

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 67 DE  
MADRID**

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 7 - 28020

Tfno: 914932872

Fax: 914932876

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0064438

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 389/2016**

**Materia: Contratos en general**

|                         |             |
|-------------------------|-------------|
| RECIBO (01) 31056964054 |             |
| 29 JUN 2017             | 30 JUN 2017 |
| L.E.C. 1/2009           |             |

**Demandante:: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS**

D./Dña.

**Demandado:: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A**

**PROCURADOR D./Dña. MARIA SOLEDAD GALLO SALLEN**

**SENTENCIA Nº 262/2017**

**JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. MARTA DíEZ PEREZ-CABALLERO**

**Lugar: Madrid**

**Fecha: 21 de junio de dos mil diecisiete**

Vistos por la Sra. Dña. MARTA DíEZ PÉREZ-CABALLERO, Magistrada-Juez de Primera Instancia del Juzgado número Sesenta y Siete de esta Ciudad y su partido, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 389/2016, seguidos a instancias de la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), actuando en interés de su asociada D<sup>a</sup> , representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Sharon Rodríguez de Castro Rincón, contra el Banco Popular Español S.A., representado por la procuradora D<sup>a</sup> Soledad Gallo Sallent.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), actuando en interés de su asociada D<sup>a</sup> se formuló demanda de Juicio Ordinario contra el Banco Popular Español S.A., en la que, por medio de párrafos separados exponía los hechos en que fundaba su pretensión, acompañaba los documentos pertinentes y hacía alegación de los fundamentos de derecho que entendía aplicables al caso y finalizaba con la súplica de que, tras su legal tramitación se dictara Sentencia por la cual y estimando íntegramente sus pretensiones:

1.- Se acuerde la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 9 de abril de 2008, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, por infracción por parte de la entidad bancaria de las normas imperativas y prohibitivas, conllevando, como efecto propio de la nulidad, la declaración de que lo adeudado por la asociada al banco, es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultado de disminuir al importe prestado (166.000 euros), la cantidad amortizada hasta la fecha también en euros, en concepto de principal e intereses, y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue por 166.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma

referencia fijada en la escritura para el préstamo en euros. Todo ello con la consecuencia obligada de condena al Banco Popular Español a estar y pasar por las declaraciones anteriores y soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento y a la devolución de las comisiones cobradas en concepto de comisión de cambio de divisa.

2.- Subsidiaria o alternativamente, se declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito entre las partes, en todos los conceptos relativos a la cláusula de opción multidivisa, por su abusividad, falta de claridad y transparencia, con los efectos antes indicados.

3.- Subsidiaria o alternativamente, se declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito entre las partes, en todos los conceptos relativos a la cláusula de opción multidivisa, por vicio en el consentimiento de la asociada, por error y/o dolo, con los efectos ya indicados.

Todo ello haciendo expresa imposición de costas a la parte demandada.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte demandada, emplazándola por el término de veinte días para contestar, compareciendo dentro del plazo concedido, formulando oposición a las pretensiones de contrario, solicitando su desestimación. Alegando la excepción de caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada.

**TERCERO.-** Convocados los litigantes para la celebración de la audiencia previa, el día señalado comparecieron ambas partes personadas, poniendo de manifiesto la subsistencia del litigio y la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre ambos. Renunciándose por la demandada a la excepción de caducidad de la acción ejercitada.

Continuando la celebración de la audiencia, una vez fijados los hechos controvertidos, se recibió el procedimiento a prueba, proponiéndose por la parte actora: documental, pericial y testifical. Por la parte demandada: documental, interrogatorio de parte, testifical y pericial. Siendo declarada pertinente en parte.

**CUARTO.-** El día señalado para la celebración de vista se practicó la prueba declarada pertinente con el resultado que obra en autos, habiendo sido emitido informe por las partes, quedaron las presentes actuaciones conclusas para dictar sentencia.

