de fundamento a esta decisión del TJUE fueron, sucintamente, que en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A de la Directiva MiFID (apartado 55). Estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago) (apartado 56). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (apartado 57).

Igualmente, añade la novísima STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893) que no puede estimarse que las cláusulas controvertidas han sido objeto de negociación individual y, por tanto, queden fuera del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 3. Que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo, el plazo de devolución,

incluso la presencia del elemento «divisa extranjera» que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento «divisa extranjera» en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato; concluyendo “la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores y usuarios que desarrolla la Directiva sobre cláusulas abusivas”.

TERCERO.- DEL ERROR EN EL CONSENTIMIENTO

Establece el artículo 1.265 del Código Civil que "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo", y el artículo 1.266 dispone que "para que el error invalide el consentimiento debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo".

Se entiende que el consentimiento se presta con error cuando no se tiene plena conciencia y conocimiento claro y exacto de aquello que constituye su objeto o sobre condiciones esenciales del mismo. La jurisprudencia ha señalado reiteradamente los requisitos que deben concurrir para el éxito de esta acción, pudiendo citar, entre otras muchas, la STS de 12 de noviembre de 2010 (RJ

génesis de los contratos (SSTS de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997). En efecto, para prestar un consentimiento válido es preciso que ambas partes contratantes tengan plena conciencia del contrato por el que se van a vincular y, por tanto, de los derechos y obligaciones que les incumbe en el ámbito de dicho contrato, de ahí la importancia de las negociaciones previas en la fase precontractual en la que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, lo que adquiere especial importancia en la contratación en el ámbito del sector bancario y financiero por razón de su complejidad, no encontrándose las partes en plano de igualdad por regla general, de ahí la normativa tuitiva para proteger principalmente al consumidor o inversores sin conocimientos expertos o cualificados.

Como expresa la STS (Pleno) núm. 705/2015 de 23 diciembre (RJ 2015\5714), que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Añade la STS (Pleno) núm. 705/2015 de 23 diciembre (RJ 2015\5714) que la STJUE de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 165), dictada en

2010\7587), según la cual, "la doctrina ha venido sosteniendo que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones". Señala igualmente la STS de 21 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 11052), que "hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta". En numerosas Sentencias del Tribunal Supremo -Por todas, STS de 11 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9893)-, se ha exigido que para que el error pueda invalidar el consentimiento, con el efecto de que produzca la anulación del contrato en el que concurre, "es preciso, además, que el error no sea imputable al interesado, en el sentido de causado por él -o personas de su círculo jurídico-, y que sea excusable, entendiéndose que no lo es cuando pudo ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, requisito éste que no consta expresamente en el Código civil, pero lo viene exigiendo la jurisprudencia como un elemental postulado de buena fe...". "El error viciante del consentimiento con arreglo a los arts. 1.265 y 1.266 del Código sustantivo, que consiste en el falso consentimiento de la realidad y capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración de voluntad a la emisión de una declaración de voluntad no querida efectivamente, exige que el error sea sustancial y no imputable a quien lo padece, sin que puedan ampararse en el error aquellas personas que hubieren dado lugar al mismo". Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. De igual modo, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o

el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo» (párrafo 73), y concluir en el fallo que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo». Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015 (TJCE 2015, 93), asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de

la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai [TJCE 2014, 105], EU:C:2014:282, apartado 73)».

Igualmente, para la novísima STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), en la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, EU:C:2014:282), el TJUE declaró la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo. También la STJUE del caso Andriuc declara la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en los contratos de préstamo denominados en divisas. Efectivamente, el apartado 35 de la STJUE del caso Andriuc afirma que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, a las que hace referencia el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan. Y en el apartado 38 añade: «[...] mediante un contrato de crédito, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este último se compromete, a su vez, principalmente a reembolsar, generalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos. Las prestaciones esenciales de este contrato se refieren,

pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. Por lo tanto, el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo». Añade la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893) que 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.

Añade la novísima STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893) que la jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51), y de 30 de abril de 2014, (caso Kásler y Káslerné Rábai,

asunto C-26/13, párrafo 70. También lo hace la STJUE del caso Andriuciuc, cuyo apartado 48 declara: «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). Esta sentencia precisa cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas: «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».

Añade la misma resolución que no es admisible la tesis de que no le era exigible a la entidad bancaria el cumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la Orden de 5 de mayo de 1994 porque la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que establecía que «la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos», solo sería aplicable en futuras normas sobre transparencia bancaria, que no se dictaron hasta varios años más tarde. Dado que las obligaciones de información relativa a los préstamos hipotecarios en que la hipoteca recae sobre vivienda estaban ya desarrolladas por la Orden de 5 de mayo de 1994, la modificación legal significó que, desde su entrada en vigor, esa normativa sobre transparencia pasaba a ser exigible en cualquier préstamo hipotecario en que la hipoteca recayera sobre una vivienda, sin que hubiera que esperar a que se dictara una nueva normativa sobre transparencia en los préstamos hipotecarios.

