



Administración
de Justicia

JUZGADO DE 1^a INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 04 DE MAJADAHONDA

Avda. de los Claveles, 12 , Planta 1 - 28220
Tfno: 916342533 CIVIL, 916342549 PENAL
Fax: 916381513
42020310

NIG: 28.080.00.2-2017/0000527

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 95/2017

Materia: Contratos en general

ESTAES SOLICITUD PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCION	NOTIFICACIÓN
6 - FEB 2018	7 - FEB 2018
ARCHIVO 151.2 L.E.C. 1/2000	
Delegación de Majadahonda	

Demandante: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. ANGEL FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ

Demandado: CAIXABANK, S.A.

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

SENTENCIA N° 17/2018

En Majadahonda, a treinta de enero de dos mil dieciocho.

Vistos por mí, D^a ALAZNE BASÁÑEZ GUTIÉRREZ, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Majadahonda y su partido, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO seguidos ante este Juzgado bajo el número 95 del año 2017, a instancia de [REDACTED]

[REDACTED] representados por el Procurador DON ÁNGEL FRANCISCO CODOSERO RODRÍGUEZ y asistidos por el Letrado DON MIGUEL MARTÍNEZ TRUCHAUD, contra la entidad CAIXABANK SA, representada por el Procurador DON MIGUEL ÁNGEL MONTERIO REITER y asistida por el Letrado DON ÁLVARO OLITE DÍAZ, declarada en situación de rebeldía procesal, sobre NULIDAD PARCIAL DE CONTRATO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Don Ángel Francisco Codosero Rodríguez, en la representación indicada y mediante escrito que, por turno de reparto, correspondió a este Juzgado, se presentó demanda de juicio ordinario, en la que, tras invocar los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando que se dicte Sentencia por la que:

1 - Se declare la nulidad parcial del préstamo en divisas suscrito por Don [REDACTED], con número de protocolo [REDACTED] en todo lo relativo al clausulado multidivisa por vicio en el consentimiento de aquéllos, conllevo como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen cláusulas multidivisa y que, en consecuencia, se declare que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo



de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe de 148.719,87 euros la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue 148.719,87 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses, la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula Tercera b.2) para el euro (EURIBOS + 0,75 puntos). Todo ello con la consecuencia obligada de condena a Caixabank SA 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 declare la nulidad de pleno derecho del clausulado multidivisa del préstamo suscrito por Don [REDACTED], con número de protocolo [REDACTED], por falta de claridad y transparencia, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen cláusulas multidivisas y que en consecuencia se declare que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de 148.719,87 euros la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de 148.719,87 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula Tercera b.2) para el euro (EURIBOS + 0,75 puntos). Todo ello con la consecuencia obligada de condena a Caixabank SA 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 estimaren los pedimentos anteriores, se declare la resolución parcial por incumplimiento por parte de Caixabank SA de sus obligaciones legales y contractuales de diligencia, lealtad e información, siendo en consecuencia, responsable de los daños y perjuicios ocasionados a Don [REDACTED] consistentes en la pérdida sufrida por la aplicación del mecanismo multidivisa, que se cifra 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 al actor, más el interés legal que se devenga de cada una de las cuotas, debiendo, por tanto, declararse que la cantidad adeudad por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de 148.719,87 euros la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de 148.719,87 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-b) para el euro (EURIBOS + 0,75). Todo ello con la consecuencia obligada de condena a Caixabank SA 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 cualquier de los pedimentos anteriormente indicados, se imponga expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de fecha 23 de febrero de 2017, se emplazó a la demandada, quien dejó precluir el trámite de contestación a la demanda; motivo por el cual, mediante Diligencia de Ordenación de fecha 2 de junio de 2017, fue declarada en situación de rebeldía procesal.

TERCERO.- Celebrada la Audiencia Previa el día 9 de octubre de 2017, a las 13:00 horas, tras manifestar las partes no haber alcanzado un acuerdo, se concedió la palabra a las mismas a fin de que invocaran lo que a su respectivo derecho conviniere acerca de hechos nuevos, pretensiones o alegaciones complementarias, impugnación de documentos, y fijación de hechos admitidos y controvertidos, sin que fuera posible alcanzar una conciliación en dicho acto.

