

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN
Nº 02 DE LEGANÉS**

Pza. de la Comunidad de Madrid, 5, Planta 1 - 28912

Tfno: 913307659

Fax: 913307491

42020310

NING: 28.074.00.2-2016/0005102

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 568/2016

Materia: Otros asuntos de parte general

NEGOCIADO 7

Demandante: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. SARA NAVAS ZOYA

Demandado:: CATALUNYA BANC, S.A., ahora BBVA.S.A.

PROCURADOR D./Dña. ANA VAZQUEZ PASTOR



(01) 31049615362

SENTENCIA Nº 98/2017

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. MONICA SANCHEZ SANCHEZ

Lugar: Leganés

Fecha: dieciséis de junio de dos mil diecisiete.

Visos por la Ilma. Dña. Mónica Sánchez Sánchez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia en Instrucción nº 2 de Leganés, los presentes autos de juicio ordinario nº 568/16 promovidos por el Procurador de los Tribunales Sra. Navas Zoya, en nombre y representación de [REDACTED] contra la entidad bancaria BBVA, S.A., representado por el Procurador de los Tribunales Sra. Vázquez Pastor y bajo la asistencia letrada del Sr. Peláez Sanz, y sobre nulidad contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales Sra. Navas Zoya, en nombre y representación de [REDACTED] se presentó demanda sobre nulidad y/o anulabilidad contractual contra la entidad bancaria BBVA, S.A., y que, por turno de reparto, correspondió a este Juzgado, instando la parte actora a través de la misma, y sobre la base de los hechos y fundamentos de derecho que a los presentes efectos se dan por reproducidos, se dictara sentencia por la que estimando íntegramente la demanda se declarara la nulidad y/o anulabilidad de todas las cláusulas comprendidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria descrito en la demanda y que contuvieran referencia a la opción multdivisa, con la consiguiente condena a la parte demandada a recalcular el préstamo como si inicialmente hubiera sido concertado y abonado en euros, así como a reintegrar a la parte actora las cantidades que se le hayan cobrado de más por concepto de comisiones, gastos y cánones a raíz del clausulado referente a la opción multdivisa, todo ello con los intereses legales correspondientes a las mismas y con expresa condena en costas para la parte demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado de la misma a la parte demandada contestando ésta en tiempo y forma oportunos, en los términos que constan en su escrito de contestación y sobre la base de los hechos y fundamentos de derecho que a los presentes

efectos se dan por reproducidos. A continuación, se citó a las partes a la celebración de la correspondiente audiencia previa.

TERCERO.- En la fecha y hora señalada comparecieron las partes al acto de la audiencia previa. Durante la misma ambas partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y de contestación, solicitando el recibimiento del pleito a prueba, y admitiéndose las declaraciones pertinentes, todo ello con el resultado que consta en acta y en el soporte videográfico en que quedó registrada la misma.

CUARTO.- Finalmente, se celebró el acto del juicio oral en la fecha y hora señalada, practicándose las pruebas propuestas y declaradas pertinentes con el resultado que consta igualmente en acta y en el soporte videográfico en el que quedó registrada la misma y, tras conclusiones, quedaron finalmente los autos conclusos para dictar sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado todas las prescripciones legales y demás de general y pertinente aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercita en la presente demanda una acción de declaración de nulidad y/o anulabilidad por vicio en el consentimiento contractual, y lo hace con fundamento legal en los preceptos generales de las obligaciones y contratos (arts. 1.091, 1.254, 1.101 del CC) y, en particular, sobre la base de los artículos 1.265 y ss del CC, y de los artículos 1.300, 1.301 y ss del mismo texto legal. En este orden de cosas, la parte actora descansa sus respectivas pretensiones en los extensos hechos relacionados en la demanda y que, resumidamente, pueden concretarse en los siguientes extremos, a saber: a) la suscripción por la parte actora con la entidad bancaria CATALUNYA BANC, S.A., absorbida por fusión por la entidad bancaria demandada BBVA, S.A., de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria a fecha 7/9/07 bajo la modalidad u opción multdivisa; b) la formalización de la hipoteca bajo la divisa extranjera de yenes japoneses, con un tipo de interés variable referenciado al índice LIBOR y, a su vez, con la aplicación sobre el mismo del diferencial pactado contractualmente; c) la concesión a la parte actora del capital prestado en euros pero convertido, al tiempo de la formalización del contrato de préstamo hipotecario, en divisa extranjera según al tipo de cambio vigente en el momento de la formalización; d) el abono por la parte actora de las cuotas de amortización pactadas contractualmente conforme a las fluctuaciones de la divisa extranjera en la que fue concertado el préstamo hipotecario descrito en la demanda; e) el abono por la parte actora, tanto al tiempo de la formalización del préstamo hipotecario como del reintegro de las correspondientes cuotas de amortización, de unas comisiones, gastos y cánones derivados del cambio de euros a la divisa o moneda extranjera optada por la parte actora; f) la condición de la parte actora de usuario y/o consumidor al tiempo de suscribir el referido contrato de préstamo hipotecario multdivisa; g) la concurrencia al tiempo de la suscripción del antedicho préstamo con garantía hipotecaria de un vicio invalidante en el consentimiento prestado por la parte actora, y que se concreta en un error esencial e inexcusable sufrido por la misma acerca de las características y riesgos básicos del producto bancario que concertaba bajo la opción multdivisa; h) la producción de dicho error como consecuencia de la defectuosa información precontractual y contractual facilitada por el personal de la entidad bancaria suscribiendo del citado préstamo hipotecario al omitir esta última, incluso de manera dolosa e incumpliendo la normativa existente sobre el mercado de valores y de protección a usuarios y consumidores, una clara descripción de la naturaleza y riesgos del producto bancario de endeudamiento concertado por la parte demandada; i) la nulidad y/o anulabilidad de todas las cláusulas comprendidas en el citado contrato de préstamo y que contengan referencia a la opción

