

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 01 DE COLLADO VILLALBA

Plaza de los Belgas, 8 , Planta Baja - 28400

Tfno: 918509010,918500126

Fax: 918513618

42020310

NIG: 28.047.00.2-2017/0001428

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 111/2017

Materia: Otros asuntos de parte general

NEGOCIADO CIVIL LO

Demandante: D./Dña. [REDACTED] y D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. ANGEL FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ

Demandado: BBVA SA

PROCURADOR D./Dña. MARCELINO BARTOLOME GARRETAS

SENTENCIA Nº 3/2018

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. JAVIER CARREÑO SANCHEZ

Lugar: Collado Villalba

Fecha: dieciséis de enero de dos mil dieciocho

Vistos por mí, Javier Carreño Sánchez, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Collado Villalba, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 111/2017, sobre NULIDAD DE CLAÚSULA CONTRACTUAL O RESOLUCIÓN PARCIAL DE CONTRATO, POR INCUMPLIMIENTO, en los que han intervenido, como demandantes, D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] representados por el Procurador de los Tribunales D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez y asistidos por el Letrado D. Carlos Núñez García; y, como demandada, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Marcelino Bartolomé Garretas y asistida por la Letrada D^a Lara Sanz García; con base en los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de marzo de 2017 el Procurador de los Tribunales D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez, en representación de D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] formuló una demanda de juicio ordinario en ejercicio de una "ACCIÓN DE NULIDAD PARCIAL DE PRÉSTAMO MULTIDIVISA, subsidiariamente, ACCIÓN DE NULIDAD DE CLÁUSULA MULTIDIVISA, y subsidiariamente, ACCIÓN DE RESOLUCIÓN PARCIAL POR INCUMPLIMIENTO", contra la entidad mercantil B.B.V.A., S.A., en la que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que sustentaban su pretensión, solicitaba que, previos los trámites procesales oportunos, se dictara en su día una sentencia por la que:

1.- Se declarase la nulidad parcial del préstamo suscrito por D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] en todo lo relativo al clausulado multidivisa por vicio en el consentimiento de sus representados, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quedara referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no implicaran cláusulas multidivisas y que, en

consecuencia, se declarase que la cantidad adeudada por la parte actora era el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 139.000 euros la cantidad amortizada hasta la fecha que recayera sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue de 139.000 euros y que las amortizaciones debían realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA BIS) para el euro (EURIBOR + 0,90 puntos).

Todo ello con la consecuencia obligada de condena a B.B.V.A., S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

2.- Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la pretensión anterior, se declarase la nulidad de pleno derecho del clausulado multidivisa del préstamo suscrito por D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] por falta de transparencia y claridad, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quedara referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no implicaran cláusulas multidivisas y que, en consecuencia, se declarase que la cantidad adeudada por la parte actora era el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 139.000 euros la cantidad amortizada hasta la fecha que recayera sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue de 139.000 euros y que las amortizaciones debían realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA BIS) para el euro (EURIBOR + 0,90 puntos).

Todo ello con la consecuencia obligada de condena a B.B.V.A., S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no se estimaran los pedimentos anteriores, se declarase la resolución parcial por incumplimiento por parte de Caixa D' Estalvis de Catalunya (actualmente, B.B.V.A., S.A.) de sus obligaciones legales y contractuales de diligencia, lealtad e información, siendo en consecuencia, responsable de los daños y perjuicios ocasionados a D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] consistentes en la pérdida sufrida por la aplicación del mecanismo multidivisa, que se cifraba en el exceso percibido en cada una de las cuotas y las devengadas en el futuro por dicho mecanismo, desde la suscripción del préstamo, según el cálculo efectuado en el informe pericial adjunto, incluyendo todas las comisiones y gastos indebidamente repercutidos a los actores, más el interés legal que se devengaba de cada una de las cuotas, debiendo por tanto, declararse que la cantidad adeudada por la parte actora era el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir el importe prestado de 139.000 euros, la cantidad amortizada hasta la fecha que recayera sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue de 139.000 euros y que las amortizaciones debían realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA BIS) para el euro (EURIBOR + 0,90 puntos).

Todo ello con la consecuencia obligada de condena a B.B.V.A., S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

4.- Consecuentemente a la estimación de la demanda por cualquiera de los pedimentos anteriormente indicados, se impusiera expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Por decreto de 22 de marzo de 2017 se admitió a trámite la demanda y se acordó dar traslado de la misma a la demandada, junto con los documentos acompañados; emplazándola, con los apercibimientos y advertencias legales, para su contestación en el plazo de veinte días hábiles.

TERCERO.- El día 5 de mayo de 2017 el Procurador de los Tribunales D. Marcelino Bartolomé Garretas, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., presentó un escrito de contestación a la demanda, en el que, con base en los hechos y en los fundamentos de derecho alegados en el mismo, solicitaba que, previos los trámites legales oportunos, se dictara una sentencia por la que se acordara desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 8 de mayo de 2017 se tuvo por contestada la demanda y se señaló como fecha de celebración de la audiencia previa el día 26 de junio de 2017, a las 10:00 horas; citándose a las partes con las prevenciones y advertencias legales.

QUINTO.- En la fecha señalada comparecieron los letrados y los procuradores de ambas partes.

Abierto el acto de la audiencia previa y no llegando las partes a un acuerdo, se concedió un trámite de alegaciones a los demandantes sobre las excepciones procesales y la caducidad de la acción alegadas por la demandada en el escrito de contestación; resolviéndose que no existía un defecto en el modo de plantear la demanda ni una indebida fijación de la cuantía del procedimiento, por lo que debía estarse a la cuantía fijada por los demandantes en su demanda, y que sobre la caducidad se decidiría en la sentencia, por ser una causa de extinción de las obligaciones y, por ende, una cuestión de fondo sobre la que no era posible emitir un pronunciamiento *ad limine litis*.

Seguidamente, los demandantes efectuaron una aclaración acerca del suplico de la demanda, a requerimiento de la demandada, en el sentido de que el perjuicio sufrido por los mismos es el que se indicaba en el informe pericial a que se hacía mención en el Hecho Séptimo de la demanda, y que el efecto de la nulidad parcial que solicitaban es que habría que entender que la cantidad adeudada es la que habría resultado en el caso de que la hipoteca se hubiera referenciado en euros desde el principio.

Pronunciadas las partes sobre los documentos aportados de contrario y fijados los hechos controvertidos, en el trámite de proposición de pruebas los demandantes propusieron los documentos aportados con su escrito de demanda; la testifical de D. [REDACTED] empleado/subdirector de la oficina nº 1.500 de Caixa Catalunya, S.A. (actualmente, B.B.V.A., S.A.); y la pericial de D^a Nuria María García Pascual. Por su parte, la demandada propuso los documentos acompañados con su escrito de contestación; el dictamen pericial emitido por D. Raúl Lorente Sibina y D. Manuel Tolbaños Rodríguez, acompañado a su escrito de fecha 16 de junio de 2017; el interrogatorio de los actores; la testifical de D. [REDACTED] y el interrogatorio de los peritos D. Raúl Lorente Sibina y D. Manuel Tolbaños Rodríguez. Todas las pruebas propuestas fueron admitidas.

Finalmente, se señaló como fecha de celebración del juicio el día 18 de septiembre de 2017, a las 10:00 horas.

SEXTO.- En la fecha señalada comparecieron los demandantes D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] así como los letrados y los procuradores de ambas partes.

Abierto el acto del juicio, se practicaron los interrogatorios del demandante D. [REDACTED] y de los peritos D^a Nuria María García Pascual y D. Manuel Tolbaños Rodríguez, con el resultado que obra en los autos; renunciando la demandada al interrogatorio de la actora D^a [REDACTED] y no compareciendo los testigos D. [REDACTED] y D. [REDACTED] ni el perito D. Raúl Lorente Sibina, a cuyos interrogatorios renunciaron las partes, a excepción de la testifical de D. [REDACTED] que fue acordada como diligencia final.

SÉPTIMO.- En la fecha señalada para la celebración de dicha testifical, el 13 de noviembre de 2017, a las 10:00 horas, comparecieron los letrados y los procuradores de ambas partes.