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

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se ejercitan en el presente caso una serie de acciones en relación con el Préstamo hipotecario multidivisa suscrito por la actora el 9 de abril de 2008, al interesar:

1.- Con carácter principal, que se declare la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 9 de abril de 2008, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, por infracción por parte de la entidad bancaria de las normas imperativas y prohibitivas.

2.- Subsidiaria o alternativamente, que se declare la nulidad parcial por su abusividad, falta de claridad y transparencia, con los efectos antes indicados.

3.- Subsidiaria o alternativamente, que se declare la nulidad parcial por vicio en el consentimiento de la asociada, por error y/o dolo, con los efectos ya indicados.

Conllevando, como efecto propio de la citada nulidad, la declaración de que lo adeudado por la asociada al banco, es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultado de disminuir al importe prestado (166.000 euros), la cantidad amortizada hasta la fecha también en euros, en concepto de principal e intereses, y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue por 166.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura para el préstamo en euros. Todo ello con la consecuencia obligada de condena al Banco Popular Español a estar y pasar por las declaraciones anteriores y soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento y a la devolución de las comisiones cobradas en concepto de comisión de cambio de divisa.

La entidad bancaria demandada, aunque en su escrito de contestación alegó la caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada, renunció a la misma en el acto de la audiencia previa.

Por lo que se refiere al fondo, sostiene que fue la actora quien se puso en contacto con la oficina del banco solicitando la contratación de un préstamo multidivisa, cancelando una hipoteca anterior con otra entidad. Añadiendo que la información en relación con esta modalidad de préstamo la había recibido de su colectivo sindical (en este caso USO), con quien el Banco Popular había negociado especiales condiciones para sus afiliados, además de haberlo contrastado y comentado con sus compañeros de trabajo.

Destaca a su vez que la actora trabajaba como azafata en el momento de la contratación, por lo que debía estar habituada a viajar al extranjero, así como a realizar operaciones de cambio de divisa, por lo que debía conocer la fluctuación del tipo de cambio y, en consecuencia, el funcionamiento del producto contratado.

Sin perjuicio de lo cual sostiene que el personal de la entidad explicó convenientemente las características esenciales del préstamo, haciendo especial énfasis en los riesgos de fluctuación del tipo de interés LIBOR/EURIBOR y fluctuación CHF/EUR. Decidiendo la demandante contratar en Yenes porque en ese momento le resultaba muy favorable. Por lo que viene a interesar la íntegra desestimación de las pretensiones formuladas.

## **SEGUNDO.- NATURALEZA DE LA HIPOTECA "MULTIDIVISA".**

Se discute en el presente caso la eficacia de una cláusula inserta en una **Hipoteca multidivisa**, figura jurídica que, como desarrolla la Sentencia del Tribunal Supremo Pleno de 30 de junio de 2015, es una modalidad del **préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario**, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

Como expone la citada resolución, 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.

También se realiza en la citada resolución un exhaustivo estudio de esta modalidad de contrato, indicando que utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, esta modalidad de préstamo dificulta "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 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.

Según aclara la repetida Sentencia, **los riesgos de este tipo de préstamo exceden por tanto de los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros pues, al de variación del tipo de interés, se añade el de fluctuación de la moneda.** Riesgo este último que supone no únicamente que el importe en euros de la cuota de amortización periódica pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro, sino también que el prestatario pueda llegar a adeudar al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Porque las fluctuaciones de la moneda extranjera implican un recálculo constante del capital pendiente de amortización, al servir el tipo de cambio de la divisa para fijar su importe en euros.

De acuerdo con las citadas premisas, 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".

En este sentido, aunque la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 lo caracterizaba como un derivado financiero sujeto a la normativa MIFID, en Sentencia posterior del T.J.U.E. de 3 de diciembre de 2015 en el asunto C-312/14 se llega a conclusiones diametralmente opuestas, al plantearse 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 de la Directiva 2004/39.