multidivisa, y ello a raíz del vicio de consentimiento contractual padecido por la parte actora, j) la subsistencia tras la nulidad y/o anulabilidad contractual del referido préstamo con garantía hipotecaria, si bien bajo la condición y/o recalcio de haber sido contenido y abonado el mismo en euros y, además, conforme al tipo de interés y diferencial referenciado en el propio contrato de préstamo hipotecario para el caso de que la opción de concesión y abono del mismo inicialmente elegida por la parte actora hubiera sido en euros; y k) la procedencia de reintegrar la parte demandada a la parte actora la totalidad de las comisiones, gastos y cánones abonados de más por esta última a raíz del clausulado contractual referente a la opción multidivisa, todo ello con los intereses legales pertinentes.

SEGUNDO.- Frente a dicha pretensión de nulidad y/o anulabilidad contractual ejercitada en los presentes autos, la parte demandada se opone a la misma aduciendo, en síntesis, los siguientes hechos o extremos, a saber: **a)** la caducidad de la acción ejercitada por la parte actora al haber transcurrido en exceso el plazo de 4 años reseñado legalmente para la nulidad y/o anulabilidad de los contratos por vicio del consentimiento contractual, en concreto, al haber suscrito la parte actora el contrato de préstamo con garantía hipotecaria en el que se hallan insertas las cláusulas relativas a la opción multidivisa el día 7/9/07, resultando dicha fecha la de su perfeccionamiento e inicio del cómputo del plazo de caducidad y, sin embargo, no haber interpuesto aquélla la demanda de la que traen causa las presentes actuaciones hasta el día 7/9/16; **b)** la contratación del préstamo con garantía hipotecaria multidivisa descrito en la demanda a instancia exclusiva de la parte actora, **c)** la negociación individualizada llevada a cabo entre las partes contratantes sobre las citadas cláusulas contractuales relativas a la opción multidivisa; **d)** la imposibilidad de decretar la nulidad y/o anulabilidad de las citadas cláusulas de opción multidivisa al versar las mismas sobre lo que constituye el objeto principal del contrato y, por lo tanto, al no ser susceptibles de declararse nulas conforme a la normativa protectora de usuarios y/o consumidores; **e)** el cumplimiento escrupuloso por la parte demandada del deber de información contractual y de la diligencia que le era exigible durante la contratación de un préstamo con garantía hipotecaria multidivisa como el descrito en la demanda, habiéndose facilitado por aquélla a la parte actora conforme a la normativa especial aplicable al producto que contrataba una información clara, sencilla y precisa sobre sus características y sus riesgos; **f)** la redacción de las citadas cláusulas concernientes a la opción multidivisa de una manera clara y acorde a las exigencias establecidas por la normativa protectora de usuarios y/o consumidores; **g)** el conocimiento por la parte actora, mediante el empleo de una diligencia media, del verdadero alcance y significación económica que para aquélla comportaba la suscripción de un préstamo hipotecario multidivisa al no consistir el mismo en ningún tipo de producto financiero complejo y no hallarse sujeto, por lo tanto, a la Ley del Mercado de Valores ni a la normativa MIFID, y **h)** la contravención de la parte actora frente a los actos propios protagonizados previamente por la misma al no haber invocado ésta, hasta la presentación de la demanda de la que traen causa los presentes autos, ningún vicio del consentimiento contractual prestado durante los prácticamente nueve años en que ha estado vigente el citado contrato de préstamo hipotecario multidivisa.

TERCERO.- Expuesto lo que antecede, y atendidas las alegaciones efectuadas durante la vista por ambas partes litigantes, resulta evidente que el objeto de debate en el presente litigio se centra en determinar: en primer lugar, la procedencia de la excepción de caducidad invocada por la parte demanda frente a la acción de nulidad y/o anulabilidad contractual esgrimida por la parte actora en la presente litis; y, en segundo lugar, si concurre en autos el vicio del consentimiento invocado en los mismos por la parte actora como base o fundamento de su pretensión de nulidad y/o anulabilidad contractual. Pues bien, en este orden de cosas, y una vez valorada libremente y conforme a las reglas de la sana crítica el conjunto de las pruebas practicadas en los presentes autos, entiende este Juzgador que procede la estimación de la presente demanda debiendo, en consecuencia, declararse la nulidad de las cláusulas comprendidas en el contrato de préstamo con

garantía hipotecaria de autos en lo que concierne o hagan referencia a los pactos u opción multidivisa, con los efectos inherentes a dicha declaración de nulidad contractual que se reseñan en la parte dispositiva de la presente resolución, y ello conforme a los razonamientos jurídicos comprendidos en los siguientes Fundamentos de Derecho.