Abierto el acto de la vista, se practicó el interrogatorio de D. [REDACTED] con el resultado que obra en los autos, y se concedió a las partes el trámite de resumen de pruebas y de conclusiones; quedando las actuaciones pendientes del dictado de la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes, D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] alegan que el día 26 de noviembre de 2007, aconsejados insistentemente por el subdirector de la sucursal nº 1.500, sita en la calle Real nº 48 de Collado Villalba, suscribieron con la entidad Caixa D' Estalvis de Catalunya (actualmente, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.), mediante escritura pública otorgada ante la Notaria del Ilustre Colegio de Madrid D^a [REDACTED] un préstamo multidivisa con garantía hipotecaria, por un importe de 22.607.740 yenes japoneses, equivalente a 139.000 euros, sin recibir, en ningún momento, información adecuada a sus circunstancias, acerca de la complejidad de la hipoteca multidivisa, de su funcionamiento ni del riesgo que conllevaba, que, en resumen, consistía en la posibilidad de que las cantidades abonadas en cada mensualidad fueran mayores que las que hubieran correspondido, si el préstamo se hubiera concedido en euros, y de que, a la larga, se terminara adeudando un capital en euros mayor que el que había sido entregado al concertar el préstamo (de hecho, ya en el momento mismo de la firma, la deuda se incrementó en 2.874,39 euros, y en muchos momentos de la vida del préstamo el capital pendiente de amortización se incrementó en más de un 35%); riesgo ante el que se previno el Banco, reservándose la facultad de considerar causa de vencimiento anticipado, y, por tanto, de resolución del contrato, el hecho de que el contravalor en euros superara el límite del capital pactado en el contrato. En efecto, aparte de que el banco no realizó ningún estudio acerca de su perfil ni de sus conocimientos del producto, alegan los demandantes que no les facilitó, antes de la firma del contrato, ningún tipo de folleto informativo, oferta vinculante o borrador-resumen de la escritura, con suficiente antelación para estudiarlo, y que, ni tan siquiera, les fue entregado un documento informativo de los riesgos o de comparación de los diferentes escenarios alternativos, sino, únicamente, un simple papel realizado a mano por los propios empleados de la entidad en el que se comparaban las cuotas a pagar entre un préstamo en euros (muy elevadas como consecuencia del Euribor) y un préstamo en yenes japoneses (notablemente inferiores como consecuencia del Libor). De esta manera, si bien es cierto que firmaron, en virtud de una cláusula predispuesta y no negociada individualmente –condición general de la

contratación-, que asumirían los riesgos del cambio del tipo de divisa y del tipo de referencia, al no haber cumplido el Banco su deber de información (deber impuesto por los artículos 3, 5 y 7.2 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1994; el artículo 19 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; el artículo 7 del Código Civil; y el artículo 1.201 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos), su voluntad de contratar el préstamo se formó de manera viciada, incurriendo, como consecuencia del dolo omisivo (las previsiones ya eran desfavorables en el momento de la contratación), o, cuando menos, de la negligencia que presidió la actuación de la entidad bancaria, en un error, que debía calificarse como excusable, ya que, sin los conocimientos adecuados (D. ██████████ había cursado estudios primarios de E.G.B. y trabajaba como empleado en una gasolinera; y D^a ██████████ también había cursado estudios primarios de E.G.B. y se dedicaba a las labores del hogar, compatibilizándolas, en ciertas ocasiones, con trabajos de limpiadora o monitora, por lo que ambos carecían de conocimientos financieros o bancarios de ningún tipo), y, ni siquiera, usando una diligencia media, en el supuesto de que hubieran podido examinar toda la documentación referida, podrían haberse formado una idea del contenido y del alcance de la cláusula multidivisa, ya que no se identificaban correctamente los riesgos asociados al producto, y, por ende, no era posible valorarlos ni cuantificarlos. Dicho de otro modo, no puede considerarse que por el propio contenido del contrato, pudieran conocer con sencillez la carga económica y la carga jurídica que, realmente, podía suponer su celebración, y que llevaba a tener en cuenta múltiples factores todos los meses, e, incluso, todos los días. Y dicho error, no sólo se dio en el momento de la suscripción de la escritura, pese a la intervención de la Notaria, ya que dicha fedataria no sólo no comprobó la existencia de la oferta vinculante, sino que, ni siquiera, advirtió que el tipo de interés de referencia pactado (Libor) no es uno de los oficiales publicados por el Banco de España, ni tampoco advirtió sobre el riesgo de fluctuaciones del tipo de cambio, sino que también se mantuvo durante la vida del préstamo como consecuencia de una falta de información post-contractual, igualmente, exigible al Banco; máxime cuando el largo plazo de amortización (23 años) hacía probable que se produjeran diversas situaciones y, concretamente, fluctuaciones del tipo de cambio. A mayor abundamiento, la entidad demandada no había respetado las condiciones recogidas en la escritura, incumpliendo, así, el principio “pacta sunt servanda”, pues había aplicado un margen de 0,025% al tipo de interés pactado (Libor 3M + diferencial), a pesar de que en la escritura no se cuantificaba dicho porcentaje, sin explicar el motivo por el que lo había hecho.

Lo expuesto conlleva, según los demandantes, la nulidad de la mencionada cláusula multidivisa, por vicio en el consentimiento o por falta de transparencia y claridad, y, subsidiariamente, la resolución parcial del contrato, por el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de diligencia, lealtad e información exigibles al Banco; máxime cuando hubo un reconocimiento de abusividad de dicha cláusula por parte la entidad demandada, con motivo de la reclamación extrajudicial que efectuaron a la misma, y cuando en su propia página web ya reconoce que se trata de un producto “especulativo” e idóneo para empresas, que conlleva elevados riesgos.

SEGUNDO.- Por su parte, la demandada, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., en su escrito de contestación se opone a las pretensiones contenidas en la demanda, alegando que no cabe que se declare la nulidad relativa y parcial del préstamo multidivisa (en realidad, préstamo formalizado en yenes), por error o vicio en el consentimiento, en relación a una concreta cláusula del contrato (la cláusula o cláusulado multidivisa a que se refiere, de manera imprecisa, la demanda, y que, en realidad es la “Opción Multidivisa” de la cláusula de

amortización – Exponen Segundo “Amortización”- del préstamo formalizado y recibido en yenes), ya que, al tener que ser el error sustancial y relevante en relación a la totalidad del contrato, de apreciarse, la nulidad afectaría a dicha totalidad, y no a unas determinadas cláusulas. Por otro lado, se opone a la demanda, alegando que, de estimarse la concurrencia de requisitos que supusieran la nulidad, la acción de nulidad, por vicio en el consentimiento, caduca a los cuatro años; que, en todo caso, la acción de nulidad habría quedado extinguida, por confirmación del negocio jurídico, desde que los demandantes fueron conscientes de la evolución del tipo de cambio y del impacto en sus cuotas, de lo cual eran informados periódicamente por la entidad; y que la pretendida nulidad, en caso de apreciarse, supondría la restitución recíproca de las cosas que hubiesen sido materia del contrato (artículo 1.303 del Código Civil), y, por tanto, no se alcanzaría el resultado esperado por los demandantes, ya que se ejercita una acción cuya consecuencia iría en contra de sus pretensiones. Por otro lado, en relación a la petición subsidiaria de que se declare la nulidad de pleno derecho del clausulado multidivisa, por falta de transparencia y claridad, alega la demandada que es posible la declaración de nulidad de una cláusula concreta, esto es, cabe la nulidad parcial, por abusividad, sin embargo, en tal caso, se tendría la cláusula por no puesta, es decir, dejaría de aplicarse la Opción Multidivisa, que no era más que una facultad del prestatario, y, por tanto, ya no podría, unilateralmente, modificar la moneda de su préstamo. Si se declarara la nulidad radical de todo el préstamo, la consecuencia sería de nuevo la restitución de las contraprestaciones, y éste, de nuevo, no es el resultado esperado por la parte demandante. En tercer lugar, y por lo que respecta a la acción subsidiaria a las dos anteriores, consistente en que se declare la resolución parcial del contrato por incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de diligencia, lealtad e información, el Banco no ha incumplido en ningún caso sus obligaciones contractuales; que, en el caso de que pudiera apreciarse un incumplimiento contractual, el perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación (art. 1.124 C.C.); y que, dado que no es posible cumplir lo que no se ha incumplido, debería resolverse el contrato, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses, con lo que, una vez más, no se obtendría el resultado perseguido por los demandantes. Por todo lo anterior, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., entiende que la demanda debe ser desestimada, por falta de congruencia.