Considera el T.J.U.E. que, conforme a esta disposición, constituyen servicios y actividades de inversión cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I de esta Directiva en relación con cualquiera de los instrumentos enumerados en la sección C del mismo anexo.

Precisando 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 no se encuentran comprendidas en dicha sección A. Añade que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la 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.

Por lo 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.**

En cualquier caso, y con independencia del debate suscitado sobre la normativa aplicable, la viabilidad de la acción de nulidad gira en torno a la demostración de que el cliente bancario recibió toda la información que le era necesaria para conformar un juicio cabal y completo de la operación a realizar, y esta obligación de informar recae sobre la entidad financiera por ser la que la conoce y debe transmitir tales conocimientos a la otra parte contratante, como más adelante se desarrollará.

### **TERCERO.- INVOCACIÓN DE ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.**

Por razones sistemáticas se examina con carácter previo la pretensión formulada de forma alternativa, de declaración de nulidad del clausulado de la opción multidivisa contenida en la escritura de préstamo hipotecario suscrito, al mantener la actora que su consentimiento estaba viciado al concurrir error o dolo, al sostener que no había recibido una información veraz, suficiente, clara y no engañosa, en relación con el producto contratado, en particular sobre los riesgos que llevaba aparejado, aunque el perfil de la actora distaba mucho de ser una experta bancaria. Apreciando que la concurrencia de un posible vicio del consentimiento se vinculaba a su vez con el deber de información que correspondía a la entidad bancaria contratante.

Uno de los motivos que da lugar a la nulidad del contrato por defectos del consentimiento es el **error**, como establece expresamente el artículo 1261 del Código Civil, si bien para que el error invalide el consentimiento, según el artículo 1266 del mismo texto legal, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieren dado lugar a su celebración.

En este sentido, viene sosteniendo la jurisprudencia que ha de derivar de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (Sentencias de 10 de abril de 1999, 18 de abril de 1978, 16 octubre 1923 y 27 octubre 1964, de 1 julio 1915 y 26 diciembre), no ser imputable a quien lo padece (Sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957) y que

exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (Sentencias de 14 junio 1943 y 21 mayo 1963).

Por otra parte, sostiene asimismo la jurisprudencia, para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce del principio de buena fe, consagrado en el artículo 7 del Código Civil. Es inexcusable el error (Sentencias de 4 enero 1982, 18 febrero 1994, entre otras), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. De acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración.

La apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (Sentencias 30 mayo 1991, 8 mayo 1962 y 14 mayo 1968, entre otras), ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él.

**Debe ser vinculado la concurrencia de error con la supuesta falta de información facilitada por la entidad bancaria demandada, destacando a su vez, de acuerdo con la más reciente doctrina jurisprudencial, que no cabe una equiparación sin matices entre uno y otro. Como expone la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, en criterio mantenido en posteriores resoluciones, 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. Precizando que **lo que vicia el consentimiento no es, propiamente, el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar sino la falta de conocimiento por el cliente (como aquí, minorista) del producto contratado y de sus riesgos** (en el caso analizado se trataba de un producto financiero complejo), por lo que en el caso examinado concluyó que cabía presumir el error -con los requisitos de esencial y excusable- ante la omisión de la imprescindible información previa.**

Se insiste, por ello, en la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero **ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de**

contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (Sentencia de 23 de abril de 2015). Añadiendo que lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo (Sentencia del Pleno de 30 de junio de 2015 dictada en relación con un préstamo multidivisa).

En suma, la omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente.

#### **CUARTO.- CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS DE LA CONTRATACIÓN.**

Entrando en el examen de los presupuestos de la acción de anulabilidad ejercitada, como se viene indicando, aun cuando corresponde a la actora la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, también compete a la entidad bancaria, en este caso el Banco Popular, acreditar que dio a la prestataria información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación de la "hipoteca multidivisa" en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados.

