

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 4

S.VICENTE DEL RASPEIG

Calle BAILEN, 64

TELÉFONO: 965.67.74.30 FAX 965.67.74.23

N.I.G.: 03122-41-1-2016-0002919

Procedimiento: Procedimiento Ordinario [ORD] - 000511/2016

Demandante:

Procurador: DE LAS CUEVAS BARBERA, ISABEL

Demandado: CAIXABANK SA

Procurador: RUIZ MARTINEZ, LORENZO CHRISTIAN

SENTENCIA 105/17

En S.VICENTE DEL RASPEIG a diez de noviembre de dos mil diecisiete.

Vistos por mí, D^a. Elisa Soriano Carot, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 1 de San Vicente del Raspeig, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante este Juzgado bajo el número 511/2016 en el que comparece como parte demandante DOÑA [REDACTED] representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. De Las Cuevas Barberá y bajo la asistencia letrada del Sr. Jordá García frente a Sr. Ruiz Martínez y asistida de la Letrada Sra. Blasco Alventosa, en ejercicio de una acción de anulabilidad contractual, procede dictar lo siguiente;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la Procuradora de la parte actora arriba reseñada y en nombre y representación de DOÑA [REDACTED] se presentó demanda de Juicio Ordinario con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 que fue turnada por reparto a este Juzgado.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado de la misma al demandado a fin de que en el plazo de 20 pudiera contestarla, tras lo cual se citó a las partes a la correspondiente Audiencia Previa que tuvo lugar el día 17 de noviembre de 2016.

TERCERO.-En la Audiencia Previa, las partes ratificaron sus respectivos escritos de demanda y contestación, interesando el recibimiento del pleito a prueba.

Hecha la proposición de prueba, se admitió aquella que se consideró pertinente y útil, señalándose fecha para la celebración del correspondiente juicio que tuvo lugar el día 20 de julio del presente, en el que, tras la práctica de la prueba admitida, quedaron las actuaciones pendientes de dictar sentencia.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales a excepción de plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente proceso, el actor solicita que se declare la anulabilidad de la cláusula CUARTA y además de todas aquellas que pudieran afectar a la aplicación de la referencia “multidivisa” del préstamo con hipoteca otorgado el 10 de marzo de 2003, se sustituyan, en su caso, por otras cláusulas que utilicen para el cálculo del tipo de interés la referencia Euribor con las condiciones económicas expresadas en la meritada cláusula de tipo de interés CUARTA para que, además, la operación transcurra exclusivamente, a partir de ese momento en euros a todos los efectos y circunstancias posibles y por ejercitada acción de restitución de las cantidades indebidamente cobradas por la demandada por importe de 40.323,81 euros y todo ello por error o vicio en el consentimiento al considerar que la información suministrada a la demandante y a su entonces esposo, en relación a dicha cláusula, fue insuficiente, imprecisa y confusa, sin que se explicase el efecto que iba a tener sobre la cuota a pagar el tipo de cambio y entiende que se ha vulnerado la Ley del Mercado de Valores al infringirse el deber de información previsto en dicha normativa.

Por su parte la demandada se opone en primer lugar alegando como excepciones procesales la falta de integración debida de la parte actora y de fondo la caducidad de la acción ejercitada y en cuanto al resto de cuestión controvertida solicita, para el caso de desestimarse las excepciones procesales, la desestimación de la demanda por entender que fue la parte actora quien solicitó el préstamo en las propias condiciones pactadas, multidivisa, siendo informados de todas sus consecuencias. Así mismo, entiende esta parte que no cabe apreciar la existencia de error en el consentimiento, toda vez que se suministró toda la información necesaria antes de la firma del préstamo y la parte actora era conocía perfectamente la naturaleza del préstamo que

SEGUNDO.- Con carácter previo a examinar el fondo del asunto es necesario examinar las excepciones planteadas por la demandada, relativas A LA FALTA DE INTEGRACIÓN ACTIVA EN LA LITIS Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EJERCITADA.

- En primer lugar, se alega por la parte demandada la falta de integración de la parte demandante por cuanto el préstamo objeto de la presente litis se concedió a la parte actora y a su entonces marido, ahora fallecido, de forma que siendo varios los sujetos prestatarios de dicha relación jurídica y habiendo sido presentada la demanda por tan solo uno de los prestatarios no está bien integrada la parte actora en la relación procesal, lo que según la entidad demandada señala como falta de legitimación activa.

En cuanto a la falta de integración de la parte actora por entenderse que la demanda no se ha entablado por todos los sujetos titulares del derecho que se ejercita o la falta de un “litisconsorcio activo necesario” se denomina por nuestro más alto Tribunal como una falta de legitimación activa, así, dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 Jul. 1995, “*tiene declarado esta Sala (Sa de 22 Dic. 1993, con cita de anteriores) «que la figura del litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, inspirado por el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído; en efecto, como nadie puede ser obligado a litigar, ni solo ni unido a otros, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino en forma conjunta y mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa (legitimatío ad causam)» (en igual sentido se pronuncian, entre otras, las STS de 3 Jun. 1993, 27 May. 1997). La sentencia núm. 989/2007, de 3 octubre , afirma que la figura doctrinal del litisconsorcio activo*

necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, impuesto en su acogimiento jurisprudencial incluso de oficio, en defensa del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. A lo que añade que «a este efecto, como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda no puede ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa, que como tal carecería de un presupuesto preliminar a la consideración de fondo, pero basado en razones jurídico-materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria»”.