En cuanto a los hechos, tras hacer una exposición de la naturaleza jurídica de la hipoteca-opción multidivisa, alega la demandada que el perfil de consumidor y usuario de los demandantes no les impidió conocer el sentido y el contenido del clausulado, ni las consecuencias derivadas del mismo, por ser accesibles a cualquier persona sin especial formación, y que fueron ellos los que acudieron a la entidad financiera para consultar las posibilidades de contratar el producto; negando así cualquier tipo de gestión activa por su parte dirigida a la contratación del préstamo objeto del procedimiento. Sin perjuicio de ello, la entidad les informó adecuada y cumplidamente de la naturaleza del producto, de los riesgos del cambio de divisas y del mecanismo de la cláusula multidivisa, teniendo por ello conocimiento del producto contratado. Consecuentemente, no existía un vicio en el consentimiento, y lo que había pasado, en realidad, es que los demandantes solicitaron un préstamo en yenes japoneses, y, una vez constatado que la operación no había tenido el resultado por ellos apetecido, trataron de eludir el cumplimiento de sus obligaciones, con el pretexto, nueve años después de formalizado el préstamo, de que no sabían lo que contrataban, y que fueron engañados por el banco prestamista. Por otro lado, en contra de lo alegado por los demandantes, el prestatario durante la vida del préstamo en ningún caso ve incrementada su deuda. Al contrario, ésta va disminuyendo si se mantiene la divisa en la que se formalizó el préstamo y para ello bastaría

con no ejercitar la opción multdivisa. De hecho, el capital del préstamo había disminuido, pasando de 22.607.740 yenes japoneses, a fecha 27 de noviembre de 2007, a 14.267.140 yenes japoneses, en el momento de la contestación. Sólo si el prestatario decidiera convertir el préstamo a euros, podría ocurrir que el capital pendiente no hubiera disminuido en la misma proporción que el importe de las cuotas pagadas convertidas a euros, pero este mayor o menor importe pagado es potencial y no será efectivo hasta que el préstamo se haya amortizado completamente, o bien el prestatario decida hacer la conversión a euros de su préstamo y solicitar que se elimine la opción multdivisa. Al tratarse de un préstamo con un horizonte temporal de 23 años no era posible prever la evolución de los tipos de cambio, y si los actores manifiestan que en el momento de la contratación comenzaba a debilitarse el Euro, ello quería decir que eran conocedores de lo que sucedía o, al menos, que tenían la posibilidad de conocerlo, por lo que, en ningún caso, podían manifestar que medió error en la contratación. En los momentos anteriores a la contratación la situación era la de unos elevados tipo de interés de la zona Euro, en comparación con los reducidos tipos de otras divisas, y, destacadamente, el Yen Japonés, lo que dio lugar a que muchos particulares solicitaran el otorgamiento de los préstamos en esta moneda, atraídos por la rebaja inmediata del coste de la financiación. Así se hizo ver a los demandantes, facilitándoles un escrito con una simulación de las cuotas a pagar utilizando una u otra moneda. Y, además, después del otorgamiento del préstamo, durante el desenvolvimiento de la relación contractual, los pagos reiterados en yenes, o en su contravalor en euros, así como la información continuamente facilitada a los actores sobre las amortizaciones del capital prestado, evidenciaban el perfecto conocimiento por su parte del procedimiento y de los costes del cambio de moneda, sin manifestar de ninguna forma su oposición, hasta el año 2016. En todo caso, la acción de anulación por vicio en el consentimiento ha caducado, por el transcurso del plazo de cuatro años contemplado legalmente para poder ejercitarla. En efecto, siendo las amortizaciones trimestrales, los demandantes, a partir de noviembre de 2008, ya pudieron comprobar que el contravalor de las cuotas en euros se empezó a incrementar (pasando de 1.230,21 euros, en agosto, a 1.683,34 euros, en noviembre, y llegando a sobrepasar los 2.000 euros, la cuota trimestral, a mediados de 2010). Además, era un hecho notorio, que se podía constatar a través de la consulta de los cambios de divisa yen-euros, en cualquier página económica de Internet, que, a finales de 2008 el yen comenzó a apreciar, elevando de esta forma las cuotas trimestrales de las amortizaciones en su contravalor en euros. Pese a ello, los demandantes han esperado hasta 2017 para formalizar la demanda, transcurriendo, así, con exceso el plazo de los cuatro años. Por otro lado, no es cierto que la llamada cláusula multdivisa constituya una condición general de la contratación, pues la mayoría de los préstamos que formaliza no son en divisa y únicamente se reconoce la facultad de cambiar la moneda al prestatario. Y si fue redactada por la entidad fue, simplemente, porque su redacción requería unos conocimientos especializados que no se presumen ni se exigen a los clientes; sin que ello quiera decir que el contenido de las condiciones no haya sido previamente negociado con ellos. El “clausulado multdivisa”, tal como aparece redactado en la escritura es claro y legible, y perfectamente inteligible; no contraviene, en ningún caso, las normas de la buena fe; y no es abusivo, pues no otorga ninguna ventaja económica ni jurídica al banco, ni causa perjuicio alguno a los actores. Finalmente, tras aclarar que no cabe la equiparación del préstamo hipotecario en divisas con un producto financiero derivado o complejo, por lo que la normativa MIFID incluida en la Ley del Mercado de Valores no podrá ser elemento de enjuiciamiento de la actuación de la entidad, concluye negando que, con ocasión de la reclamación extrajudicial efectuada el 15 de diciembre de 2016, y contestada el 11 de enero de 2017, hubiera reconocido la falta de

información y la consideración del producto como derivado y complejo, ni que los actores habían sufrido un perjuicio.

TERCERO.- Expuestas, de manera sustancial, las posiciones de las partes, podemos decir, en resumen, que la acción ejercitada en la demanda pretende, con carácter principal, la declaración de nulidad parcial, y con carácter subsidiario, la resolución parcial del préstamo hipotecario suscrito entre las partes en las cláusulas relativas a la modalidad multidivisa, o, mejor dicho, en la opción multidivisa de la cláusula de amortización (Exponen Segundo “Amortización”), y consecuentemente, la declaración del importe adeudado por los demandantes por referencia al resultado de disminuir al capital prestado en euros (139.000 euros) la cantidad ya amortizada en concepto de principal y de intereses. Los hechos que sirven de base para estas pretensiones se refieren a la defectuosa información facilitada a los actores -carentes de conocimientos específicos en el sector financiero-, sobre el funcionamiento y los riesgos de la “cláusula multidivisa”, generadora de un vicio en el consentimiento, y a la falta de transparencia y claridad del “clausulado multidivisa”, lo cual, encontrándonos ante un contrato celebrado con unos consumidores –la finalidad del préstamo es la adquisición de la finca objeto de la escritura-, conlleva un incumplimiento de la normativa de defensa de los consumidores y usuarios. Y, en el caso de la acción de resolución, los hechos en que se sustenta se refieren al incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de diligencia, lealtad e información, exigibles al Banco. En particular, en relación a la falta de información alegada, que (1) no se les facilitaron simulaciones que les permitieran conocer los riesgos del producto, derivados de las fluctuaciones de las divisas, sino que se les transmitió, con mala fe, o cuando menos, con una evidente falta de diligencia en la previsión de la evolución histórica de la divisa, la idea de que dichos riesgos no existían por la estabilidad de la moneda; (2) no se les advirtió de los riesgos que lleva aparejados ese tipo de operaciones, al no informárseles de que el capital pendiente de amortización se recalculaba constantemente, por lo que, dependiendo de la evolución de los tipos, -esto es, si la divisa se revalorizaba-, podría llegar a ocurrir que amortizaran menos capital que en una hipoteca en euros, e, incluso, que su cuota hipotecaria fuese mayor; (3) si bien se les advirtió de la posibilidad de cambiar de divisa, no se les dijo que dicho cambio, lejos de evitar cualquier tipo de riesgo derivado del cambio de divisa, lo que hacía era consolidar la deuda, sin que el banco sufriese perjuicio alguno, sino, al contrario, ya que siempre podría obtener comisiones y diferencias de cambio que no obtendría de sus clientes con una hipoteca normal; y (4) no se les facilitó ninguna oferta contractual o cualquier documento en el que se explicasen las características del producto, ni se le ofreció un sistema de cobertura del riesgo del tipo de cambio, en flagrante incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 36/2003, de Medidas de Reforma Económica. En definitiva, la presentación del producto sólo se centró en las ventajas, pero obviando los riesgos, y asimilándolo a un préstamo hipotecario al uso referenciado en euros.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la nulidad alegada se basa en la consideración de la “hipoteca multidivisa” como un producto financiero derivado y complejo y no un simple contrato de préstamo -Sentencia nº 323 del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015- (naturaleza híbrida en el que se mezclan los efectos de un préstamo hipotecario convencional y de un derivado que actúa transformando el tanto recibido en una mera referencia a un índice-divisa), lo que lleva a los actores a estimar que el producto final encaja en el ámbito del artículo 2.2 de la Ley de Mercado de Valores, cuya normativa consideran de aplicación, y, en concreto, sus normas sobre los deberes básicos de las entidades de crédito de actuar con diligencia y transparencia (art. 79) frente a todos los clientes, incluidos los potenciales; de

asegurarse de que conocen adecuadamente el perfil de los mismos (art. 78 bis); y de mantenerlos siempre informados (art. 79 bis).