CUARTO.- En lo que se refiere a la primera de las cuestiones controvertidas en la presente litis, a saber, la excepción de caducidad de la acción sostenida por la parte demandada considera este Juzgador, una vez valorados en su conjunto los medios de prueba practicados en los presentes autos, en especial, la prueba documental obrante en los mismos y consistente en el propio contrato de préstamo con garantía hipotecaria multidivisa suscrito entre las partes litigantes, que dicha excepción debe ser desestimada, pues:

- atendida la naturaleza jurídica de la excepción invocada por la parte demandada, a saber, la excepción de caducidad de la acción ejercitada por la parte actora, resulta del todo fundamental concretar cual es verdaderamente el tipo de acción ejercitada con carácter principal por la parte actora y, a tales efectos, conviene precisar que las alegaciones efectuadas al respecto por las propias partes litigantes a través de sus escritos rectores de demanda y de contestación sitúan la cuestión controvertida no en el contexto de la acción de nulidad radical de los contratos ejercitable ante la inexistencia de alguno de sus elementos esenciales –consentimiento, objeto o causa–, y que, por lo demás, resulta una acción imprescriptible según la más asentada doctrina jurisprudencial –de reproducción ociosa por ser sobradamente conocida–, sino en el ámbito de la anulabilidad por vicio del consentimiento prevenida en el artículo 1.300 del CC;

- dispone el artículo 1.300 del CC que los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 del mismo texto legal pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley, estableciendo a su vez el artículo 1.301 del CC que la acción de nulidad sólo durará cuatro años, comenzando a correr dicho tiempo, en lo que se refiere al concreto supuesto enjuiciado y dado el vicio de consentimiento contractual invocado por la parte actora sobre error o dolo, desde la consumación del contrato;

- viene estableciéndose de igual modo por la doctrina jurisprudencial más consolidada, entre otras, por la STS de fecha 11/6/03, que: "... el artículo 1.301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr desde la consumación del contrato. Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar... cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes ...";

- expuesto lo que antecede, y en lo que se refiere al concreto supuesto enjuiciado de contrato de préstamo con garantía hipotecaria, difícilmente puede considerarse que la acción de anulabilidad ejercitada en la presente litis por la parte actora se haya caduca por transcurso del plazo legal de 4 años reseñado en el citado artículo 1.301 del CC, ya que:

- una interpretación hermenéutica, razonable e idónea para la efectividad del contrato concernido entre las partes litigantes –artículo 1.281 y demás concordantes del CC–, evidencia que nos hallamos claramente ante un contrato de los denominados de tracto sucesivo que despliega sus efectos con el transcurrir del tiempo;

- la consideración del contrato debatido como de tracto sucesivo no permite estimar como caduca la acción de anulabilidad ejercitada por la parte actora en las presentes actuaciones, y ello por cuanto la suscripción del referido contrato de préstamo con garantía real multidivisa tuvo lugar

el día 7/9/07, momento a partir del cual lejos de estimarse consumado dicho contrato debe considerarse que empiezan los efectos y obligaciones contractuales derivadas del mismo por lo que, en lógica consecuencia, resulta palmario que al tiempo de interposición de la demanda de la que tienen causa los presentes autos -7/9/16- todavía no había transcurrido el plazo de caducidad de 4 años prevenido en el artículo 1.301 del CC.

QUINTO.- En lo que concierne a la segunda y principal de las cuestiones controvertidas en la presente litis, a saber, la procedencia de la acción de anulabilidad ejercida por la parte actora frente a la cláusulas contractuales del préstamo hipotecario de autos y que comprenden referencias a la opción multdivisa, conviene poner de relieve que la resolución de la citada cuestión debatida pasa necesariamente por definir en qué consisten este tipo de contratos, préstamos hipotecarios que han sido hasta el presente momento procesal reiteradamente definidos no solo por diversas sentencias de las distintas Audiencias Provinciales, sino también por la propia Sala 1ª del TSº – entre otras, y como más representativa, a través de la STSº de fecha 30/6/15-, y hasta por el propio TJUE -a través de su sentencia de fecha 30/4/14, en el asunto C-26/13-, pudiendo resumirse sus características de la siguiente manera:

- se trata de un tipo de préstamo con garantía real hipotecaria, a interés variable, en el que si bien el capital prestado se entrega en principio en euros al prestatario, a la hora de formalizarse el mismo dicho capital se convierte a la moneda extranjera o divisa elegida libremente por aquel de entre las distintas opciones estipuladas por contrato –habitualmente libras, yenes japoneses o francos suizos-, de suerte que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial contractualmente pactado para determinar el tipo de interés ordinario o remuneratorio en cada periodo es distinto del Euribor referenciado a un año, en concreto, suele ser el Libor –London Interbank Offered Rate, o tasa de interés interbancaria del mercado de Londres-;