Debiendo precisarse al respecto, como expone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2016 que en estos supuestos: **"no se trata en puridad de falta de información en cuanto al funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa escogida por otra, ni tampoco de la propia elección de la moneda, ni de la fluctuación, en cuanto la divisa escogida por los prestatarios como inherente al funcionamiento de la modalidad multidivisa.** La cuestión estriba en determinar si el contratante-consumidor tuvo completo, cabal y suficiente conocimiento de las consecuencias económicas en la relación entre dicho mecanismo de la elección de la divisa y las otras cláusulas relativas a la entrega/devolución del préstamo. Eso es si el contratante tuvo **completo conocimiento, basado en criterios detallados y comprensibles, sobre las consecuencias económicas que derivan de la elección de la divisa extranjera, especialmente en cuanto a la relación del cambio de la divisa sobre el capital pendiente de amortizar del préstamo.**

De acuerdo con tales premisas, en el presente caso no se discute, como es usual en este tipo de operaciones, que fue la propia demandante quien acudió a la entidad Bancaria demandada, de la que no era cliente, con el fin de trasladar la hipoteca que tenía suscrita con otro Banco y poder reducir su coste mensual. Debiendo valorarse, en todo caso, que previamente había recibido información por parte de la entidad demandada, en el ámbito del convenio suscrito con el Sindicato USO. Suscribiendo finalmente el día 9 de abril de 2008,

una hipoteca por la suma de 27.001.560 Yenes, por su contravalor en 166.000 Euros (documento 8 de la demanda).

1.- En primer lugar, **del análisis e interpretación del propio clausulado contenido en la escritura de suscripción del préstamo hipotecario multidivisa**, debe destacarse que se trata de una cláusula redactada por la entidad financiera sin intervención de la prestataria, y que ésta tiene la condición de consumidora con arreglo a la normativa entonces vigente.

La Cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato, por lo que cumple una función definitoria del mismo, y la referencia que se hace en el mismo al tipo de divisa o moneda concreta elegida (Yen Japonés) es clara y sencilla, ubicándose dentro de la cláusula financiera primera, reguladora del capital del préstamo, con tratamiento autónomo y diferenciado.

Sin embargo, a pesar de explicarse con sencillez en la estipulación 1.3, el mecanismo de cambio o de sustitución de la divisa elegida, y la forma en que podía hacerlo la prestataria en cualquier momento durante la duración del contrato, reflejando a tal efecto el Banco la liquidación correspondiente al cambio de la divisa que se sustituya al cambio vendedor y la que se introduce al cambio comprador (incluido el Euro). Las cláusulas que se refieren no ya al cambio de moneda, sino a la forma de calcular los intereses que se devengan en dichos supuestos, son complicadas y oscuras, pues parece de una parte que el referido cambio de divisa no va a suponer ninguna elevación en el importe del préstamo y sin embargo la afectación a los saldos pendientes de cambio parece indicar justamente lo contrario.

En este sentido se recoge expresamente en la citada cláusula (folio 10 de la escritura), 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", añadiendo que 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 al Banco Popular 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".

Se trata de un supuesto similar al examinado por la Sentencia de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de septiembre de 2016, si bien se trataba de un préstamo de otra entidad bancaria, añadiendo que, ya en el mismo exponiendo de la escritura de préstamo se decía que "el prestatario reconocía que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato exonerando al Banco de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la divisa elegida pueda ser superior al límite pactado". El equívoco se patentiza también a continuación cuando se sigue diciendo que "Si se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula 7ª de las financieras" de forma que el Banco puede resolver el contrato cuando el contravalor de la divisa elegida sea superior al "límite pactado", "límite" que se ignora si se refiere solo al cubierto por la garantía hipotecaria o al de la deuda existente en ese momento. La redacción es también en este extremo confusa o poco clara.