Invocan, como normativa aplicable, los artículos 1.101, 1.108, 1.124, 1.170, 1.255, 1.256, 1.261, 1.262.1, 1.265, 1.266, 1.301, 1.303, 1.753 y 1.754 del Código Civil; las directivas 2006/114/CE y 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; la Orden EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión; la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos bancarios; el R.D. 217/2008, de 15 de febrero, de régimen jurídico de la empresas de servicios de inversión; la Directiva 39/2004, de 21 de abril; el R.D. 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en Mercados de Valores y Registros Obligatorios; la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito; la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica; la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; y la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

El planteamiento principal de las acciones ejercitadas es la nulidad o resolución parcial, rechazando la caducidad, y manteniendo el contrato, pero modificando el capital pendiente de pago como resultante de disminuir al importe prestado, 139.000 euros, la cantidad amortizada hasta la fecha también en euros, en concepto de principal e intereses.

En cuanto a las causas de oposición a la demanda, además de la caducidad de la acción de nulidad ejercitada, en lo relativo a la acción que puede caer en la órbita de la anulabilidad, se discuten todos los hechos y fundamentos jurídicos que le sirven de soporte a las pretensiones de los demandantes.

Sobre los hechos, la entidad demandada alega que la iniciativa contractual partió de los demandantes y que se les informó adecuadamente por el personal de la entidad de la naturaleza, de los riesgos y del funcionamiento de la “hipoteca multidivisa”, que ellos ya conocían, pues acudieron al banco reclamando precisamente ese producto. Por otra parte, disiente de la consideración de la “hipoteca multidivisa” como un producto híbrido que encubre un derivado; de la catalogación de la “cláusula multidivisa” como una condición general de la contratación; y de la complejidad de dicha cláusula, que aparece redactada con claridad y es entendible para cualquier persona, sin necesidad de una especial formación. Y realiza, además, una alusión a los actos posteriores al contrato, traducidos en el silencio y en el consentimiento de los demandantes, mantenido durante varios años, pese a la recepción de los extractos informativos de las amortizaciones realizadas, en lo que se considera como actos propios que ratifican la validez del préstamo.

La anulabilidad basada en vicios del consentimiento, considera la demandada que no puede prosperar, a su juicio, porque no concurren los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para la apreciación del error en el consentimiento. En todo caso, considera la inviabilidad de la nulidad parcial pretendida, con base en el citado vicio o en la falta de transparencia y claridad, porque, aparte de que la demanda no especifica con claridad cuáles serían las cláusulas afectadas por esa nulidad, es reiterada la jurisprudencia existente sobre la imposibilidad de apreciar la nulidad parcial si se ve afectada la esencia del contrato, y la consecuencia de dicha nulidad es que se dejaría de aplicar la “opción multidivisa”, que, por no ser más que una

facultad del prestatario, impediría al mismo modificar la moneda de su préstamo. Además, la consecuencia de la nulidad sería la restitución de las prestaciones, lo cual es un resultado no deseado por los demandantes. Finalmente, en el caso de la acción de resolución parcial, puesto que no hay incumplimiento, la única opción sería resolver el contrato, con el resarcimiento de los daños y el abono de los intereses, con lo que, tampoco en este caso, se obtendría el resultado perseguido.

CUARTO.- Delimitados los términos del debate, debemos decir, a propósito de la caducidad de la acción ejercitada, que en la contestación se alega dicha caducidad por el hecho de que los demandantes deberían haber tomado conciencia de los riesgos que implicaba la suscripción del préstamo "multidivisa" desde el momento en que fueron consciente de la evolución desfavorable de su préstamo, esto es, desde que el yen japonés se aprecia frente al euro, en noviembre de 2008.

El artículo 1.301 del Código Civil establece que la acción de nulidad "sólo durará cuatro años", plazo que empezará a correr en los casos de dolo, error o falsedad de la causa desde la consumación del contrato. Este plazo es de caducidad y no admite, por tanto, interrupción, a diferencia de lo que sucede con los plazos de prescripción. Y es que aunque algunas sentencias del Tribunal Supremo relativamente antiguas consideraron que se trataba de un plazo de prescripción, (S.T.S. de 27 de marzo de 1987, 23 de octubre de 1989 y 5 de marzo de 1992), las sentencias más recientes otorgan a dicho plazo, ya sin especiales dudas, el tratamiento de la caducidad (S.T.S. de 3 de marzo de 2006, 23 de septiembre de 2010 y 18 de junio de 2012).

La acción ejercitada en la demanda postula la declaración de nulidad por dolo, o, cuando menos, por error, como vicio de la voluntad. Más adelante nos referiremos a la diferencia entre el error obstativo, que equivale a la inexistencia del consentimiento, planteamiento éste en el que no tiene cabida el plazo de caducidad mencionado, y el error-viceo. Baste ahora recordar que en los supuestos de inexistencia del contrato (error obstativo), por falta de los elementos esenciales del artículo 1.261 del Código Civil, se produce la nulidad radical y *ex nunc* del negocio, de manera que nunca llega a producir efecto alguno al margen de que se produzca o no su impugnación; y el vicio no es susceptible de sanación ni convalidación, lo que a su vez excluye los institutos de la prescripción y caducidad de las acciones de impugnación.

Por su parte, el contrato anulable (error-viceo) reúne todos los requisitos esenciales, si bien adolece de vicios que afectan a alguno de esos requisitos, lo que permite que despliegue desde su celebración todos los efectos que les son propios, y continúa surtiéndolos hasta tanto se declare judicialmente su nulidad; ya se trate de vicios del consentimiento -violencia, intimidación, dolo y error-, o falsedad de la causa -que en determinados supuestos produce asimismo la nulidad radical-, o finalmente el defecto de capacidad civil.

En la aplicación de la anterior doctrina a la eficacia de los contratos se ha razonado que, en función de las circunstancias, el error excusable puede producir la inexistencia o nulidad radical del contrato cuando recae sobre las condiciones esenciales, que resultan determinantes para la prestación del consentimiento y la celebración del contrato (vid. S.A.P. de Madrid, Sección 14ª, de 3 de septiembre de 2012). En otras resoluciones se otorga al error un efecto que no se equipara con la ausencia del consentimiento, sino con el vicio, dando lugar a contratos anulables.

Son estos casos los que se entienden sometidos al plazo de caducidad de cuatro años establecido en el artículo 1.301 del Código Civil, cuyo cómputo debe tomar como punto de partida la ya clásica Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003, que dice lo siguiente: "Dispone el artículo 1.301 del Código Civil 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 artículo 1.969 del citado Código. En orden a cuándo se produce la consumación del contrato dice la Sentencia de 11 de julio de 1984 que (...) (coincide) con la realización de todas las obligaciones (...) y la Sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que 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, criterio que se manifiesta igualmente en la Sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando exige que se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó...".

A partir de esta jurisprudencia básica del Tribunal Supremo, se distingue entre los contratos de tracto único y los contratos de tracto sucesivo. Es evidente que un contrato de préstamo hipotecario pactado con una duración de veinte años, como es el caso (documento nº 1 de la demanda), no es un contrato de tracto único, sino un contrato de tracto sucesivo, por lo que su tesis de que la consumación equivale a la firma y perfección del contrato contradice el tenor del artículo 1.301 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo aplica.

La excepción de caducidad, que sólo tendría eficacia en la perspectiva estricta de la anulabilidad del contrato, debe ser, pues, desestimada, porque la consumación en los contratos sinalagmáticos tiene lugar cuando se produce el cumplimiento total de las prestaciones de ambas partes (S.T.S. de 11 de junio de 2003, que cita las de 5 de mayo de 1983, 11 de julio de 1984 y 27 de marzo de 1989) y porque en los contratos como el que nos ocupa se crea una relación de tracto sucesivo y prestaciones periódicas y no de cumplimiento instantáneo, sin que sea posible confundir la caracterización del préstamo como contrato real con el agotamiento de las prestaciones, por lo que se entiende que la consumación del contrato no se produce hasta el transcurso del plazo por el que se concertó, lo que no ha ocurrido aún en el presente supuesto y aboca al rechazo de la caducidad alegada.

QUINTO.- Despejada la cuestión anterior, el planteamiento del objeto principal del presente procedimiento exige hacer una introducción conceptual sobre el contenido del denominado préstamo hipotecario multidivisa; la información precontractual que la entidad bancaria debe suministrar al cliente no profesional; la naturaleza y los riesgos que entraña dicho producto; su regulación legal; y los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos en su interpretación y aplicación (art. 6.1 del C.C.)