Así, cabe precisar que a legitimación "ad causam" consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar y exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido, según las SSTS 31-3-97 y 28-12-01.

Por su parte, el art. 1137 del Código Civil es claro cuando señala que *“La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria”*. Añade el art. 1141 de CC que *“cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial. Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos”*, añadiendo el art. 1142 de dicho cuerpo legal que *“El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores solidarios; pero, si hubiere sido judicialmente demandado por alguno, a éste deberá hacer el pago”*.

Así, en el caso objeto de autos, la exposición PRIMERA de la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre las partes señala de forma expresa que DOÑA [REDACTED] la ahora actora, y su entonces marido DON [REDACTED] *“intervienen con carácter solidario en relación con las obligaciones de la presente escritura”*, de forma que, de conformidad con los preceptos señalados y constituyéndose la obligación de forma expresa con el carácter solidario, cada uno de los prestatarios podrá pedir o ejercitar derechos por sí solo sin necesidad de intervención del resto, cuando les sea útiles a éstos, como ocurre en el presente caso.

En virtud de lo expuesto, se considera que en el presente caso la parte actora de la relación procesal está debidamente integrada y, en consecuencia, *la excepción esgrimida por la parte demandada necesariamente habrá de ser desestimada*.

-En segundo lugar, se alega por la parte demandada la caducidad de la acción de nulidad entablada de contrario bajo la argumentación de haber transcurrido más de cuatro años desde la firma de suscripción de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 10/03/2006; por lo que el transcurso del referido periodo desde el momento de la consumación del contrato, que fija en el momento de suscripción de aquel, produce la caducidad de la acción ejercitada. A este hecho se opone la demandante entendiendo que es un contrato de tracto sucesivo y que en consecuencia ninguna caducidad se puede apreciar.

Sobre este hecho controvertido la Provincial de Alicante, Sección 8ª, Sentencia 113/2014 de 22 May. 2014, Rec. 137/2014, ponente Soler Pascual, Luis Antonio *“Confunde*

el apelante perfección contractual con consumación. La perfección tiene lugar con ocasión de la concurrencia de oferta y consentimiento - art 1258 (LA LEY 1/1889) y 1262 CC (LA LEY 1/1889) - y la consumación se produce cuando las prestaciones de las partes tienen lugar. La consumación es el cumplimiento del fin del contrato, es decir la realización de las prestaciones.

*En efecto, la perfección del contrato de intercambio de tipos de interés se perfecciona el día de su firma mientras que la consumación tiene lugar cuando finaliza la vigencia del mismo. Y este es, conforme a lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) , el momento en que se inicia el cómputo del plazo. Así lo dice de forma expresa la STS de 11 de junio de 2003 , que trae a colación el tenor literal del artículo 1.301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) que establece que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato. Precizando por su parte la STS de 11 de julio de 1984 que para el cómputo del plazo de vigencia de la **acción** de anulabilidad, es de tener en cuenta que se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones, como por otra parte también reconoce la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisando que el artículo 1.301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) señala que en los casos de error o dolo la **acción de nulidad** del contrato empezará a correr "desde la /consumación del contrato", lo que en el caso, es manifiesto, ha tenido lugar en momento **no** muy anterior al momento de la formulación de la demanda sin que, por tanto, pueda aceptarse la **caducidad** de la misma". En el mismo sentido cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, nº 310/2014 de 7 Nov. 2014, Rec. 478/2014,- Ponente: Cerdán Villalba, María Pilar Eugenia.- estableciendo que El segundo motivo de apelación es el relativo a la caducidad de la acción de nulidad conforme al art 1301 del CC (LA LEY 1/1889) , al consumarse el contrato por no ser de tracto sucesivo desde que se realizó por la actora la compra de las participaciones debatidas y, también este motivo se ha de rechazar.*