Lo que en definitiva se trata de determinar es si cuando los prestatarios contrataron el producto financiero conocían, de modo comprensible y completo, el real alcance de los riesgos asociados a la fluctuación de la divisa en la paridad Yen o Franco Suizo/Euribor en toda su extensión. No evidentemente de la fluctuación inherente al tipo de cambio entre la



divisa escogida y el Euro propio del mecanismo multdivisa, esto es las fluctuaciones lógicas que pueden experimentar los tipos de cambio de las distintas divisas, sino si al tiempo de celebrar el contrato, tuvieron la oportunidad real de conocer los riesgos inherentes al mecanismo multdivisa, y muy especialmente el riesgo de tipo de cambio y la posibilidad de sufrir una variación al alza del principal en caso de depreciación del Euro respecto del Yen o Franco Suizo, o apreciación Yen o Franco Suizo/Euro para el supuesto de que hiciese uso de la facultad conferida en la propia cláusula de cambio de divisa.

2.- Añadir a su vez que la actora no es una experta financiera y carece de los conocimientos precisos y cualificados para contratar préstamos como el objeto de litigio, ya que con anterioridad únicamente consta que había concertado un préstamo con garantía hipotecaria con una entidad bancaria distinta a la demandada, cuyo elevado coste precisamente pretendía reducir con aquél. Habiendo explicado en el interrogatorio practicado al efecto que en el momento de la contratación iba a cambiar de empleo y tenía previsto percibir unos 1.000 euros al mes, por lo que no podía hacer frente a la cuota hipotecaria.

Por lo que en atención a su situación personal y perfil de cliente no profesional, exigía una clara y suficiente información precontractual por parte del Banco Popular, que le permitiera alcanzar una cabal comprensión de las cláusulas financieras referidas a la divisa elegida y, de modo más concreto, al cálculo del valor la cuota de amortización periódica y a la repercusión del tipo de cambio en el capital del préstamo que, a resultas de sus fluctuaciones, podía experimentar un gravoso incremento.

En relación con esta cuestión sostiene la parte demandada que la información sobre esta modalidad de préstamo la había recibido de su Sindicato (USO), remitiéndose a un folleto comercial (documento 7 de la demanda), que, sostiene, contenía información precisa al efecto. Añadiendo que la actora había contrastado la información con otros empleados de Iberia.

Por lo que se refiere a la intervención del Sindicato USO, ajeno a la presente litis, no se va a entrar en examen de la actuación que han tenido en casos como el objeto de litigio y, en particular si la misma disponía de un departamento jurídico especializado que consideró que el acuerdo con el Banco Popular era conveniente para sus afiliado, siendo adecuados los productos ofertados, como la hipoteca multdivisa. Apreciando que su posible intermediación, en los términos expuestos por la Sra , al reconocer que recogió un folleto en las oficinas de la empresa, no implica que prestaran funciones de asesoramiento. Teniendo en cuenta que toda la información del producto debía ser facilitada por el Banco, y que, la citada participación, en ningún caso permitiría exonerar de responsabilidad a la entidad ahora demandada, al corresponder a la misma la obligación de trasladar a sus clientes una información clara y precisa, con advertencia de los riesgos, de los productos que pretendían contratar.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la actora es Auxiliar de vuelo, y valorando que, precisamente por ello debía estar familiarizada con los riesgos derivados del tipo de cambio de moneda, tal circunstancia no implica que fuera concedora de los riesgos derivados del cambio de fluctuación de la moneda en cuanto a la carga económica y jurídica que asumía como prestataria y, en especial, a la repercusión del principal pendiente de amortizar. Debiendo reiterarse a estos efectos, que no consta que contara con formación o especial experiencia financiera en este tipo de productos.