Como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de fecha 28 de marzo de 2016, "El préstamo hipotecario en una moneda extranjera, que puede revestir la forma "multidivisa", en que el prestatario dispone de la opción de cambiar a otra u otras divisas distintas de la inicialmente elegida, o "préstamo divisa", el cual no contiene tal opción y que precisa del consentimiento del prestamista para alterar la inicialmente elegida, se caracteriza por contener un tipo de interés variable con referencia al índice Libor, que está sujeto a la variabilidad de las fluctuaciones de los tipos de cambio y cotización de divisas. De modo que con la misma cantidad de euros se puede amortizar menos capital si el tipo de cambio es desfavorable al euro, por lo que para mantener el mismo nivel de reducción de capital es preciso aportar más cantidad de euros con la consiguiente subida de la cuota, pero que, además, como efecto asociado a las fluctuaciones de los tipos de cambio, genera el riesgo de que el capital del préstamo no sólo no se reduzca sino que se incremente, puesto que el tipo de cambio se aplica no sólo a las cuotas periódicas de amortización sino al recalcu constante del nominal prestado, que no es una cantidad fija, sino una representación en la divisa elegida de

los euros recibidos, por lo que su cuantía puede experimentar un incremento notablemente gravoso pese al continuo pago de las cuotas.

En conclusión, las fluctuaciones del tipo de cambio requieren, en grado superior, transparencia y claridad en la redacción de las cláusulas económicas del préstamo multdivisa, a fin de que sean comprensibles para un cliente medio, no profesional y sin conocimientos específicos sobre productos de esta clase, así como una información precontractual, acompañada de una simulación de las diversas situaciones o hipótesis que pueden darse en el funcionamiento del producto y, en especial, ante el riesgo de que se produzca una apreciación de la divisa sobre el euro con el consiguiente incremento del valor en euros del capital prestado, máxime cuando el plazo de amortización lo hace probable por extenderse durante un periodo muy dilatado (aquí treinta años)".

En atención a la fecha en que se perfeccionó la escritura de "préstamo multdivisa con garantía hipotecaria" (26 de noviembre de 2007), en cuyo encabezamiento y rúbrica no se indica que se efectúa en yenes, las disposiciones legales aplicables con carácter principal eran:

- La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en las reformas efectuadas con anterioridad a la perfección del contrato (artículos 1, 10 y 13)

-Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, artículos 1, 2, 5, 6, 7, 8 y Disposiciones Adicionales Primera y Segunda, que modifican la Ley 26/1984 y la legislación hipotecaria). Aplicación que refrenda la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

- La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de febrero. En el referido artículo se dispone que los contratos entre las entidades de crédito y la clientela se formalizarán por escrito debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y sus derechos ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras: (a) Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito; (b) Efectuar la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a préstamos a intereses variables; (c) Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, tal información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si se ajustan a sus necesidades y cuando puede verse afectada su situación financiera; d) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización.

El apartado 3 del artículo 48 establece que las disposiciones que puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias contempladas en el número 2 no podrán ofrecer un nivel de protección de la clientela inferior al que derive de las disposiciones que se aprueben por el Ministro de Economía y Hacienda al amparo de dicho número.

- La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones de los Préstamos Hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito 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, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de dicha Orden -artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo -artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II.

Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene 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 -artículo 7-.

- Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, cuyo artículo 79, antes de la modificación operada por la Ley 47/2007, que incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, y el préstamo aquí concertado lo es, ya imponía a las entidades de crédito comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes; reducir al mínimo los riesgos de conflictos de intereses y, de producirse, dar prioridad a los intereses de sus clientes, cuidando de ellos como si fuesen propios; garantizar una gestión prudente; y asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

En suma, las entidades de crédito están obligadas a proporcionar a sus clientes una información adecuada, imparcial, clara y transparente sobre el instrumento financiero que pretenden contratar, advirtiéndoles de los riesgos que asumen, con la misma diligencia con que actuarían si los intereses de aquéllos fueran los suyos.

- Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica. Extiende el deber de información de las entidades de crédito a los deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a interés variable, a los sistemas o productos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, sin que su contratación suponga la modificación del contrato de préstamo, cuyas características se harán constar en la oferta vinculante y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de dichos préstamos.

SEXTO.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) en la Sentencia que dictó el 30 de abril de 2014, al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por la Kuria – Tribunal Supremo- (Hungría) en el asunto C-26/13, con relación a cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, en aplicación e interpretación de la Directiva 93/13/CEE, efectuó, entre otras, las siguientes consideraciones:

“Para garantizar en concreto los objetivos de protección de los consumidores perseguidos por la Directiva 93/13, toda adaptación del Derecho interno a dicho artículo 4, apartado 2, debe ser completa, de modo que la prohibición de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas abarca únicamente las redactadas de manera clara y comprensible (Sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, EU: C: 2010: 309, apartado 39) - apartado 62“.

“Se ha de constatar que esa misma exigencia figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas contractuales escritas deben estar redactadas "siempre" de forma clara y comprensible. El vigésimo considerando de la Directiva 93/13 puntualiza en ese sentido que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato”.

“De ello se sigue que esa exigencia de redacción clara y comprensible se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y excluida, por tanto, de la apreciación de su carácter abusivo prevista en el artículo 3, apartado 1 de la misma directiva” - apartados 67 y 68 –“.

"El Tribunal de Justicia ya ha afirmado que tienen una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (véase la Sentencia RWE Vertrieb, EU: C: 2013:180, apartado 44).”.

“Por tanto, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical - apartados 70 y 71-”.

“El sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información; esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva - apartado 72-”.

“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 (véase por analogía la Sentencia RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, apartado 49) - apartado 73-”.

Y, en virtud de lo expuesto, declaró: “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 el 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 de su cargo”.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017 (Asunto c-189/16, Ruxandra Paula Andriciuc y otros/Banca Romaneasca, S.A.), declaró que la cláusula multidivisa de un préstamo regula una prestación esencial de dicho contrato, y, por tanto, no puede considerarse abusiva siempre que esté redactada de forma clara y comprensible; que el deber de información de las instituciones financieras comporta que la cláusula deber ser comprendida por el consumidor en el plano forma y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que pueda conocer, no sólo la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que se contrató el préstamo, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto; y que debe estarse al momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato.

SÉPTIMO.- Por su parte, el Tribunal Supremo en la Sentencia nº 323/2015, de 30 de junio de 2015 (Pleno) sobre los defectos de información y error-vicio en la perfección de un contrato como el que da lugar al presente proceso estableció la siguiente doctrina: "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 Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

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

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

Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas".

"La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el artículo 79 bis 8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al artículo 2.2 de dicha ley.

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del artículo 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto".

"Como declaramos en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el artículo 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el artículo 1.201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar".

Finalmente respecto del error vicio, sigue diciendo, "esta Sala, en Sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014, de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda 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 error.

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (Sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

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

La mencionada y parcialmente reproducida Sentencia del Tribunal Supremo, sin embargo no declaró la nulidad de la cláusula multidivisa y confirmó la que había dictado la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid el 17 de julio de 2013, puesto que, según se apreció en ésta, los demandantes tenían el perfil de clientes expertos por ser profesionales de elevada cualificación, pues el esposo, que fue el que llevó a cabo la contratación del producto, era especialista en Derecho Bancario y en concreto en hipotecas multidivisas, que precisamente era el producto que contrataron. Experiencia y cualificación profesional del prestatario que también se consideró en las Sentencias de 10 de julio de 2015 (Recurso 601/2014) y 23 de octubre de 2015 (Recurso 652/2014), como causa excluyente del vicio en el consentimiento prestado, y en la Sentencia de 30 de junio de 2015.

No obstante lo expuesto, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 608/2017, de 15 de noviembre, adapta la doctrina de la Sala Primera a la jurisprudencia del T.J.U.E., que en el caso Banif Plus Bank (Sentencia de 3 de diciembre de 2015) consideró que las operaciones de cambio de divisa, accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto del propio préstamo, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste, y, por ello, el Tribunal Supremo concluye que el préstamo multidivisa no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.