- es un tipo de préstamo hipotecario en el que las cuotas de amortización del mismo – integradas tanto por el capital prestado a devolver como por el interés remuneratorio pactado-, deben abonarse por el prestatario en la moneda extranjera o divisa elegida por el mismo;

- los riesgos que implican este tipo de préstamos hipotecarios multdivisa exceden a los propios de los préstamos hipotecarios contenidos en euros, tanto a interés fijo como a interés variable, y ello porque:

- en primer lugar, el ciudadano español generalmente obtiene sus ingresos económicos en euros, satisface sus ingresos en euros y realiza sus transacciones económicas en euros pero, sin embargo, en este tipo de préstamos hipotecarios multdivisa acude para financiarse a un producto bancario de endeudamiento en el que el capital se le presta en euros pero, sin embargo, se le convierte a la divisa o moneda extranjera libremente elegida por aquel, divisa en la que debe continuar amortizando el préstamo pese a que el bien inmueble que ofrece el prestatario como garantía real se haya siempre valorado en euros, como también se haya valorado en euros el bien que adquiere de manera financiada a través del susodicho préstamo;

- y, en segundo lugar, porque mientras que en un préstamo en euros a interés fijo el único riesgo que corre el prestatario, durante el periodo de amortización del mismo, es la fluctuación del valor económico del bien adquirido por financiación –habitualmente un bien inmueble-, a efectos de conocer al término de la amortización la relación real entre el valor adquirido y el precio pagado de manera financiada, o bien mientras que a un préstamo en euros a interés variable con referencia al Euribor a un año se le añade, junto al riesgo antes descrito, el riesgo consistente en el incremento y/o disminución de la cuota de amortización del préstamo en función del incremento y/o disminución del valor de cotización del Euribor durante la amortización, por el contrario, en un

préstamo hipotecario en divisa o moneda distinta del euro, a interés variable y con referencia al Libor, a los riesgos anteriormente descritos para los préstamos hipotecarios en euros se le añaden además los siguientes, a saber:

* en primer lugar, la complicación del riesgo relativo a las fluctuaciones durante el periodo de amortización del valor económico del bien adquirido, pues mientras dichas fluctuaciones se producen en euros, por el contrario, el funcionamiento del préstamo se hace siempre con referencia a divisa o moneda extranjera distinta del euro;

* en segundo lugar, la complicación del riesgo concerniente a la fluctuación de la cuota de amortización o interés variable ya que, a diferencia del Euribor referenciado a un año, que es un índice de referencia de fácil conocimiento y acceso por su constante publicación y por ser de uso habitual y común entre la ciudadanía, el Libor resulta ser sin embargo un índice de referencia de difícil acceso y conocimiento para el ciudadano medio;

* en tercer lugar, el riesgo relativo a la variación de la cotización entre el Euribor y la divisa elegida por el prestatario, y que repercute directamente en la cuota de amortización del préstamo a pagar por el prestatario, de modo tal que mientras el Euribor cotiza por encima de la otra divisa, el prestatario pagaría menos en euros, y si el Euribor y la otra divisa cotizan a la par, el prestatario pagaría lo mismo en euros y si, finalmente, el Euribor cotiza por debajo de la otra divisa el prestatario pagaría más en euros;

* y en cuarto lugar, el riesgo concerniente al capital prestado y que obliga a un continuo recambio del mismo durante el periodo de amortización, de modo tal que si la divisa elegida por el prestatario se aprecia frente al euro, este último no solo tendría que pagar una cuota de amortización de mayor importe en euros sino que, además, acudiría al prestamista una capital en euros mayor que lo que le fue entregado al concertar el préstamo hipotecario y antes de convertir el mismo a la divisa o moneda extranjera;

- finalmente, se trata de un producto bancario que ha sido definido de distinta manera por parte de la jurisdicción nacional y del TJUE y, así las cosas, mientras que para la sentencia del TJUE de fecha 3/12/15 los préstamos hipotecarios multdivisa no son un instrumento financiero de suerte que las entidades bancarias prestamistas no están sometidas a las obligaciones de información contractual que previenen, en nuestro ordenamiento nacional, la Ley del Mercado de Valores (LMV) o, en su caso, la normativa MIFID de estar vigente al tiempo de su suscripción, por el contrario, la conocida STSº de fecha 30/6/15 sí que define este tipo de préstamos como productos financieros, derivados, relacionados con divisas y complejos, y ello porque entiende que la cuantificación de las obligaciones esenciales de una de las partes contratantes –pago de cuotas de amortización y cálculo del capital prestado pendiente de amortizar- depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, y que en este caso es una divisa extranjera lo que, por lo tanto, permite incluirlo en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores.