En este sentido seguimos, ampliando el expuesto, el criterio de la sentencia de 29-4-2014 seguido por la Sección 911 de esta misma Audiencia Provincial, nº de Recurso: 961/2013, Nº de Resolución: 123/2014, Ponente: GONZALO MARIA CARUANA FONT DE MORA en el sentido de que el plazo de 4 años de caducidad en las acciones como la ejercitada en la demanda según el art 1301 del CC (LA LEY 1/1889) no empieza a contar en contratos de tracto sucesivo como el presente mientes su contenido obligacional siga desplegándose, como es el caso en el que desde el 2001 en que se suscribió el de autos hasta el 2011 en que se produjo la venta de las participaciones que eran su objeto ese desplique se produjo con la las oportunas liquidaciones. Así la citada sentencia en sus Fundamentos refiere "TERCERO. Reitera como en tantas otras ocasiones la entidad demandada la caducidad de la acción por trascurso del plazo de cuatro años, rechazada por la Juzgadora al igual que esta Sala en numerosas ocasiones y de cuyas sentencias se hace eco la recurrida. Tal y como expresa la sentencia de 30-12-13, de esta Sala, dictada en rollo 658/123 , que recoge la línea argumental de las últimas resoluciones dictadas, ha de rechazarse la alegación de caducidad de la acción, pues la fecha de la que se debe partir- no es la de adquisición o perfección contractual, sino la de consumación del contrato, resultando obvio que no ha transcurrido el plazo de cuatro años. Se dice: "La norma aplicada por el magistrado "a quo" ha sido interpretada por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Señala la Sentencia de 6 de septiembre de 2006 (Tol 1.1014.544) que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC (LA LEY 1/1889) al referirse a la "acción

de nulidad", ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de nulidad relativa o anulabilidad; resaltando asimismo de la expresada Sentencia que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que "adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley", siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 CC (LA LEY 1/1889), al cual se remite implícitamente el artículo 1301 CC (LA LEY 1/1889), "concurran los requisitos que expresa el artículo 1261", es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuáles "no hay contrato". Cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno Derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente. Por su parte, en la Sentencia de 21 de enero de 2000 se declara que "...resulta inaplicable el artículo 1301... ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261, y las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad" (Y en los mismos términos las Sentencias de 22 de noviembre de 1983, 25 de julio de 1991, 31 de octubre de 1992, 08 de marzo de 1994, 27 de febrero de 1997 y 20 de octubre de 1999). Habiendo sido expresamente controvertido en la alzada el dies "a quo" para el cómputo del plazo prevenido en el artículo 1301 del C. Civil (LA LEY 1/1889) para los casos de anulabilidad por error, dolo, o falsedad de la causa, en relación con la argumentación de la resolución disidente, conviene señalar que la Sentencia del 11 de junio de 2003 (Tol 276.114) declara que: "Dispone el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código. En orden a cuando se produce la consumación del contrato, dice la sentencia de 11 de Julio de 1984 que "es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad, pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta lo realización de todas las obligaciones (sentencias, entre otras, de 24 de junio de 1897 y 20 de febrero de 1928), y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "el art. 1301 del Código Civil (LA LEY 1/1889) 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, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes."

Atendiendo a lo señalado por nuestra Audiencia y en la misma línea interpretativa que la mayoría de Audiencias cabe concluir que estamos ante un contrato de tracto sucesivo y en consecuencia no se puede considerar el "dies a quo" como aquel en el que se perfeccionó el contrato, sino que se ha de estar al momento de la consumación y ello significa el momento en el que quedaron cumplidas todas las obligaciones de las partes. Así, en el presente caso estamos ante un contrato de tracto sucesivo y las obligaciones de las partes siguen desplegándose durante toda la vigencia del mismo, hecho que todavía se sigue produciendo, de forma que no cabe entender trascurrido el plazo de 4 años de caducidad que señala el art. 1301 del CC, por lo que debe desestimarse la excepción alegada y considerar entablada en tiempo y forma la acción de anulabilidad ejercitada por la parte actora.

TERCERO.- Antes de entrar en el fondo del asunto, conviene hacer una breve referencia a las características y naturaleza de los llamados préstamos multidivisa.

En este sentido el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de junio de 2015 señala que “Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

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

4.- Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

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

5.- En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso.

Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes «*en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado*», así como que «*algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban*» En el considerando trigésimo, la Directiva añade que «*[d]ebido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario*

establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio».

En los arts. 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.

Por su parte, la Sentencia de 19 de enero de 2016 dictada por la sección 19ª de la Audiencia Provincial de Barcelona sostiene que "... en la recientísima Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, directamente vinculante y aplicable dada la supremacía de la normativa comunitaria, se concluye de forma total y frontalmente opuesta a lo dicho por el T.S en los términos que siguen en los apartados 53,55,56,57,67,72 y 75:

"El artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 , relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE (LCEur 1985, 1384) y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE (LCEur 2000, 1203) del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE (LCEur 1993, 1706 y 2550) del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad", toda vez que como se señala en los apartados: "53.- En el presente asunto, se plantea la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de

crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus reembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de "servicios o de actividades de inversión" en el sentido del artículo, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39; 55.- Pues bien, debe señalarse que, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A; 56.- En efecto, 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 nacional (moneda de pago); 57.- 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; 67.- Pues bien, las operaciones de cambio controvertidas en el litigio principal no están vinculadas a un servicio de inversión, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39, sino a una operación que no constituye en sí misma un instrumento financiero, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 17, de esta Directiva; 72.- Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste y 75.- De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad e crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39 .