Tal sentencia, aunque fue dictada con posterioridad a la celebración de la vista de la diligencia final el 13 de noviembre de 2017, no puede ser desconocida; si bien, hay que tener en cuenta que, aunque se considere que el “préstamo multidivisa” no es un instrumento financiero, el Tribunal Supremo también ha establecido que ello no excluye la sujeción de las entidades financieras que conceden esos préstamos a las obligaciones de información que establecen las normas de transparencia bancaria y las de protección de los consumidores y usuarios, en los casos en que el prestatario tiene la consideración legal de consumidor. Las “cláusulas multidivisas” definen el objeto principal del contrato, y, por ello, son cláusulas sobre las que existe un especial deber de transparencia y respecto de las que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos comprendan, no sólo su contenido formal y gramatical, sino también su alcance concreto, y puedan, así, tomar decisiones fundadas y prudentes. El hecho de que los “préstamos multidivisas” estén excluidos de la normativa MIFID no significa que no sean un producto complejo a efectos del control de transparencia. La sentencia aplica los criterios de la Sentencia del T.J.U.E. de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuc) y considera que aunque el consumidor medio puede prever el riesgo de un cierto incremento de las cuotas de amortización por efecto de la fluctuación de las monedas sin necesidad de una especial información, no ocurre lo mismo con otros riesgos asociados a este tipo de hipotecas. En ellas, la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, lo que determina que, pese al pago de las cuotas de amortización periódica, el prestatario puede adeudar un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Incluso aunque se cumpla la obligación de pagar las cuotas, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo si el euro se devalúa, por encima de ciertos límites, sobre la divisa extranjera.

OCTAVO.- Entrando ya en el análisis del supuesto que nos ocupa, a tenor de los hechos expuestos, disposiciones legales aplicables y jurisprudencia citada, debemos recordar que la acción principal ejercitada en la demanda es la de anulabilidad parcial del préstamo hipotecario, en las cláusulas relativas a la modalidad multidivisa, por el vicio en el consentimiento (dolo o error) en que habrían incurrido los demandantes, al haber incumplido

la demandada los deberes legales de información -artículos 1.258, 1.261.1, 1.265 y 1.266 del Código Civil, en relación con el artículo 1.300 y siguientes de dicho texto legal-, o la acción de nulidad parcial de dichas cláusulas, con base en la infracción de normas imperativas y prohibitivas, al no superar el control de inclusión y de transparencia – art. 6.3 del Código Civil-. Por ello, debemos comenzar diciendo, tal como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª) nº 55/2017, de 15 de febrero, aceptando el planteamiento del Juzgado de Primera Instancia de que la opción multidivisa constituye un elemento definitorio del contrato, por lo que si bien no puede ser sometida a un control de abusividad por falta de reciprocidad de las prestaciones, si puede ser sometido al doble control de transparencia, que la cláusula controvertida no es clara ni fácilmente comprensible por su simplicidad, y que del contenido de dicho pacto no se obtienen los elementos que hubieran permitido al consumidor poder evaluar, con criterios precisos y comprensibles, los posibles escenarios y consecuencias económicas que pudieran derivar a su cargo de contratar un préstamo hipotecario en una divisa extranjera.

En la misma línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) nº 27/2017, de 2 de febrero, frente a la sentencia de instancia, en la que se niega la ambigüedad y claridad de la cláusula litigiosa y se indica que su rúbrica está resaltada en color negro, dice que estamos en presencia de un producto financiero mucho más complejo de lo que una primera aproximación a su naturaleza haría pensar y que deja ver un diseño contractual impropio para una persona no versada en conocimientos financieros, por mucho que le fueran explicados características y escenarios, con tablas de simulación, y, en teoría, los riesgos vinculados al modelo. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3ª) de 20 de julio de 2016, dice que la redacción de la “cláusula multidivisa” no permite a los prestamistas hacerse una idea completa de las consecuencias que la fluctuación del valor de cambio de la moneda puede tener en las obligaciones que asumen. No es de comprensión fácil, sino más bien una idea contra intuitiva, que el prestamista haya de restituir, como consecuencia del préstamo una cantidad mayor a la que resulta de sumar capital e intereses inicialmente pactados, y, esto es, precisamente, lo que puede ocurrir con el “préstamo multidivisa”, y que la cláusula en cuestión no explica con suficiente claridad. La continua referencia al "contravalor del préstamo" no advierte a los prestatarios con la suficiente claridad -recuérdese que el T.J.U.E. exige una claridad más allá de lo gramatical- sobre las consecuencias de la volatilidad del cambio de divisas, sujeto a frecuentes altibajos, y de que la fluctuación de la moneda puede afectar no sólo a la cuota sino también al capital.

A propósito del contenido del deber de información, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) nº 6/2017, de 18 de enero, manifiesta que, en el propio momento de emisión de las declaraciones de voluntad, se sitúa el deber, que lógicamente se cumple con anterioridad a ese momento, de redactar las cláusulas contractuales con claridad (artículo 80 de la Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios); deber de información que ya pacíficamente se entiende en el doble sentido de equivaler a la transparencia formal, afectante al modo de redacción, y a la transparencia material, relativo a la suministrar de los datos precisos para que el cliente, que se adhiere al contrato, pueda conocer todos los riesgos que con él asume, y, por ende, pueda efectuar un cálculo, potencialmente acertado, de los beneficios reales (y, por contraposición, de los riesgos) que puede tener para él, en su particular situación, la conclusión del contrato.

La razón de estos deberes estriba en la misma dinámica de la relación de consumo. En efecto, la característica fundamental de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (ahora en la versión codificada que le da el Texto Refundido aprobado por Real

Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), con la que se trata de satisfacer el principio constitucional de protección de los derechos e intereses de estos, es contemplar la relación jurídica entre empresario y consumidor en su totalidad, sin duda bajo la idea de responder la operación económica que subyace en el contrato a un todo unitario. Por eso, la citada Ley presta atención a todas las fases en que esa relación se manifiesta: desde la oferta pública, a la formalización del contrato, y desde su perfección y consumación, a su desarrollo y agotamiento.

Estas normas se han de conceptuar como imperativas, por cuanto representan un mínimo en la defensa del bien jurídico constitucional, que es la protección de los consumidores y usuarios que garantiza la Constitución (artículo 51), representando la intervención estatal para lograr ese fin, intervención que abarca a todos los poderes públicos, y, por tanto y de manera significativa, también al Judicial, con carácter irrenunciable e inmodificable por pacto, como no sea éste más beneficioso para el consumidor.

La “hipoteca multidivisa” es un producto complejo, cuya exacta comprensión requiere un alto nivel de conocimientos de la Ciencia Económica, y es, además, al tiempo en que se concertó la que aquí se examina –noviembre de 2007-, de implantación relativamente novedosa en nuestro país, introduciendo un alto componente especulativo que compromete a veces, como también ocurre en este caso, la vivienda habitual de los prestatarios. Supone, por tanto, un grado mucho más elevado de complejidad, para determinar la conveniencia o no en el supuesto concreto para el consumidor.

Y esa obligación, impuesta normativamente, no se exonera, ni siquiera se aminora, porque el propio cliente manifieste tener conocimiento y comprensión del producto, ni porque sea el cliente el que haya tomado la iniciativa, solicitando del Banco ese concreto producto financiero.

Tal conducta, por lo demás muy común cuando es el consumidor el que requiere la prestación de un servicio, no hace suponer más que conoce la existencia de ese producto, pero no la naturaleza, funcionalidad y riesgos del mismo.

NOVENO.- En el caso de los demandantes, D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] [REDACTED] hemos de concluir, una vez analizadas las pruebas practicadas, que no hay prueba suficiente de que, en el momento de la firma del contrato, estuvieran familiarizados con el comportamiento del mercado de divisas y conocieran los riesgos de dicho mercado. D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] tienen estudios primarios de E.G.B. y trabajan como empleado de una gasolinera y en las labores del hogar, respectivamente. Por lo tanto, no cabe presuponer las cualidades que pretende atribuirles la demandada, pues, incluso en el caso de personas con conocimiento en cuestiones económicas, la jurisprudencia no siempre ha apreciado los conocimientos necesarios que permitan descartar la existencia de un error. Así, a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11^a) nº 27/2017, de 2 de febrero, acerca del error en la contratación de productos y servicios de inversión, ha manifestado que el hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente ese carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. Y tampoco lo supone el hecho de que el administrador realizara la contratación con la asistencia del contable de la empresa, licenciado en económicas, pues, continúa diciendo la Audiencia de Madrid, hemos afirmado en la Sentencia nº 549/2015, de 22 de octubre, que no basta con los conocimientos usuales del

mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable. De igual modo, no es posible atribuir conocimientos especializados a un funcionario del Ministerio de Economía y Hacienda, cuyos concretos cometidos dentro de dicho órgano no han sido acreditados, porque, en relación a un empleado de banca, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) nº 232/2016, de 18 de mayo, ha manifestado que “no hay prueba suficiente de que el actor estuviera familiarizado con el comportamiento del mercado de divisas y conociera, cuando acudió a la sucursal bancaria, los riesgos de tal mercado, pues lo que consta en los autos es que trabajó en Banco Sabadell (antes Atlántico) desde el 22 de noviembre de 1999 hasta el 14 de febrero de 2006, y que en LinkedIn figura como su perfil profesional el de experto en marketing ONCE, sin que de ello se desprenda -y no hay otra prueba al respecto más allá de las anotaciones que se recogen en el documento 1 de la contestación al que ya no hemos referido- que en el tiempo en el que trabajó en Banco Atlántico/Sabadell se hubiera dedicado a preparar este tipo de producto para lanzarlo desde marketing y que ello le hubiera permitido adquirir los suficientes conocimientos de la multidivisa-”. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) nº 144/2016, de 5 de abril, en la misma línea, dice “que los demandantes sean universitarios y profesores de secundaria -no consta que sean catedráticos- no implica que sean ya perfectos conocedores de las características y riesgos asociados al préstamo multidivisa” (...) y “el que el esposo sea profesor de matemáticas, no supone experiencia financiera suficiente para comprender las consecuencias del préstamo y sus riesgos. Puede ser experto en operaciones o cálculos matemáticos pero ignorar las fluctuaciones de la divisa y de los tipos de interés y sus previsiones en el mercado.”.