SEXTO.- Asentadas desde el punto de vista jurisprudencial ya aludido las antedichas características del préstamo hipotecario multdivisa suscrito por la parte actora, y atendidas especialmente las alegaciones efectuadas por las partes litigantes durante la vista, resulta evidente que la resolución de la cuestión litigiosa impone igualmente la necesidad de concretar cuál es la diligencia y el concreto deber de información que le resultaba exigible a la entidad bancaria prestamista y suscriptor del referido préstamo con garantía hipotecaria multdivisa. Pues bien, en este orden de circunstancias considera este Juzgado, tomando como referencia el criterio seguido por numerosas Audiencias Provinciales –entre otras, y como representativa la Secc. 3ª de la AARP de Valladolid a través de su sentencia de fecha 30/6/16-, que la aparente contradicción existente

entre el TJUE y el TSº sobre la definición de la hipoteca multidivisa ha de resolverse a favor del TSº y, por lo tanto, que debe considerarse a este tipo de préstamos como productos derivados y complejos insertables en el ámbito de la Ley de Mercado de Valores o, en su caso, en el de la normativa MIFID en vigor al tiempo de su suscripción. Y ello porque el hecho de que el TJUE sostenga, como máximo intérprete de una directiva comunitaria, que en ese ámbito mínimo de la directiva comunitaria en cuestión no se incluyen las hipotecas multidivisa como producto derivado y complejo no impide al TSº, como órgano competente para interpretar la legislación española, considerar que según la propia normativa estatal las hipotecas multidivisa sí puedan tener la consideración de producto complejo y derivado a través de nuestra Ley del Mercado de Valores. Máxime si se tiene en cuenta que una directiva comunitaria y la ley estatal que la transpone son instrumentos diferentes y que, por lo tanto, la norma estatal puede tener un ámbito de aplicación mucho más amplio siempre que respete el contenido mínimo de la directiva comunitaria, es decir, que puede llevar a cabo la inclusión de otros productos o instrumentos financieros que la directiva comunitaria en cuestión no incluye de manera expresa y mínima.

SEPTIMO.- Partiendo de la base de considerar al préstamo hipotecario multidivisa de autos, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, como un producto complejo y derivado, cobra especial relevancia en la presente litis el exquisito deber de diligencia e información que el marco legal impone a las entidades bancarias durante la negociación de productos como el litigioso. En este orden de cosas resulta del todo ilustrativa la ya conocida sentencia del TSº de fecha 20/1/14, pues a través de la misma se dispone de manera expresa el alcance de dicho deber de información de las entidades financieras en la contratación de productos complejos dada la asimetría informativa existente entre aquellas y sus clientes, deberes especiales de información que: “...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 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law -PECL- cuyo art. 1:201 bajo la rubrica “Goodfaith and Fairdealing” (“Buena fe contractual”), dispone como deber general: “Each party must act in accordance with goodfaith and fairdealing” (“Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe”). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los conocidos riesgos que comporta el producto que se pretende contratar”. Pues bien, llegados a este punto conviene poner de relieve que, si bien el préstamo hipotecario multidivisa enjuiciado no se halla sujeto por su fecha de suscripción -7/9/09- ni a la vigente Ley 4/15, de 23 de octubre, de Mercado de Valores, ni a la denominada normativa MIFID –en vigor desde el día 21/12/07-, no es menos cierto:

.- por un lado, que el deber de información de la entidad financiera prestamista y suscritor del préstamo litigioso se halla sobradamente definido a través del siguiente marco normativo vigente al tiempo de su suscripción, a saber: por el artículo 79 bis de la Ley 24/98, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, por los artículos 3, 5, 6 y 7 de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de Condiciones de los Préstamos Hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, por el articulado de la Ley 26/1984, de 19 de julio para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –dada la condición de usuario y/o consumidor de la parte actora-, en las reformas efectuadas con anterioridad a la perfección del contrato, y por el articulado de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación,

.- y por otro lado, que conforme al citado marco normativo, y a la antedicha doctrina jurisprudencial expuesta, el deber de información y diligencia exigible a la entidad bancaria suscritora del préstamo litigioso no solo debe comportar una información clara, sencilla y suficiente sino que, además, debe de proyectarse tanto en la fase precontractual –a efectos de formar la decisión del cliente sobre la contratación que va a efectuar-, como durante la vigencia del contrato, y todo ello a efectos de que el cliente acabe teniendo un conocimiento cabal de las características del préstamo concertado en divisa o moneda extranjera y, especialmente, de los mayores riesgos que la contratación de este tipo de préstamos implica frente a los préstamos hipotecarios concertados en euros.

OCTAVO.- Expuesto lo que antecede sobre el deber de información en la contratación de préstamos hipotecarios multidivisa como el de autos, y considerado el hecho de que la parte actora precisamente fundamenta el padeamiento de un error vicio de su consentimiento en la defectuosa, insuficiente y hasta inexacta información facilitada por la entidad bancaria demandada al contratar el mismo, resulta palmario que en el presente caso enjuiciado conlleva el incumplimiento de los deberes de información. En este orden de cosas, viene estableciendo la más asentada doctrina jurisprudencial, entre otras, la ya referida sentencia del TSº de fecha 20/1/14, de manera igualmente corroborada por las recientes sentencias del TSº núm. 23/2016 y núm. 24/2016 de fecha 3/2/16 que si bien dicho incumplimiento del deber de información “(...) por sí mismo, (...) no conlleva necesariamente la apreciación del error vicio en el consentimiento, no cabe duda sin embargo de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del citado error”. De igual modo, continúa disponiendo la referida sentencia del TSº de fecha 20/1/14 a la hora de regular el denominado error vicio del consentimiento que:

“La regulación del error vicio del consentimiento que puede conllevar la anulación del contrato se halla contenida en el Código Civil, en el art. 1266 CC, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal, esta Sala Primera del Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial, de la que nos hemos hecho eco en las ocasiones anteriores en que nos hemos tenido que pronunciar sobre el error vicio en la contratación, sobre que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada -“pacta sunt servanda”- imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una “lex privata” (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

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

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye

el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). 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.