Por todo ello hemos de concluir que lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" no es, un instrumento financiero derivado ni constituye un servicio o actividad de inversión, y en dicha medida no le es de aplicación la normativa propia de los instrumentos financieros derivados y por esto el ámbito de la Ley del Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 ; RCL 1989, 1149 y 1781), al no contener el "préstamo multidivisa" un instrumento derivado financiero implícito en cuanto a las operaciones o actividades de cambio en cuanto tales operaciones de cambio que se limitan a la conversión de la divisa a la moneda nacional (moneda de cambio) no tienen otra función que servir de modalidad de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, esto es una modalidad indisociable de la ejecución del contrato de préstamo.

Sentado lo anterior, habrá de determinarse si la demandante y su marido tenían o no la condición de consumidores cuando suscribieron el contrato objeto del presente procedimiento.

Así el artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios, norma vigente en el momento de suscripción del préstamo (año 2006), dispone que "2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

De la documental obrante en las actuaciones y del interrogatorio de la Sra. [REDACTED] se desprende que cuando suscribió el préstamo no lo suscribió en el marco de ninguna actividad profesional, sin que, tampoco, figure dicho extremo en la escritura pública ni la parte demandada haya acreditado el mismo, pese a incumbirle la carga de la prueba con arreglo al artículo 217 de la LEC.

Por todo ello, toda vez que la demandante y su marido adquirieron las citadas viviendas como destinatarios finales, éstos tienen la consideración de consumidores.

A la misma solución se llegaría, aun cuando se entendiera aplicable el actual artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues los demandantes adquirieron las viviendas fuera del ámbito de su actividad comercial y/o profesional.

CUARTO.-La STS de 24 de marzo de 2015 recogiendo la doctrina sentada por las SSTs de 8 de septiembre de 2014, 9 de mayo de 2013 y 18 de junio de 2012 establece lo siguiente:

"1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre.

3.- El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

La sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios del art. 10.1 en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C- 26/13 , declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en las presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, "la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato."

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

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

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

4.- La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/2011, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer "de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste".

5.- La STJUE de 30 de abril de 2014, citada en el asunto C-23/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que "la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de ésta en un plano formal y gramatical" (párrafo 71), que esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva (párrafo 72) que del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (párrafo 73) y concluir en el fallo que "el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias

económicas derivadas a su cargo".

Precisamente, en el análisis del control de transparencia de las cláusulas insertas en las escrituras de constitución de préstamos hipotecarios, la STS de 9 de mayo de 2013 señalaba que "la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (vigente cuando se formalizó la escritura objeto de autos y hoy sustituida por la O.M. EHA/2899/2011, 28 octubre), "garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor".

Es elocuente en este punto, la SAP Sección 1 Pontevedra, de 19 de febrero de 2016, al considerar que la finalidad primordial de la citada Orden es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase previa o preparatoria de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, a fin de posibilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito.

Pero además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, la Orden pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

Esa adecuada comprensión deberá coadyuvar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiéndolo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas.

Así, dicha Orden impone a la entidad financiera dos obligaciones básicas:

a). La entrega del folleto informativo (artículo 3.1). Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma.

b). La entrega de la oferta vinculante (artículo 5.1). La oferta se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega.

El art. 7 de la Orden Ministerial añade otro elemento de protección: el prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, si bien puede renunciar expresamente a este plazo, ante el Notario autorizante, que en todo caso deberá comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiéndolo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.

Las normas específicas sobre préstamos en divisas de la citada Orden son las siguientes:

a). El artículo 7.3.6 señala que en cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario, en el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

b). En el Anexo II, al regular la cláusula de amortización, se establece que dicha cláusula especificará, si se tratara de préstamos en divisas, las reglas a seguir para la determinación del valor en pesetas de cada cuota. En el mismo sentido, en la cláusula sobre intereses ordinarios se especificarán las reglas aplicables para el cálculo en pesetas del importe de los intereses. En la cláusula sobre comisiones, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

En el caso de litigio de un análisis e interpretación del propio clausulado en que viene regulada la cláusula multidivisa e incontrovertido que se trata de una cláusula redactada por la entidad financiera sin intervención de los prestatarios y que éstos tienen la condición de consumidores con arreglo a la normativa de consumidores y usuarios actual, Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) y la anterior regulación Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como se ha expuesto anteriormente, no cabe concluir ni que su redacción fuese clara ni comprensible a fin de que los consumidores pudiesen conocer con sencillez tanto la carga económica como jurídica que suponía el mecanismo multidivisa y ello, tanto desde el punto de vista gramatical o de redacción como de los riesgos concretos asociados a su concreto y determinado funcionamiento, máxime con las condiciones que concurren en el presente supuesto, en el que no se ha evidenciado que los demandantes tuvieran conocimientos específicos de la propia mecánica del préstamo, todos ellos con conocimientos básicos en el momento de la suscripción del mismo, sin que figure, además, que con anterioridad al préstamo concertado en marzo de 2006 hubieran suscrito otros productos de características análogas en cuanto al mecanismo multidivisa y ello pese a las alegaciones efectuadas por los testigos propuestos a instancia de la entidad demandada cuyas manifestaciones en dicho sentido no se han corroborado con documental que justifique dichos extremos.

La cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato y cumple una función definitoria del mismo y la referencia que se hace en el mismo al tipo de divisa o

moneda concreta elegida –Francos Suizos- es clara y sencilla y se ubica dentro de la cláusula primera reguladora del capital del préstamo, con tratamiento autónomo y diferenciado. La cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario es la que regula la cláusula multidivisa. Si bien se explica con claridad el mecanismo de cambio o de sustitución de la divisa elegida, la forma en que pueden hacerlo los prestatarios en cualquier momento durante la duración del contrato, la misma es ambigua reflejando a tal efecto, en caso de producirse, que el Banco fijará la liquidación correspondiente al cambio de la divisa que se sustituya al cambio comprador y la que se introduce al cambio vendedor, fija posteriormente que si la divisa por la que se modificase fuera el euro, se utilizará exclusivamente el cambio comprador. Señala además que antes de llevar el cambio se debe comunicar de forma escrita al Banco al menos dos días hábiles de mercado antes del vencimiento de cada periodo de interés convenido, definido en la estipulación cuarta (hecho que no permite concretar si solo se podrá solicitar dicho cambio cada anualidad ya que según la cláusula cuarta “el devengo de interés se computará desde la fecha del otorgamiento de esta escritura por cómputo anual de 360 días” o si por el contrario viene referido al periodo de revisión trimestral lo que supondría la posibilidad de solicitar el cambio cada trimestre), de forma que no se fija el momento concreto el periodo en que se puede proceder al cambio ya que al principio da a entender que el consumidor puede optar en cualquier momento por el cambio de divisas, mientras que posteriormente no permite conocer con claridad si dicho cambio solo podrá hacerse en periodo trimestrales o tan solo una vez al año (ya que es el periodo de devengo de ordinario) sin que se justifique por qué el tipo de cambio a comprador o vendedor difiere si se modifica por euros, ni se concrete el resto de monedas, diferentes a los euros, a las que puede efectuarse el cambio y en este caso, es correspondiente tipo de referencia. Además, lleva a mayor confusión la cláusula sexta que fija que en caso de que la entidad reclame cuotas impagadas se devengará a favor del banco una comisión de 12,02 euros, siendo que tanto el capital como las cuotas deben entregarse en francos suizos.

De la redacción confusa o poco clara no se advierte a priori la respuesta a dichas cuestiones, si bien de las citadas cláusulas, resulta que el prestatario no tiene límite alguno, esto es el único límite es el de la obligación garantizada por la hipoteca; esto es la garantía hipotecaria la que tiene límite respecto al préstamo en euros, pero no lo tiene las consideradas cláusulas de la evolución de las divisas en el importe del capital objeto del préstamo (SAP de Barcelona, sección 19ª, de 19 de enero de 2016 y SAP de Madrid, sección 11ª de 26 de septiembre de 2016)

QUINTO.- Sentado cuanto antecede, se debe destacar que aún cuando incumbe al actor la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, como fundamento de la acción ejercitada, corresponde en todo caso al Banco demandado acreditar que dio al prestatario información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación del préstamo hipotecario con la opción "multidivisa" en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado, siendo tal principio general una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe y de honradez en los tratos, que se contienen en el artículos 7 del Código Civil.

Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar (STS

20 de enero de 2014, SAP de Barcelona, sección 1ª, de 27 de noviembre de 2015 y SAP de Madrid, sección 11ª de 26 de septiembre de 2016).

Como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2012 y posteriores, en consideración a las denominadas permutas financieras, serán las concretas circunstancias que concurran en cada caso, tanto subjetivas de los contratantes como las objetivas, las que determinarán si en el momento de la perfección del negocio concierne error en el consumidor contratante.

En el presente caso, tal y como manifestó la Sra [REDACTED] en el acto del juicio, la actora y su marido antes de la suscripción del préstamo litigioso tenían un préstamo hipotecario con el Banco Altántico, el cual era en euros y no era préstamo multidivisa. Manifestó que su marido tenía la nómina en Banco Valencia (acreedor del préstamo multidivisa) y que lo recomendaron como más barato. Dijo que su marido habló con alguien de Banco para financiar la misma vivienda que financiaba con Banco Atlántico, afirmando que además del referido préstamo y el anterior de Banco Atlántico no tenía otras actividades financieras. Manifestó que ella carecía de estudios y que su marido si bien era buen comercial, no tenía conocimientos financieros. La actora aseguró que el banco no le informó de las consecuencias económicas ni de los riesgos, ni el Banco dio una alternativa a dicho préstamo, que lo que le dijeron que éste era más barato. Refirió que cuando murió su marido pidió información y explicaciones varias veces y que le intentaron explicar pero no lo entendía y no le dijeron que debía más dinero del que se adquirió. Asimismo afirmó que ella, en el momento de la suscripción, firmó lo que le pusieron y que el notario tampoco informó de los riesgos.