Destacando, como precisa el informe pericial aportado con la demanda (documento 10), que la contratación de este producto había supuesto claros perjuicios a la actora, de manera que, en el momento de emitirse el informe, después de abonar 67.840'96 euros en cuotas, el capital pendiente traducido a euros ascendía a 152.699'80 euros, lo que suponía tan sólo una reducción del 8% respecto del capital inicial. Añadiendo que, se haber realizado los pagos directamente en euros, el capital pendiente sería de 122.326'45 euros y habría hecho un esfuerzo inferior en las cuotas de 9.638'77 euros. Por lo que fijaba el perjuicio económico en 40.012'29 euros, además de otros 546 euros por las comisiones de cambio cobradas en cada mensualidad.

3.- En este mismo sentido, por lo que se refiere a la **información precontractual**, **no consta que se hubiera facilitado a la demandante un folleto informativo del producto** contratado, que le hubiera permitido conocer su contenido y de modo especial aquéllas cláusulas financieras concernientes a la divisa elegida y, en su caso, solicitar las aclaraciones y explicaciones necesarias sobre los extremos dudosos o de difícil comprensión.

No pudiendo considerarse como tal el documento aportado con la demanda (documento 7), al tratarse de una información genérica de los distintos productos que se ofrecían a los afiliados de USO, contemplando dos supuestos de hipoteca, la tradicional y la multidivisa, sin efectuar precisión alguna en relación con los riesgos de la operación.

Del mismo modo que **no consta que la demandada realizara por escrito una oferta vinculante del préstamo** que, incluso, hubiera permitido a la demandante buscar un asesoramiento de terceros sobre la conveniencia del producto en atención a la finalidad que pretendía obtener, que no era otra que abaratar el coste de la hipoteca que ya pesaba sobre la finca de su propiedad, y sus circunstancias personales, sobre todo cuando el plazo de amortización era de 25 años, por lo que no era posible realizar una predicción ni siquiera aproximada de las fluctuaciones de la moneda. Reiterando que no puede considerarse que el Sindicato de la actora hubiera realizado funciones de asesoramiento en la contratación de este producto, habiéndose limitado a trasladar a sus afiliados los distintos productos que eran ofrecidos por la entidad bancaria, sin que conste contara con personal especializado que hubiera recomendado o prestado asesoramiento alguno.

Por los mismos motivos, tampoco consta que, con anterioridad a la firma de la escritura se pusiera a disposición de la actora el proyecto o borrador de aquélla en la Notaría con la antelación que marca la Orden de 5 de mayo de 1994 (artículo 7), no reflejándose en la escritura advertencia alguna sobre el riesgo que conllevaba la fluctuación del tipo de cambio, con indicación de sus efectos.

4.- Tampoco la **información verbal prestada** en el momento de la contratación parece suficiente habida cuenta de las circunstancias concurrentes.

Destacando a su vez que el testigo propuesto, \_\_\_\_\_, ni siquiera recordaba haber intervenido en la contratación objeto de litigio, sin perjuicio de lo cual puso de manifiesto que había intervenido en unas 400 hipotecas similares, pues trabajaba en la sucursal de Barajas. Exponiendo que los interesados solicitaban la citada hipoteca y que prácticamente no recibían información alguna porque no estaban interesados en ningún otro producto. Reconociendo a su vez que en ningún caso se realizaron simulaciones y que no podían desaconsejar el producto por criterios de la propia entidad, por lo que prácticamente

se limitaban a ofrecer la opción entre Yen y Franco Suizo. Destacando que prácticamente todos los clientes se decantaban por la primera a pesar de su mayor volatilidad, al tratarse de la divisa que les resultaba más barata en ese momento.

Además de haberse puesto de relieve con la declaración testifical la deficiente información que se venía prestando en relación con la comercialización de estos productos, también debe tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial que sostiene no es posible reconocer la existencia de aquella información con la mera declaración de los empleados de la sucursal bancaria, dada la relación de dependencia, ante la falta de constatación objetiva (art. 376 LEC). Apreciando que no se da en su testimonio las condiciones objetivamente requeridas de fiabilidad al referirse a la información que se habría proporcionado al demandante.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 enero 2015 sostiene que "no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que el Banco cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado".