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

Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradicorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, había conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida”

NOVENO.- Asentada la doctrina jurisprudencial expuesta sobre las características del error invalidante del consentimiento, así como sobre las consecuencias que la falta de debida información prestada por las entidades bancarias a sus clientes tienen en la prestación de un consentimiento viciado por error, considera este Juzgador, una vez valorados en su conjunto los medios de prueba practicados durante la vista, que la entidad bancaria prestamista incumplió el deber de información que le era legalmente exigible para con la parte actora en lo concerniente a la opción o cláusulas contractuales multivalentes y, además, que esa falta a su deber de información determinó que esta última se hiciera una representación metal equivocada a la hora de contratar el préstamo hipotecario que constituye el objeto del presente enjuiciamiento. En concreto, considera este Juzgador tras la apreciación del acervo probatorio desarrollado en la litis que la parte actora, a la hora de prestar su consentimiento contractual para la contratación del préstamo hipotecario bajo la opción multivalente, padeció un error esencial y excusable, ya que:

.- conforme viene estableciendo la doctrina jurisprudencial más asentada –de reproducción oiosa por ser sobradamente conocida- en supuestos como el debatido las reglas del “onus probandi” imponen a la parte actora que invoca el padecimiento de un vicio en el consentimiento contractual prestado por la misma la carga de acreditar su concurrencia mientras que, en el caso de la parte demandada y por su condición contractual privilegiada como entidad bancaria prestamista, se le impone la carga de probar que ha cumplido con los deberes de información necesarios a tenor de la legislación vigente, así como que ha empleado la diligencia que le resulta exigible, a saber, no la de un buen padre de familia sino la de un ordenado empresario y representante leal en la defensa de los intereses de sus clientes;

.- en el supuesto debatido entiende este Juzgador, tras el análisis de los medios de prueba practicados durante la vista, que a raíz de la falta de información adecuada que le debía de proporcionar la parte demandada a la parte actora con ocasión de la contratación del préstamo hipotecario multivalente, aquella prestó su consentimiento contractual padeciendo un error esencial y excusable, error esencial y excusable que recayó exclusivamente sobre las características de la opción multivalente, que no sobre la totalidad de los restantes elementos esenciales del préstamo concertado, así como sobre el verdadero alcance de los riesgos que conllevaba para la misma dicha opción multivalente, pues:

- en el supuesto enjuiciado contamos, dentro de la actividad probatoria, con la prueba documental que ha sido incorporada a los autos por ambas partes litigantes, y del análisis conjunto de los citados medios de prueba difícilmente puede colegirse que la entidad financiera con la que la parte actora suscribió el préstamo debatido le ofreciera a esta última antes y durante la suscripción del mismo una información verbal y escrita lo suficientemente clara y sencilla sobre las características esenciales de la opción multivalente y, especialmente, sobre los riesgos que la contratación de un préstamo hipotecario en divisa o moneda extranjera y con referencia al índice Llibor encierra frente al concertado en euros y con referencia al índice Euribor, riesgos que por lo demás, a juicio de este Juzgador y atendido el perfil no profesional ni cualificado de la parte actora que resulta acreditado y no controvertido en la presente litis, pueden calificarse como de vertiginosos, y ello por cuanto:

* en lo que concierne a la prueba documental que obra unida a los autos y sobre la que la parte demandada fundamenta su alegación de haberse cumplido con el deber de información contractual y con la diligencia que le era exigible, se hace necesario destacar que no consta evidenciado a través de la misma que a la parte actora se le facilitara un folleto informativo del producto que contrataba y que le hubiera permitido conocer, de antemano, el contenido del préstamo hipotecario y, especialmente, aquellas cláusulas financieras concernientes a la moneda o divisa extranjera elegida, y todo ello a efectos, incluso, de haber podido solicitar la parte actora por parte del personal de la entidad bancaria prestamista la aclaraciones y/o explicaciones necesarias sobre los extremos tan dudosos o de difícil comprensión que conlleva por sí misma la concertación de un préstamo en divisa extranjera y referenciado a un índice distinto del Euribor -Llibor-;

* tampoco consta acreditado en modo alguno a través del acervo probatorio documental que a la parte actora se le realizara por escrito una oferta vinculante del préstamo que, incluso, hubiera permitido a la misma buscar asesoramiento externo sobre la conveniencia del préstamo en atención a sus circunstancias personales y a la finalidad que pretendía obtener con dicho préstamo, máxime si se tiene en cuenta que el plazo de amortización del préstamo de autos se pactó en 30 años y que, durante ese extenso período de tiempo, resulta casi imposible predecir de manera aproximada las posibles fluctuaciones de la moneda o divisa extranjera;

* de igual manera no consta rastro documental alguno en la presente litis relativo a que a la parte actora se le efectuara una evaluación sobre la conveniencia para la misma del préstamo hipotecario multdivisa debatido, máxime si se tiene en cuenta que consta evidenciado en autos y, por lo demás, no resulta una cuestión controvertida en los mismos, que la parte actora carezca de conocimientos y formación financiera cualificada para entender los elevados riesgos que entrañaba la contratación de este tipo de préstamos frente a los otorgados en euros y con referencia al índice Euribor.