A ello cabe señalar que aun cuando en la propia escritura el Notario autorizante hizo constar que *el consentimiento ha sido libremente prestado y el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes*, la simple intervención notarial, como dice la STS 8 de septiembre de 2014 no garantiza la comprensibilidad real ni el control y cumplimiento de ese deber especial y esencial de facilitar la información, clara, completa, adecuada en cuanto al funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa y muy especialmente la relación entre dicho mecanismo y el detallado por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo.

En cuanto a la información facilitada por la entidad, la propia actora manifiesta que no hubo información previa ni les explicaron los riesgos que suponía el préstamo concertado con la particularidad de ser multidivisa, más que era más beneficioso que otros productos. Por su parte, la entidad demandada no aporta documento alguno con su contestación, con lo que queda improbadamente cualquier información precontractual, al no haber acreditado que a los demandantes se les facilitó un folleto informativo o cualquier tipo de información escrita, pese a ser ésta quien tiene la facilidad probatoria. A tal efecto declaró en el acto del juicio, a través de videoconferencia, [REDACTED] director de la oficina de Banco Valencia en Madrid en el momento de la firma del contrato, año 2006. Este testigo manifestó que la operativa de contratación que tenía Banco de Valencia ante los préstamos Multidivisa estaba centralizada en la oficina de la calle Princesa de Madrid y que la solicitud de este tipo de contratación se realizaba normalmente a través de los agentes colaboradores y los agentes solicitaban la contratación del mismo en la oficina. Este testigo manifestó que los clientes en este caso conocían perfectamente el préstamo. Dice que el Banco Valencia daba información

clara, diciendo que la deuda la tenían en esa divisa y que se les hacía simulaciones del contravalor así como de los cambios de cuota en caso que variase el valor de la divisas. Sin embargo, pese a tales manifestaciones, que no se niega que así se realizasen de forma habitual, no ha quedado acreditada que se suministrase dicha información en el presente caso, ya que si las conversaciones se hicieron, como dice, por teléfono y correo electrónico, tales explicaciones debían haber quedado reflejadas al menos en ese intercambio de correos, que la entidad no ha acreditado. Además, el hecho de que el cliente fuera quien buscara el préstamo tampoco ha quedado acreditado ya que por un lado la actora niega dicho extremo y por otro, si se concertó a través de agente financiero, no se ha llamado al mismo a declarar para que informase quién ofreció o solicitó el préstamo y la información previa que se dio, hecho que no ha sabido concretar el testigo. El testigo también manifestó que los agentes financieros presentaban ante la entidad de Madrid a los clientes, la operación y la documentación financiera de los clientes y si veía viabilidad de la operación y cuando consideraba que sí que era fiable ya contactaba él, personalmente, con los clientes por teléfono. No obstante, en el presente caso no se ha concretado qué información financiera se ofreció de los clientes, ya que de la documental obrante en autos no se observa que los mismos tuviesen productos financieros complejos ni préstamos como el que ahora nos acontece, manifestando el propio testigo que en el presente caso tenían una vivienda y en cuanto a la capacidad de pago que no analizan ningún perfil para ver el riesgo ya que si el cliente sabe lo que está pidiendo no hay que hacer un criterio adicional, todo lo cual evidencia la insuficiente información que se dio alegando el conocimiento que tenía el cliente, el cual no solo no ha quedado acreditado en modo alguno sino que no que la actora niega. De todo ello se desprende que de la declaración de dicho testigo no queda acreditado que a la actora ni a su marido se les diera la información precontractual necesaria, se le exhibiera escenarios de posibles fluctuaciones y se les hiciese mayores advertencias que las examinadas y contenidas en la propia escritura, así como que no se puso a disposición de los clientes las previsiones existentes en el año 2006 tanto para el tipo de interés (relación LOBOR, EURIBOR) como para el tipo de cambio a euros.

Por otro lado declaró [REDACTED] director de la oficina de Banco Valencia en 2006 Este testigo no estuvo en las negociaciones previas a la firma del contrato ni en dicha firma. Manifestó que cuando el préstamo llegó a su oficina (2008-2009, porque se tramitó en Madrid) el tipo de cambio ya no era favorable, que al principio sí que era beneficioso. En cuanto a la información que se le pudo suministrar manifestó que no sabe si ofrecían asesoramiento los agentes o asesoraba la oficina y que los agentes suscriptores normalmente van a comisión pero no sabe el caso, de forma que en el presente caso poco pudo aportar para concretar la información dada a los clientes. Manifestó que él ha hecho multidivisa para empresa pero que para un particular que no cobra en esa moneda se juega con una variable económica que no se controla y puso como ejemplo, “es como si vas al bingo y compras un billete de lotería”, lo que evidencia la particularidad de este tipo de préstamos y los riesgos que se asume en ellos. Dijo que mucha gente los cogía porque en el momento eran favorables, hecho que no se discute, si bien no ha quedado acreditado que se diera más información que la de basarse en ser un producto que en ese momento era beneficioso ni que se comparase con otros préstamos diferentes al Multidivisa. El testigo, si bien consideró que los clientes sabía los riesgos del préstamo según él porque cree que tenían algún tipo de asesoramiento externo, hecho que no se ha acreditado, consideró que sus clientes nunca se deben endeudar en esa moneda si no cobran en esa moneda.