La parte actora propuso, como medios de prueba, documental, testifical y pericial; mientras que la demandada interesó el interrogatorio de parte y la testifical. Tras la oportuna declaración sobre la pertinencia de la prueba propuesta, se señaló, como fecha de juicio, el día 25 de enero de 2018, a las 12:00 horas.

CUARTO.- Llegado que fue el día del juicio, se practicaron las pruebas propuestas y admitidas. En dicho acto, las partes formularon oralmente sus conclusiones; declarándose, a continuación, las actuaciones conclusas y vistas para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Un examen de la presente *litis* evidencia que la parte actora está ejercitando, como pretensión principal, una acción de nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con la entidad demandada, Caixabank SA, en fecha 31 de octubre de 2006, fundamentando dicha acción, sucintamente, en el hecho de que los demandantes, con estudios básicos y sin ningún tipo de conocimientos financieros o bancarios, pues mientras que Don [REDACTED] ha trabajado como instalador de chimeneas y actualmente es policía municipal, y Doña [REDACTED] es auxiliar administrativa, acudieron a las oficinas de Caixabank con la intención de adquirir un préstamo hipotecario para la financiación de su vivienda habitual; siendo así que el director de la sucursal, Don [REDACTED], les aconsejó en la concertación de un préstamo hipotecario multidivisa debido a la baja cuota hipotecaria que, según les dijo, pagarían. Sin embargo, sostienen los demandantes, no les explicó las condiciones particulares del préstamo ni la evolución o previsión del Libor, ni cómo funcionaba el pago de las cuotas trimestrales, ni el efecto que el tipo de cambio podría tener en la cuota trimestral o en el capital pendiente de amortizar, ni las diferencias entre tipo de cambio comprador-vendedor, ni las diferentes divisas por las que podrían optar, ni la evolución o previsión de la divisa referencia, ni los riesgos que asumían, en particular, que tendrían que pagar más si el tipo de cambio fuese desfavorable. Por tanto, partiendo de la condición de consumidores de los actores, y del carácter de condición general de la contratación que ha de otorgarse a la cláusula cuya nulidad se insta, ese incumplimiento por la parte demandada de su deber de información legalmente impuesto así como de la normativa sobre transparencia bancaria han generado en los mismos un claro error en el consentimiento prestado, al desconocer y no comprender el correcto funcionamiento del producto suscrito. Por todo ello, interesa que se declare la nulidad de la mentada cláusula multidivisa, y, en su consecuencia, la declaración, en primer lugar, de que el préstamo quede referenciado en euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen cláusulas multidivisa; y, en segundo término, de que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros.



resultante de disminuir al importe prestado de 148.719,87 euros la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, y entendiendo que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de interés el establecido en la escritura para el euro, esto es, EURIBOS + 0,75. Subsidiariamente, atendiendo a la misma falta de información antes mencionada, solicita la parte actora que se declare bien la nulidad de pleno derecho del claúulado multidivisa por falta de claridad y transparencia; bien la resolución parcial por incumplimiento por parte de la entidad bancaria demandada de sus obligaciones legales y contractuales de diligencia, lealtad e información, y consiguiente responsabilidad por daños y perjuicios conforme al informe pericial aportado por dicha parte; y, en todos los casos, con las mismas consecuencias modificatorias del préstamo hipotecario a euros.

Frente a dichas pretensiones nada ha opuesto la entidad bancaria demandada, habida cuenta la situación de rebeldía procesal en que fue declarada la misma al dejar precluir el trámite de contestación a la demanda sin haberlo verificado.