- Finalmente conviene poner de relieve que, pese a la facilidad probatoria de la que disponía la parte demandada, no se ha procedido en la presente litis a la práctica de la prueba consistente en la declaración o deposición testifical del empleado de la entidad bancaria suscribiente que gestionó la suscripción del préstamo enjuiciado, medio probatorio que en las presentes actuaciones podría haber contribuido a esclarecer, frente a las manifestaciones vertidas por la parte actora durante su interrogatorio en la vista, si al tiempo de contratarse el préstamo hipotecario multdivisa de autos se le informó a aquella de manera verbal, con suficiente claridad y detalle, cuáles eran las características del préstamo hipotecario concertado en divisa extranjera y con referencia al índice Llibor y, sobre todo, cuáles eran los notables riesgos asociados a este tipo de préstamos frente a los concertados en euros y con referencia al índice del Euribor.

DECIMO.- Expuesto y acreditado todo lo que antecede pueden obtenerse, a juicio de este Juzgador, las conclusiones de que ni antes ni durante la celebración del contrato de autos se ofreció a la parte actora información suficiente y precisa para comprender los riesgos que asumía al suscribir un producto como el préstamo hipotecario en moneda extranjera y con referencia al índice Llibor, información que resulta del todo precisa si se tiene en cuenta que en el supuesto enjuiciado la parte actora ostenta el carácter de usuario y/o consumidor, sin perfil de especialista con conocimientos financieros debiendo ponerse de relieve, por lo demás, que este incumplimiento del deber de información es de los que vicia el consentimiento por error esencial y excusable en los extremos de las cláusulas financieras del contrato de autos que contengan referencia a la opción multdivisa, pues:

- de esencial debe calificarse el error padecido por la parte actora si, tal y como ha resultado acreditado del acervo probatorio practicado, fue la deficiente información contractual suministrada por la parte demandada la que hizo que a la parte actora le faltara conocer como eran en realidad las condiciones de la opción multdivisa como fórmula para la contratación de un préstamo hipotecario y, sobre todo, como era el alcance de los riesgos asociadas a la misma, en concreto, los riesgos derivados del tipo de cambio de divisa y que alcanzan no solo a las cuotas de amortización sino, también, al recalcio o modificación continua del importe del capital prestado, de modo tal que dicha parte litigante se efectuó por esa deficiente información contractual una representación metal equívoca sobre el elemento esencial de la opción multdivisa y sobre la propia finalidad especulativa de la misma.

- de excusable debe también calificarse el error vicio del consentimiento enjuiciado si se tiene en cuenta que, de los medios de prueba practicados en autos, ha resultado acreditada la escasa o nula formación financiera que poseía la parte actora al tiempo de concertar el producto litigioso pues, a buen seguro, la contratación del préstamo hipotecario multdivisa no habría tenido lugar si la entidad bancaria prestamista le hubiera explicado a la parte actora de una manera sencilla, tempestiva y adecuada a su formación que el préstamo de autos complicaba los riesgos asociados a cualquier préstamo hipotecario concertado en euros y con referencia al índice Euribor y que, además, el riesgo de las fluctuaciones inherentes al tipo de cambio de divisa no solo afectaría al importe de la cuota de amortización sino, y lo que es muy importante, también al importe del capital prestado hasta el punto de que el mismo debía de ser continuamente

recalculado durante el periodo de amortización y que, incluso, podría experimentar un alza, es decir, podría verse incrementado frente al inicialmente prestado si el euro se deprecia frente a la divisa extranjera elegida, lo que de hecho ha acontecido en el supuesto de autos.

- las antedichas características del error vicio del consentimiento padecido por la parte actora en modo alguno pueden verse ensombrecidas o minimizadas por el hecho de que la parte actora no haya mostrado durante los prácticamente 9 años de vigencia del préstamo debatido disconformidad alguna con la opción multdivisa, y ello por cuanto tal comportamiento no revela en modo alguno que la parte actora tenga verdaderos conocimientos financieros o especializados sobre los riesgos que conlleva la contratación de un préstamo hipotecario multdivisa debiendo significarse, llegados a este punto, que en el presente supuesto difícilmente tiene encaje dicho comportamiento en la denominada doctrina jurisprudencial de los actos propios o en la de la convalidación de los actos nulos – artículos 1.311, 1.313 y demás concordantes del CC-, y ello porque tal comportamiento protagonizado por la parte actora, lejos de evidenciar actos precedentes inequívocos y de trascendencia jurídica de los que inferir que aquella tuvo conocimiento de la causa de nulidad y la convalidó, lo que en verdad revelan es una prolongación en el tiempo de un vicio de la voluntad contractual padecido por la propia actora y, además, la manifestación del legítimo desecho de la misma por abaratar su endeudamiento a través de un producto que, por creencia errónea, consideró que se adecuaba a sus expectativas personales y económicas.