Si bien la información precontractual y contractual no queda acreditada, tampoco la que se dio durante la vigencia del contrato, ningún documento se ha aportado al respecto, y por el referido testigo, si bien se manifestó que cree que tenían otro asesoramiento porque tenían esperanza, dijo que [REDACTED] no preguntó de cambiar a euros y al respecto, sin poder precisar manifestó que al cambiar a euros probablemente habría algún tipo de comisión. A

preguntas de quien ahora resuelve manifestó que no se hicieron escenarios de las dos posibilidades (cambio a euros) porque no se dio el paso, de forma que se deduce que no se dio el paso porque no hubo una información clara de si dicho cambio era más beneficioso, ya que si bien el testigo dijo que él les aconsejaba a cambiar a euros, no llegó a escenificar lo que era más rentable para ellos y con el mero consejo no puede justificarse una información adecuada al caso.

Señalar que, con anterioridad a la firma de la escritura no obra en autos prueba alguna de la entrega de documentación informativa y explicativa del producto y más en concreto de los riesgos inherentes al cambio de fluctuación de la moneda, esto es, de la paridad entre el Euro y la divisa contratada (Francos Suizos) en cuanto a la carga económica que asumían los prestatarios y, en especial, en relación a la repercusión del principal pendiente de amortizar, lo que no permite concluir que los prestatarios fueran conocedores de tales extremos, sin perjuicio del hecho de que, si los demandantes en lugar de pagar más hubieran pagado menos, probablemente no habrían reclamado. Además, acogiéndonos al informe pericial de la parte actora, que por su argumentación dada en juicio y defensa, se considera, atendiendo a la sana crítica, más claro y concreto, los tres riesgos que se asumen en el presente contrato, tipo de interés, el tipo de cambio y la fluctuación de la cantidad pendiente de pago(riesgos a los que tampoco se opone el perito de la parte contraria si bien no lo considera producto complejo, hecho que ha sido resuelto más arriba con la jurisprudencia aplicable al caso), no se señalan como tal en ningún tipo de información precontractual ni contractual. Tampoco se mostraron por la entidad las previsiones que la propia entidad tenía en el año 2006 en cuanto a los tipos de cambio y tipo de interés y que se fijan en los folios 12 y 13, respectivamente, del informe pericial de la Sra. García y que evidencian lo que terminó pasando, que tan solo un año después de la firma del contrato el tipo de cambio a euros desfavorecía la suscripción del tipo de contrato como el que nos acontece y la pronta subida del LIBOR, tipo de interés tomado como referencia, siendo que si los clientes hubiesen dispuesto de tales tablas, al alcance de toda entidad, podrían haber valorado los riesgos y consecuencias del préstamo contratado. Por todo ello, aun cuando pudiera concebirse dicho préstamo como una apuesta que salió mal, ya que de haber pagado menos en lugar de más, no habrían realizado reclamación alguna, es evidente que el Banco actuó de manera negligente, no sólo por la deficiente o nula información que facilitó, sino también, por el mal asesoramiento que dio a los clientes, teniendo en cuenta que no eran expertos en la materia y que tenían estudios básicos.

Por todo lo expuesto, ha de entenderse que la entidad demandada no ha acreditado que haya obrado con la diligencia que legalmente le viene impuesta de informar a su cliente, con la claridad y exactitud que le es exigible, sobre la naturaleza y concretos riesgos asociados a la elección de la divisa escogida, más en concreto en cuanto a las específicas consecuencias derivadas del funcionamiento y riesgos derivados del tipo de cambio de la operación en la determinación del principal adeudado y las posibles modificaciones en cuanto a su cuantía a fin de que el consumidor pudiera evaluar con criterios claros, precisos, detallados y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo, sin que sea lícito desplazar en la parte actora la exigencia de una diligencia que excede de su cualificación, y que supondría, en la práctica, vaciar de contenido la normativa que regula las obligaciones que tienen en este concreto extremo las entidades financieras.

SEXTO.- En cuanto a las consecuencias de dicha infracción, el Tribunal Supremo tiene declarado en sus sentencias de 29 de octubre de 2013 y 20 de enero de 2014 que "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 hubieren 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”.