CUARTO.- Y traslada la citada doctrina a nuestro caso de autos, resulta evidente que no existió esa información precontractual necesaria para que el prestatario conociera adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las

cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, puesto que no se le entregó ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo.

Para la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), para determinar la información que la entidad bancaria 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 en nuestro caso de autos, dentro de la CLÁUSULA FINANCIERA PRIMERA de la escritura pública de fecha 9 de noviembre de 2007 –documento nº 3 acompañado al escrito de demanda- se expresa la entrega al prestatario de “setenta millones seiscientos sesenta y nueve mil yenes, por su contravalor en cuatrocientos veinticinco mil euros”, tasándose la finca urbana que se describe en los referidos importes. Además, el demandante solicitó el préstamo para hacer el pago de una cantidad de dinero determinada en euros, concretamente la cantidad necesaria para la adquisición de una vivienda a la EMPRESA MUNICIPAL DEL SUELO Y VIVIENDA DE BOADILLA DEL MONTE S.A., y tenía sus ingresos en euros. Y aunque el clausulado predispuesto por la entidad bancaria preveía la posibilidad de hacer los pagos de las amortizaciones en divisas o en euros y establecía en este último caso el tipo de cambio aplicable (tipo de cambio de compra de la divisa fijado por el banco en un determinado momento), esta segunda opción era la única que podía cumplirse de forma efectiva en la ejecución del contrato puesto que el prestatario obtenía sus ingresos en euros. Y los apuntes en la cuenta de los prestatarios, en la que el banco ingresó el capital prestado y los prestatarios ingresaban las cuotas de amortización, se hacía en euros.

Y siguiendo la siempre citada STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de

noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), lo expuesto muestra que era exigible a la entidad bancaria –en nuestro caso de autos BANCO POPULAR S.A.- que hubiera informado al demandante sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo –en nuestro caso de autos, el yen japonés- inicialmente, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución (esto es, la entrega efectiva del capital al prestatario y el pago efectivo por este de las cuotas mensuales de amortización). En concreto, no explicó adecuadamente al prestatario 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 el prestatario pudiera haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudiera 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 Andriciuc, en sus apartados 49 y 50... Añade la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que la STJUE del caso Andriciuc, en sus apartados 49 y 50, exija una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre

todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa.

Siguiendo igualmente la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), La entidad bancaria tampoco informó al demandante de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos. La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar. Este riesgo afecta a la obligación del prestatario de devolver en un solo pago la totalidad del capital pendiente de amortizar, bien porque el banco haga uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo cuando concurra alguna de las causas previstas en el contrato (entre las que se encuentran algunas no imputables al prestatario y asociadas al riesgo de fluctuación de la divisa, como veremos más adelante), bien porque el prestatario quiera pagar anticipadamente el préstamo para cancelar la hipoteca y enajenar su vivienda libre de cargas.

Y en nuestro caso de autos, igualmente, la materialización de este riesgo ha determinado que pese a que el prestatario ha pagado durante más de diez años las cuotas de amortización mensuales, al haberse devaluado considerablemente el euro frente al yen japonés, el prestatario adeuda al prestamista un capital superior al que les fue entregado al concertar el préstamo. Además, este riesgo de recálculo al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar traía asociados otros, sobre los que tampoco se informó al demandante. Tales riesgos estaban relacionados con la posibilidad de que el capital pendiente de amortizar en

divisas pueda representar un incremento –superior al 10%- de la deuda en euros en un determinado periodo de interés, lo cual obliga al prestatario a realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso –CLÁUSULA FINANCIERA PRIMERA-, incluyéndose además como causa de resolución –ESTIPULACIÓN FINANCIERA SÉPTIMA- el incumplimiento de alguna de las obligaciones del contrato, incluso las accesorias.

Como expresa la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), 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. 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. 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.

Es cierto que en la escritura pública de fecha 9 de noviembre de 2007 se refleja por el notario autorizante que los comparecientes han procedido a “leer por sí” el contenido de la escritura, y que una vez leída “los comparecientes manifiestan haber quedado debidamente informados del contenido del presente instrumento”. No obstante, como expresa la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), con cita de la STS 464/2013, de 8 de septiembre, la lectura de la escritura pública no sufre por sí solo el cumplimiento del deber de transparencia. En la STS 138/2015, de 24 de marzo, llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario

revoque su decisión de concertar el préstamo. Ciertamente, en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, dijimos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]». Pero en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, afirmamos que tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predisuestas por el empresario o profesional.