UNDÉCIMO.- En congruencia con los razonamientos jurídicos expuestos debe procederse, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.303 del CC, a declarar la nulidad solamente de aquellas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario de autos que hagan referencia a los pactos o a la opción multdivisa, y ello por el error invalidante del consentimiento contractual prestado por la parte actora como consecuencia de la deficiente, insuficiente y hasta desigualada información contractual prestada por la parte demandada en el supuesto enjuiciado sobre esos concretos aspectos contractuales esenciales. En este orden de cosas, considera este Juzgador del todo pertinente, de conformidad a lo interesado por la propia parte actora, que la nulidad de las referidas cláusulas contractuales no afecte a las restantes cláusulas comprendidas en el contrato debatido de suerte que se mantenga la vigencia del mismo. La razón estriba en que, partiendo del principio de conservación del contrato, la solución general en supuestos como el de autos es el la ineficacia parcial del mismo. Máxime si se tiene en cuenta que, en un supuesto como el enjuiciado, el contrato de préstamo hipotecario en cuestión puede subsistir mediante el funcionamiento supletorio de otra moneda igualmente prevista en el mismo, a saber, el euro, pudiendo de este modo cumplirse con la prevención legal en supuestos de nulidad contractual de restituirse de manera recíproca las partes litigantes en las cosas, frutos y precio con intereses que hubiesen sido materia del contrato logrando, con ello, que cada una de aquellas vuelva a la misma situación personal y patrimonial que hubiera tenido en el caso de haber concertado el préstamo hipotecario litigioso en euros. Así pues, consecuencia lógica de todo lo expuesto, es que la parte demandada vendrá obligada, por un lado, a recalcular el préstamo hipotecario suscrito por la parte actora como si el mismo hubiera sido concedido y abonado en euros, tomando como índice de referencia el Euribor pactado contractualmente, y como tipo diferencial el también estipulado de manera expresa por contrato para la opción de moneda en euros; y, de otro lado, a reintegrar a la parte actora las sumas dinerarias que se le hayan cobrado de más por concepto de comisiones, gastos y cánones a raíz del clausulado referente a la opción multdivisa anulado, incrementado todo ello con los intereses legales desde la fecha en que se realizaron los abonos de los citados gastos, cánones o comisiones.

DUODÉCIMO.- Los anteriores pronunciamientos implican la necesidad, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 394 y al principio de vencimiento objetivo prevenido en el mismo, de

imponer a la parte demandada las costas procesales devengadas en los presentes autos al ser estimadas íntegramente las pretensiones sostenidas en los mismos por la parte actora.

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

FALLO

Que ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sra. Navas Zoya, en nombre y representación de [REDACTED] contra la entidad bancaria BBVA, S.A., debo:

- DECLARAR y DECLARO la nulidad de todas aquellas cláusulas comprendidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por la parte actora a fecha 7/9/07, y que contengan referencia a la opción o pactos multdivisa.

- DECLARAR y DECLARO la subsistencia de las restantes cláusulas comprendidas en el citado contrato de préstamo con garantía hipotecaria, y que no resulten incompatibles con la anterior declaración de nulidad contractual.

- CONDENAR y CONDENO a las partes litigantes a ESTAR y a PASAR por dicha declaración de nulidad contractual.

- CONDENAR y CONDENO a la parte demandada a que proceda a un recalculo del capital prestado y amortizado a través del susodicho contrato de préstamo, debiendo efectuarse el mismo sobre la base de que el capital prestado y abonado lo ha sido en euros, y de que la restante amortización de aquí se llevará a cabo en euros, de modo tal que la cantidad adeudada por la parte actora al tiempo de la presente resolución judicial será la que resulte de disminuir, frente al capital prestado en euros -100.000 euros-, la cantidad amortizada por la parte actora como principal e intereses también convertidos a euros, todo ello utilizando como tipo de interés el referenciado en el propio contrato de préstamo hipotecario para la opción de moneda en euros –Euribor y diferencial correspondiente;

- CONDENAR y CONDENO a la parte demandada a devolver a la parte actora el importe total cobrado de más a la misma como consecuencia de la opción multdivisa por concepto cánones, gastos y comisiones, incrementado todo ello con los intereses legales correspondientes a dichas sumas condenatorias desde la fecha en que se realizó el abono de las mismas.

- CONDENAR y CONDENO la parte demandada al abono de las costas procesales causadas en los presentes autos.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, en el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de la presente resolución y previa constitución y/o pago de los depósitos y/o tasas prevenidos legalmente.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado que la dictó, estando celebrando en Audiencia Pública en el día de su fecha por ante mí, el Letrado/a de la Administración de Justicia, doy fe.