Por otro lado, es igualmente irrelevante que los demandantes tuvieran contratados otros productos bancarios, tal como se deduce de la copia de la Declaración de la Renta correspondiente al ejercicio 2007, aportada como documento nº 5 de la demanda. Y es igualmente irrelevante de quién partiera la iniciativa, extremo éste sobre el que discreparon el demandante D. [REDACTED] y el empleado de la entidad D. [REDACTED] esto es, si fue el Banco quien les ofreció insistentemente la contratación del préstamo en la modalidad multidivisa o fueron los demandantes quienes se pusieron en contacto con la entidad bancaria, de la que eran clientes, interesándose por la contratación del producto, sobre el que tenían, en mayor o menor grado, un conocimiento previo respecto a la singularidad propia de concertar un contrato de préstamo en moneda extranjera, ya que, siguiendo lo establecido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) nº 232/2016, de 18 de mayo, se puede afirmar que ello no implica que fuera conocedor de los riesgos derivados del cambio de fluctuación de la moneda en cuanto a la carga económica y jurídica que asumía el prestatario y, en especial, en cuanto a la repercusión del principal pendiente de amortizar; en suma, de las consecuencias económicas derivadas de la elección de la moneda extranjera. Así lo entiende también la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3ª) cuando en su Sentencia de 20 de julio de 2016 dice que "tampoco es suficiente a efectos de desvirtuar la presunción de falta de información suficiente a los prestatarios el hecho de que fuesen ellos quienes tuviesen la iniciativa de solicitar el producto (préstamo multidivisa) de la entidad bancaria demandada ya que el interés del cliente en suscribir un determinado producto financiero no exime a la entidad bancaria de su obligación de informarle cumplidamente de los riesgos que comporta ni de verificar que la información con base en la cual solicita dicho producto se corresponde efectivamente con la realidad". Y, a propósito de dicha información, no se ha ofrecido por la

demandada pruebas suficientes acerca de que informara, adecuada y cumplidamente, a los demandantes, tanto en el momento de la firma como en la fase pre y post contractual, de las características y de los riesgos de la “hipoteca multidivisa” objeto del procedimiento, pues el testigo D. [REDACTED] -empleado de la entidad demandada hasta el año 2011-, no fue concluyente al respecto; manifestando que no recordaba al demandante presente en la sala ni cómo se había producido la comercialización del préstamo objeto del juicio; limitándose a hacer una exposición, en abstracto, de cuál era la operativa que se utilizaba para la contratación de los “préstamos multidivisas”. Además, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de enero de 2015 ha manifestado que "no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que el Banco (...) cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado".

DÉCIMO.- En cualquier caso, en el supuesto de D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] no ha quedado acreditado el cumplimiento de 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), y cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios. Tal orden, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1^a), de 19 de febrero de 2016, 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. Y a esa adecuada comprensión deberá coadyuvar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo 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 artículo 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, advirtiendo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación. Además, existen normas específicas sobre préstamos en divisas, que 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. Y 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 (actualmente, euros) 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 efecto, el presente caso, ni siquiera existe el documento que se utiliza habitualmente en este tipo de préstamos, denominado “Solicitud de Préstamo en Divisas con Garantía Hipotecaria”, respecto al cual la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) en su Sentencia nº 144/2016, de 5 de abril, ha manifestado que los términos en que aparece redactado dicho documento son insuficientes para obtener un conocimiento cabal de lo que verdaderamente constituye el préstamo hipotecario multidivisa, pues no existe descripción del producto, sus requisitos, condiciones, efectos y prestaciones de las partes.

Finalmente, hemos de decir que, es criterio de las Audiencias Provinciales (Sentencia la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 11ª- nº 232/2016, de 18 de mayo), que, aunque el Notario autorizante haga constar que los comparecientes manifiestan haber quedado debidamente informados del contenido del instrumento público y haber prestado al mismo su libre consentimiento, ello no implica que la entidad financiera ofreciera al cliente - consumidor- información completa, adecuada y comprensible a fin de poder conocer, antes de la firma de la escritura pública, los concretos riesgos derivados del funcionamiento de dicha elección de la modalidad multidivisa, en cuanto al mecanismo propio de funcionamiento derivado de la fluctuación en su repercusión económica-jurídica. La simple intervención notarial, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 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. Siguiendo los criterios de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo (la definición clara de su posición jurídica tanto en los 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).

UNDÉCIMO.- Con base en lo expuesto, se puede afirmar que el clausulado de la escritura de Caixa D'Estalvis de Catalunya (actualmente, B.B.V.A., S.A.) es insuficiente para conocer la mecánica y los riesgos que entraña la operación, y que, al incumplirse el requisito de la

claridad, la concreción y sencillez en la redacción del clausulado del contrato, se ha vulnerado la normativa protectora de los usuarios de servicios bancarios, lo que, a su vez, ha motivado que el consentimiento de los demandantes no se formara correctamente y se emitiera viciado, por un error sustancial y excusable.

Sobre las consecuencias que debe tener la nulidad apreciada, su efecto no puede volcarse sobre la totalidad del contrato (en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 13ª- de 20 de abril de 2016), ya que:

1º) La apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del T.J.U.E. y al fin de protección de los consumidores. La Sentencia del T.J.U.E. de 14 de junio de 2012, entre otras muchas, ha declarado que la Directiva 93/13 /CEE "se opone al artículo 83 (en la redacción vigente a la fecha de la demanda que dio lugar a este procedimiento) que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Ello pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por ello, hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor".

2º) Resulta de aplicación, *mutatis mutandi*, la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la nulidad parcial de los contratos. Después de recordar que, a diferencia de otros, como el italiano y el portugués, que en los artículos 1.419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido), se indica en el apartado 265 que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del *favor negotio* en tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (S.S.T.S. nº 488/2010 de 16 julio; 261/2011, de 20 de abril; y 616/2012, de 23 de octubre).

A continuación, la sentencia analiza el principio *utile per inutile* en condiciones generales (cuya legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir) para explicar en el apartado 268 su aplicación en contratos con consumidores: La L.C.U., en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo". La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "(...) los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato

seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia" y que en el artículo 6.1 dispone que "(l)os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor (...) las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Finalmente, razona en el apartado 274, que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" del contrato y que el tratamiento dado a las cláusulas suelo es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa", para concluir que la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia.

3º) La inaplicación de los contenidos multidivisas es perfectamente posible en la práctica porque el contrato permite entender que al préstamo lo fue de 240.000 euros, y las partes pactaron como una de las posibilidades de ejecución del contrato que las amortizaciones pudieran realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura.

4º) La solución de la nulidad total del contrato es contraria a la finalidad de protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13/CEE y el T.R.L.G.D.C.U., ya que produciría un efecto mucho más perjudicial para los demandantes-consumidores que para la entidad bancaria demandada-profesional, al verse obligados a devolver en una sola vez la totalidad de un préstamo cuya devolución estaba programada en varias veces.

Recuerda el T.J.U.E. que el artículo 6.1 de la Directiva impide al juez nacional que constata la nulidad de una cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, lo que se justifica; (i) por el interés público que se anuda a la protección de los consumidores; (ii) por la obligación de los Estados miembros de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas; y (iii) porque si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas se pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, al que ya se ha hecho mención (el efecto disuasorio). Ahora bien, ello no impide que el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional, que se presume no contiene cláusulas abusivas. Esa medida se justifica, en primer lugar, porque es acorde con la finalidad de la Directiva: reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (apartado 82). Y, en segundo lugar, porque en el caso analizado por la sentencia, si se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de su capacidad económica) de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse, porque ese efecto penaliza al consumidor más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca.