En cuanto a los requisitos para que estemos en el vicio estructural las mentadas sentencias lo resumen en "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, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

En definitiva, el déficit de información ofrecida por la demandada a los prestatarios en relación a la cláusula multidivisa resulta palmario y evidente en el caso de autos, pues la demandada incumplió la obligación de comportarse con diligencia y transparencia para con sus clientes en cuanto a los concretos riesgos asociados a la elección de la divisa escogida, en particular en cuanto a las específicas consecuencias derivadas del funcionamiento y riesgos derivados del tipo de cambio de la operación en la determinación del principal adeudado y las posibles modificaciones respecto a su cuantía a fin de que esos consumidores pudieran evaluar con criterios claros, precisos, detallados y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Por todo ello, ha de declararse la nulidad parcial del préstamo multidivisa, nulidad parcial que conlleva que, aún sin la parte afectada, el contrato pueda subsistir toda vez que, si bien la citada cláusula se refiere al objeto principal del mismo, lo cierto es que no forma

parte imprescindible de su objeto y causa, de suerte conservar el negocio jurídico, criterio seguido por la SAP de Valencia, sección 6ª, de 30 de abril de 2015, SAP de Barcelona, sección 1ª y sección 19ª, de 27 de noviembre de 2015 y 19 de enero de 2016, respectivamente y SAP de Madrid, sección 11ª, de 26 de septiembre de 2016.

Como consecuencia de dicha nulidad parcial, la citada cláusula CUARTA así como aquellas que pudieran afectar a la referencia “multidivisa”, y se tendrán por no puestas, por lo que, al poder subsistir el contrato sin ésta, ello se traduce en que la cantidad adeudada será el saldo resultante de la hipoteca, aunque referenciada a Euros, tomando como tipo de referencia el EURIBOR con las condiciones económicas fijadas en la meritada cláusula de tipo de interés, cantidades que se determinarán en ejecución de sentencia y que se fijarán restando del importe de 92.967,34 euros (importe pendiente de abonar en euros, a la fecha de elaboración del informe, como se explicará en el párrafo siguiente, según el informe pericial de la demandante y no contradicho en ese extremo por la demandada), el importe abonado hasta el momento del dictado de esta resolución.

Asimismo, y habiéndose solicitado la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la cláusula, se debe condenar a la parte demandada a abonar a la actora el importe de 40.323,81 euros resultante de disminuir al importe prestado las cantidades amortizadas en concepto de principal e intereses también en su conversión a Euros, tal y como explica la perito de la parte actora en su informe, página 23 sin que el perito de la parte demandada haya hecho valoración de dicho perjuicio. Así, la actora y su entonces marido, a la fecha de la presentación de la emisión del informe, abril de 2006, habían abonado el importe de 181.655,03 euros, el capital pendiente traducido en euros asciende a 92.967,34 euros. Si los clientes hubieran realizado los pagos directamente en euros el capital pendiente sería de 55.310,04 euros y además habría hecho un esfuerzo inferior a las cuotas mensuales de 2666,51 euros. Así, el perjuicio económico de los clientes teniendo en cuenta este doble efecto ascendería a 40.323,81 euros.

Por todo lo anteriormente expuesto, ha de estimarse íntegramente la demanda interpuesta.

SÉPTIMO.- Según se establece en el artículo 1,101 del Código Civil, quedan sujetos a la indemnización por daños y perjuicios causados los que en el incumplimiento de sus obligaciones incurrieren en morosidad, y dicha indemnización, se traduce, a tenor de lo dispuesto en el art. 1,108 del citado código, en el pago del interés pactado y a falta de este en el legal, que según el art. 1,109 se devengaran desde que son reclamados judicialmente al haberse solicitado por la parte actora en su demanda.

Igualmente, la parte demandada está obligada al pago del interés legal del dinero incrementado en dos puntos de la cantidad reclamada, desde la fecha de la presente resolución hasta su completa ejecución, según preceptúa el art. 576 de la LEC.

OCTAVO.- Dada la estimación íntegra de la demanda, las costas procesales se imponen a la parte demandada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y cualesquiera otros de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. De Las Cuevas Barberá, en nombre y representación de DOÑA [REDACTED] contra CAIXABANK S.A y, en consecuencia, efectuar los siguientes pronunciamientos:

1.- Declarar la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 10 DE MARZO DE 2006 en los contenidos relativos a la opción multidivisa, cláusula CUARTA y aquellas que pudieran afectar a la aplicación de la referencia "multidivisa".

2.- Declarar que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en Euros y el tipo de interés al Euribor; cantidad que deberá determinarse en ejecución de sentencia conforme lo fijado en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

3.- Que debo condenar y condeno a la parte demandada a abonar a la parte actora el importe de 40.323,81 euros a consecuencia de la indebida aplicación de la mentada cláusula.

Todo ello condenando a la parte demandada al pago de los intereses previstos en fundamento de derecho séptimo de esta resolución y las costas de este procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes indicando que contra la misma cabe interponer recurso de APELACION, del que conocerá la Audiencia Provincial de Alicante, previa preparación mediante escrito presentado en este Juzgado y en el plazo de veinte días hábiles contados desde el siguiente a la notificación, y previa constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta a nombre del Juzgado, lo que deberá acreditar en el momento de la preparación del recurso, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 457 de la LEC y la disposición adicional decimoquinta de la Ley 1/09 de 3 de Noviembre de modificación de la Ley 6/1985 del Poder Judicial).ç

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

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido dada por la Juez que la suscribe en el día de la fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia DOY FE.-