Doctrina plenamente aplicable al presente caso, reiterando a su vez, como se viene señalando, que los testigos se han limitado a exponer de forma general la información que vienen trasladando a sus clientes, sin precisar cual fue la facilitada a la ahora demandante, en particular, que la misma hubiera sido advertida de los concretos riesgos de la operación.

#### **QUINTO.- DECLARACIÓN DE NULIDAD PARCIAL.**

De acuerdo con lo expuesto en los fundamentos precedentes, debe considerarse que el déficit de información ofrecida por el Banco demandado a la prestataria resulta evidente. En particular no ofreció a la demandante una información "clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo" de esta hipoteca multidivisa, concretamente del alcance de la obligación de mantener la equivalencia entre la divisa prestada y el euro que se imponía en la escritura.

Del mismo modo, tampoco consta que hiciera especial incidencia en los riesgos asociados a la fluctuación de los tipos de cambio de los cuales, por ejemplo, podía haber tomado conocimiento la actora mediante la confección de simulaciones que atendiesen a los distintos escenarios que podría dar lugar esa evolución, los cuales ha reconocido el testigo no se realizaban nunca.

Precisando al respecto que no se exige a la entidad de crédito que informara al cliente de la previsión de evolución de los tipos de interés o de cambio, sino simplemente, como expone la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2015, que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que no ha sido cumplido en este caso.

Por ello, la entidad demandada incumplió la obligación de comportarse con diligencia y transparencia para con su cliente en cuanto a los concretos riesgos asociados a la elección de la divisa escogida, más en concreto en cuanto a las consecuencias derivadas del funcionamiento y riesgos derivados del tipo de cambio de la operación en la determinación del principal adeudado y las posibles modificaciones en cuanto a su cuantía a fin de que el consumidor pudiera evaluar con criterios claros, precisos, detallados y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

En suma, y sin perjuicio de no resultar de aplicación en este caso la normativa MIFID, teniendo en cuenta el nivel escaso de formación y conocimientos de la actora sobre el funcionamiento de la cláusula discutida y el gran riesgo que comportaba, de la prueba practicada debe concluirse apreciando que, de haber sido debidamente informada, con claridad y sencillez sobre los grandes riesgos que asumía, no hubiera suscrito el contrato de préstamo objeto de litigio, que por ello queda viciado por error en el consentimiento prestado.

Consecuencia de lo expuesto, procede **declarar la nulidad parcial del préstamo hipotecario** objeto de litigio. Destacando a estos efectos, como viene reconociendo la jurisprudencia menor, que la referida petición no se encuentra exenta de dificultad pues, de entrada, la parte demandada se opone porque de existir el vicio del consentimiento que se alega, la nulidad del contrato pasa porque las partes se restituyan recíprocamente las prestaciones que fueron objeto del mismo conforme al artículo 1303 Código Civil, sin que pueda transformarse o configurarse un nuevo préstamo del agrado de la parte demandante, y muy reciente jurisprudencia, en materia de derivados financieros que forman parte del propio contrato de financiación, se muestra contraria a dicha posibilidad (SSTS de 2 febrero 2017; 14 febrero 2017 y 17 febrero 2017).

Añadiendo que, ciertamente y aun cuando la anulabilidad o nulidad parcial sea una imperfección menos enérgica que las que da lugar a la nulidad absoluta del contrato, cuando dicha acción se ejercita con éxito produce la destrucción del contrato con fuerza retroactiva de modo que, en principio, las partes deben reintegrarse las prestaciones recibidas (ex. artículo 1.303, 1.307 y 1.308 del Código civil).

En el caso de autos, el préstamo fue contratado en Yenes Japoneses y la nulidad del contrato obligaría a la parte prestataria a tener que devolver en principio la misma cantidad de Yenes que le fue entregada, pero ello supondría olvidar que fue precisamente la desfavorable evolución de los tipos de cambio la que ha generado los perjuicios que ahora se reclaman.