Añade la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893) que 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... La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros

del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas... También se agravó su situación jurídica, puesto que concurrieron causas de vencimiento anticipado del préstamo previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

Igualmente, para la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), es cierto que el considerando trigésimo de 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, tras hacer referencia a los «importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera», afirma que «el riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos». Esta previsión se concreta en el art. 23 de la Directiva. Pero la exigencia de medios de limitación del riesgo tales como la posibilidad de cambiar la divisa en la que está representado el capital del préstamo, y en concreto cambiar a la moneda en que el prestatario tiene sus ingresos, no releva al banco de sus obligaciones de información precontractual. Esta cláusula no se prevé como alternativa a la obligación de informar al prestatario sobre los riesgos. Se trata de exigencias cumulativas. Es más, la Directiva contempla que se establezca, como mecanismo de limitación de riesgos, la posibilidad de cambiar la moneda en que está representado el capital del préstamo en un contexto normativo de refuerzo de la información que debe facilitarse durante la ejecución del contrato. El art. 23.4 de la citada Directiva prevé: «En lo que se refiere a los consumidores que tengan un préstamo en moneda extranjera, los Estados miembros se asegurarán de que el prestamista les dirija advertencias regulares, en papel o en otro soporte duradero, como mínimo cuando el valor del importe adeudado por el consumidor del préstamo o de las cuotas

periódicas difiera en más del 20 % del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de crédito y la moneda del Estado miembro que estaba vigente en la fecha de celebración del contrato de crédito. En la advertencia se informará al consumidor del incremento del importe adeudado por este, se mencionará cuando proceda el derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ello, y se explicará cualquier otro mecanismo aplicable para limitar el riesgo de tipo de cambio a que esté expuesto el consumidor». Además, la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo. La conversión de la divisa en que está representado el capital se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en el que esta conversión tenga lugar, por lo que se consolida la revalorización de la divisa y, por tanto, del aumento de la equivalencia en euros (o en la nueva divisa) del importe del capital pendiente de amortizar, pues se traslada a la nueva divisa escogida el incremento producido como consecuencia de la apreciación de la divisa. Para hacer realizar esta conversión, el prestatario debe estar al día en el pago de las cuotas del préstamo y además debe pagar una comisión por hacer uso de esta posibilidad, pues así lo prevé la escritura. El prestatario no puede realizar ese cambio en cualquier momento, sino solo al inicio de cada nuevo «periodo de mantenimiento de moneda e interés» en que se divide la vida del préstamo. En este caso, esos periodos eran mensuales. Pero una devaluación significativa de la moneda funcional respecto de la divisa puede producirse en cuestión de semanas. Solo se evita el hipotético riesgo de una apreciación de la divisa en el futuro. Pero si el prestatario ignora, porque no ha sido informado adecuadamente, que cuando haga uso de esa facultad de

cambio de divisa consolidará el aumento de valor de la divisa en que estaba denominado el préstamo, es posible que cuando pretenda hacer uso de esa facultad porque la cuota mensual de reembolso se haya incrementado significativamente, el incremento de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar sea ya considerable. Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato. Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización. Por tanto, la posibilidad de cambio de divisa, aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida, ni dispensa al predisponente de sus obligaciones de transparencia en la información precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario. Para que pueda tener alguna eficacia, el banco debe informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusula y ofrecer al

consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato.

En definitiva, concurren todos los requisitos necesarios para apreciar un error invalidante del consentimiento del actor, pues tal error afecta a un elemento esencial del contrato -la opción multidivisa-, y reúne el requisito de la excusabilidad, por quien tenía que informar adecuadamente acerca de las características de la opción multidivisa y sus riesgos inherentes es la entidad bancaria, siendo evidente que el prestatario no ha recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

QUINTO.- DE LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO

Por último, siguiendo la siempre citada STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), la nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad puede perjudicarlo más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84). Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la

amortización que debe realizarse del capital pendiente.

De esta forma, lo peticionado en el escrito de demanda constituye, en realidad, siguiendo la STS, Pleno, núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017-ECLI: ES:TS:2017:3893), la sustitución de las cláusulas que estamos analizando por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1.170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias. No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo. Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato, para no perjudicar al consumidor. Así lo ha declarado el TJUE, en relación a las cláusulas abusivas, en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13), apartados 76 a 85).

SSEXTO.- Como consecuencia de la estimación del recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de las costas procesales.

SÉPTIMO.- Igualmente, procede la devolución del depósito constituido para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación de _____, frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., debemos acordar y acordamos REVOCAR INTEGRAMENTE la sentencia dictada con fecha 24 de abril de 2017, y en su lugar, estimando la demanda formulada por la representación de _____ contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., debemos declarar y declaramos la nulidad parcial del préstamo multidivisa con garantía hipotecaria suscrito por las partes con fecha 9 de noviembre de 2007, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, declarando que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada, también en euros, en concepto de principal e intereses, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la cláusula financiera tercera; manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de la condición general nula fijada en el mismo; condenando a la entidad demandada a restituir al actor todas las cantidades en cualquier concepto, comisiones, gastos y cánones, que haya cobrado de más desde el primer momento de aplicación de la cláusula nula, extremo que se determinará en ejecución de sentencia, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro; así como al abono de las costas procesales de la instancia; sin hacer expresa imposición de las costas procesales de la presente alzada.

Igualmente, procede la devolución del depósito constituido para el recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.