En consecuencia, procede estimar, con fundamento en los artículos 1.300 y 1.303 del Código Civil, la pretensión de los demandantes y declarar la nulidad parcial de la escritura de préstamo hipotecario suscrita por los mismos, en lo relativo la clausulado multidivisa, por

la existencia de un error en el consentimiento, y, consiguientemente, declarar que el préstamo queda referenciado a euros y que la cantidad adeudada por los actores es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en dicha moneda, resultante de disminuir al importe prestado de 139.000 euros la cantidad amortizada hasta este momento, también en euros, en concepto de principal e intereses; entendiéndose que el préstamo lo fue de 139.000 euros, y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura –Cláusula Tercera Bis- para el euro (Euribor + 0,90 puntos).

DUODÉCIMO.- Los pronunciamientos anteriores no quedan desvirtuados por el hecho de que los demandantes recibieran sin protesta los extractos informativos de las amortizaciones realizadas, lo que es considerado por la demandada como unos actos propios que ratifican la validez del préstamo. Y, ello es así, porque la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2016 ha expresado, al respecto, que el principio general del derecho que afirma la inadmisibilidad de ir o actuar contra los actos propios, constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, siempre que concurren los requisitos presupuestos que tal doctrina exige para su aplicación, cuales son que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica afectante a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 73/1988, de 21 de abril, «La llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium* surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos». De lo que se infiere que la doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (S.S.T.S. nº 545/2010, de 9 de diciembre; nº 147/2012, de 9 de marzo; nº 547/2012, de 25 de febrero). No obstante, el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (Sentencia nº 788/2010, de 7 de diciembre). Además, ha de tenerse presente que los actos que están viciados excluyen la aplicación de la doctrina, pues esta Sala viene exigiendo, para que los denominados actos propios sean vinculantes, que causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo, además de que el acto ha de estar revestido de cierta solemnidad, ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación del que lo realiza. Lo que no puede predicarse de los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia.

El caso concreto de la posibilidad de confirmación del contrato de inversión viciado por error por unos supuestos actos propios consistentes en la percepción de liquidaciones positivas o intereses de tal inversión, o incluso el encadenamiento de contratos similares, ha sido tratado específicamente por esta Sala en numerosas resoluciones. En la Sentencia nº 573/2016, de 19 de julio, en que se resumen los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, se dice: «Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atenderemos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero.

Como decíamos en dicha sentencia, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por cancelar anticipadamente el producto ante el riesgo cierto de que tal situación se vaya agravando y suponga un importante quebranto económico, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad. Para poder tener voluntad de renunciar a la acción de nulidad derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se decide cancelar anticipadamente el contrato para poner fin a la sangría económica que suponen las sucesivas liquidaciones negativas. No resultando, pues, de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 7.1, 1.310, 1.311 y 1.313 C.C.».

En relación con lo anterior, hemos de tener en cuenta que la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con conocimiento del vicio que le afecta y habiendo cesado éste, según establece inequívocamente el artículo 1.311 del Código Civil. Como dijimos en la Sentencia núm. 924/1998, de 14 de octubre, al tratar un pretendido consentimiento ex post: «En el estricto sentido de la palabra, tanto gramatical como jurídicamente, «consentimiento» no es algo que es concedido después de un acto. El concepto gramatical del vocablo significa anuencia, permiso, licencia, venia o autorización; es decir, hace mención a que sólo puede recaer sobre algo todavía no realizado. El significado jurídico aparece en el artículo 1.262 C.C., según el cual «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato»; esto es, la pauta legal indica que sólo versará sobre lo que se ofrece y se acepta respecto de una futura relación contractual, pero no sobre lo ya verificado.

Si la referida actitud se manifiesta pasivamente tras el conocimiento posterior del negocio jurídico, la situación admite distintas lecturas, mas en tanto no se haya consumado la prescripción o la caducidad de acciones, siempre será posible la impugnación del acto por vía legal».

Asimismo, en la Sentencia nº 535/2015, de 15 de octubre, la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha dicho que: «[l]a confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración».

Además, aunque en este caso las participaciones preferentes se canjearon por acciones de la propia entidad, ello no tuvo como finalidad ni efecto la confirmación del contrato viciado, sino que únicamente se hizo para enjugar el riesgo de insolvencia que se cernía sobre los clientes si continuaban con la titularidad de tales participaciones (en este sentido, sentencia de esta Sala núm. 57/2016, de 12 de febrero).

No concurre, en suma, el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 C.C."

Es decir, se reitera la doctrina jurisprudencial antes recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2014 y en la Sentencia del Tribunal Supremo, Civil, Sección 1ª, de 16 de febrero del 2012, y expresa: "Parte la doctrina jurisprudencial de un presupuesto inexcusable que consiste en que tales actos vinculantes se atribuyan a las partes en el proceso y no a terceros. Por ello la citada sentencia, con mención de otras anteriores como las de 5 octubre 1984, 5 octubre 1987, 10 junio 1994, 14 octubre 2005, 28 octubre 2005 y 29 noviembre 2005, dice que «el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de Derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. Constituye un presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla»".

Y en particular sobre la "hipoteca multidivisa", la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, de 12 de septiembre de 2016 ha expresado: "En cuanto a la alegación de que para el caso de mantener la existencia del vicio en el consentimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.309 del C.C., éste habría quedada extinguido porque el contrato fue confirmado válidamente por la actora a través de su conducta en los años posteriores a la firma al haber pagado numerosas cuotas, nos remitimos a lo dicho por la Sentencia de la A.P. de Valencia de 19 septiembre 2014 cuando afirma que "Analizado el motivo, hemos de decir en primer lugar que la presunción de la voluntad confirmatoria no puede predicarse sin más, en abstracto, de un determinado tipo de actos, sino que ha de ser fruto de una labor interpretativa que tenga en consideración todas las circunstancias concurrentes y los hechos anteriores, coetáneos y posteriores del acto en sí (art. 1.282 del Código Civil) y, sobre todo, el interés que el legitimado pudiera tener en el momento de realizar dicha conducta en el mantenimiento de la eficacia del contrato [...] Pues bien, en el presente caso, fue al aperebirse los demandantes de los efectos que la suscripción de la cláusula multidivisa les producían cuando pudieron constatar la realidad de lo contratado, confirmando entonces que el producto contratado no respondía las características que les habían ofrecido, elementos todos ellos que claramente

conforman que los demandantes cuando lo contrataron no eran conscientes de que se trataba de un producto financiero de alto riesgo, contrario a sus expectativas y perfiles conservadores de mera ahorradora, por lo que no efectuaron acto jurídico alguno del que quepa deducir la ratificación de su viciado consentimiento, o comportamiento que pudiera entrar en patente contradicción con el ejercicio de las presentes acciones. La percepción de liquidaciones en el pasado, bajo la persistencia del error, no constituye un supuesto de confirmación, sino de extensión temporal de tal vicio de voluntad; comportamiento que, desde luego, no ratifica, sanando los contratos anulables objeto de este proceso".

DECIMOTERCERO.- Finalmente, al estimarse íntegramente la demanda, las costas del presente procedimiento se imponen a la demandada; sin que se aprecien serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen otro pronunciamiento (art. 394.1 L.E.C.).

FALLO

ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez, en representación de D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Marcelino Bartolomé Garretas; y, en consecuencia:

- DECLARO la nulidad parcial del préstamo suscrito por D. [REDACTED] y D^a [REDACTED] en fecha 26 de noviembre de 2007, con la entidad Caixa D' Estalvis de Catalunya (actualmente, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.), mediante escritura pública otorgada ante la Notaria del Ilustre Colegio de Madrid D^a [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] en todo lo relativo al clausulado multidivisa, por vicio en el consentimiento, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que queda referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no implican cláusulas multidivisas; y, en consecuencia, DECLARO que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 139.000 euros la cantidad amortizada hasta la fecha de esta sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses; entendiendo que el préstamo lo fue de 139.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA BIS) para el euro (EURIBOR + 0,90 puntos).

- Y CONDENO a la demandada, B.B.V.A., S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

Las COSTAS PROCESALES ocasionadas por las presentes actuaciones se imponen a la demandada, BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Notifíquese esta sentencia a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe RECURSO DE APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de Madrid que, en su caso, deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS, a contar desde el día siguiente a su notificación.

Llévese el original al libro de Sentencias.

Por esta sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por Sr. Magistrado-Juez que la suscribe en audiencia pública, en el día de la fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

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