Esta problemática ha sido resuelta por las Audiencias de distinta forma pero de forma mayoritaria se muestran favorables a reconocer la nulidad parcial pues entienden que, aun sin la parte afectada, el contrato puede subsistir al mantenerse el adecuado y suficiente equilibrio prestacional perseguido por las partes al contratar. Así, SAP Barcelona, Sección 14ª de 22 de marzo de 2017; la SAP de Valladolid, Sección 3, del 12 de enero de 2017; la SAP de Barcelona, Secc. 1ª, de 27 de noviembre de 2015; la SAP, Sección 1, de Zamora de 3 de enero de 2017; la SAP, Sección 2 de Huelva de 21 de diciembre de 2016; la SAP de Guadalajara, Sección 1, del 21 de diciembre de 2016; SAP Madrid, Sección 13, de 10 de marzo de 2017.

Como expone la última de las resoluciones citadas, la nulidad parcial conlleva que, aún sin la parte afectada, el contrato pueda subsistir siempre que los contenidos afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para afirmar que aún sigan concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. Concurriendo tales condiciones, el negocio puede por tanto subsistir, como se deduce de la doctrina plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que entendió que la nulidad de las cláusulas suelo en el caso analizadas no había de comportar la de los contratos en los que se insertaban, por no imposibilitar "su subsistencia", y el TJUE de 30 de abril de 2014 -en relación, precisamente, a un préstamo hipotecario multidivisa - (en el mismo sentido, SSTS de 12 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015).

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

En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula multidivisa y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la hipoteca si bien referenciada en Euros.

De acuerdo con lo expuesto, procede estimar la pretensión formulada y declarar la nulidad parcial del acuerdo suscrito en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 9 de abril de 2008, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, por concurrencia de un vicio en el consentimiento, conllevando, como efecto propio de la nulidad, la declaración de que lo adeudado por la asociada al banco, es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultado de disminuir al importe prestado (166.000 euros), la cantidad amortizada hasta la fecha también en euros, en concepto de principal e intereses, y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue por 166.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura para el préstamo en euros.

**SEXTO.-** Sin perjuicio de la estimación de la demanda, teniendo en cuenta que en este caso se discutía la falta de información en relación con un producto complejo y novedoso en el mercado, valorando la falta de uniformidad en la jurisprudencia en la resolución de casos como el que ahora nos ocupa, en particular en relación con la posibilidad de acordar la nulidad parcial del contrato, todo ello determina que se aprecie que este caso presentaba dudas de hecho o de derecho en orden a excluir la expresa imposición de costas (artículo 394 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistas las disposiciones legales citadas y demás en general y pertinente aplicación,

### FALLO

Que estimando la demanda formulada por la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), actuando en interés de su asociada D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, contra el Banco Popular Español S.A., debo acordar la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 9 de abril de 2008, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, por concurrencia de un vicio en el consentimiento, conllevando, como efecto propio de la nulidad, la declaración de que lo adeudado por la asociada al banco, es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultado de disminuir al importe prestado (166.000 euros), la cantidad amortizada hasta la fecha también en euros, en concepto de principal e intereses, y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue por 166.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura para el préstamo en euros. Todo ello con la consecuencia

obligada de condena al Banco Popular Español a estar y pasar por las declaraciones anteriores y soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento y a la devolución de las comisiones cobradas en concepto de comisión de cambio de divisa.

No procede hacer expresa imposición de costas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Contra la presente Sentencia cabe recurso de apelación ante este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a partir del siguiente a la notificación.

En el caso de formularse recurso de apelación por cualquiera de los litigantes, en el plazo legal previsto para su interposición, deberá constituirse el correspondiente depósito en la cuenta de consignaciones de este Juzgado por el importe de 50 euros.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Sra. Magistrada que la suscribe, estando celebrada audiencia pública, -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.