SEGUNDO.- Planteada la controversia en los términos expresados, entiende esta Juzgadora que lo primero que habrá de analizarse es la posible caducidad de la acción ejercitada, apuntada por la parte demandada en trance de conclusiones en el acto del plenario, ya que, a nadie se le escapa, la estimación de dicha excepción, apreciable de oficio por el tribunal, implicará, per se, la inicial y directa desestimación de la demanda. A tal efecto, ha de comenzar señalándose que ejercitada por la parte actora, como pretensión principal, una acción de nulidad parcial por error en el consentimiento prestado, tal y como se infiere de la propia demanda, dicha acción estaría sometida al plazo de caducidad, que no de prescripción, entiende esta Juzgadora, (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004 ó de 3 de marzo de 2006), que contempla el artículo 1301 del Código Civil, conforme al cual “La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: (...) En los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato”. Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 2006 que la ambigüedad terminológica del artículo 1301 del Código Civil, al referirse a la “acción de nulidad”, ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir lo que son los supuestos de nulidad radical o absoluta y lo que constituyen supuestos de anulabilidad; añadiendo que el plazo fijado en el precepto para el ejercicio de la acción de nulidad es aplicable a las ejercitadas para solicitar la declaración de nulidad de los contratos y, por extensión, de los demás negocios jurídicos que adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley, siempre que en ellos, según se desprende del artículo 1300 del Código Civil, al cual se remite implícitamente el artículo 1301, concurren los requisitos que expresa el artículo 1261, es decir, consentimiento, objeto y causa, sin los cuales no hay contrato. Es decir, cuando no concurren los requisitos establecidos en el artículo 1261, se está en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho, equivalente a la inexistencia, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno, en la retroacción al momento del nacimiento del acto de los efectos de la declaración de nulidad, y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o de prescripción para su ejercicio. Por otra parte, como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2000, el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en los que concurren los requisitos del artículo 1261. En casos como el que ahora nos ocupa, esto es, dolo o error, dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003 ó de 12 de enero de 2015, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato; y en orden a



determinar cuándo se produce la consumación, hay que tener en cuenta, que este momento de la consumación no puede confundirse con la perfección del contrato, ya que el mismo sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de las partes. Así, la mencitada Sentencia de 12 de enero de 2015 dice que “al interpretar hoy el artículo 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a “la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, tal como establece el artículo 3 del Código Civil. La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la “consumación del contrato” como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el artículo 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la “actio nata”, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (artículo 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitárla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello en relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo”.

TERCERO.- Aplicando la mencionada doctrina al presente caso, esta Juzgadora debe comenzar señalando, como ya se ha apuntado en el anterior fundamento de derecho, que, atendiendo a la acción planteada por la parte demandante, no nos encontramos ante un caso de inexistencia del contrato o de nulidad absoluta por falta de un elemento esencial para su perfección de los que se enumeran en el artículo 1261 del Código Civil, sino ante un supuesto de nulidad relativa o anulabilidad por la existencia de todos los elementos, aun cuando alguno de ellos, en este caso, el consentimiento, estuviese viciado por error que origina su invalidez al amparo de los artículo 1265 y 1266 del mismo Código Civil. Por ello, a diferencia de los casos de inexistencia de los requisitos que menciona el aludido artículo 1261, es necesaria, para que produzca el pretendido efecto invalidante, la denuncia previa a través del ejercicio de la oportuna acción dentro del plazo de cuatro años, plazo que, de acuerdo con lo anteriormente expresado, debe contarse desde la consumación del contrato. Ahora bien, la cuestión controvertida se centra en determinar qué debe entenderse por consumación del contrato. Esta Juzgadora considera que mientras la perfección del contrato se produce por el concurso de voluntades, esto es, el consentimiento, sobre la cosa y la causa que han de constituir aquél (artículos 1254, 1258 y 1262 del Código Civil), la consumación

sólo tiene lugar cuando el contrato, sobre todo si es de trato sucesivo, se ha cumplido en su totalidad por las partes, esto es, cuando se han agotado sus efectos, puesto que, admitir lo contrario supondría impedir ejercitar la acción de anulación cuando el vicio del consentimiento se descubre con posterioridad a la perfección y transcurrido ya el plazo de caducidad, por descansar en el engaño y la ocultación de la verdadera naturaleza y efectos del negocio; amén de que se favorecería al que, con una conducta engañosa, mueve y determina la voluntad de otro para la celebración de un contrato que, de no haber concurrido, no hubiera concertado.

Siendo ello así, examinada la escritura, objeto de autos, aportada como documento número 8 de la demanda, puede advertirse cómo el contrato de préstamo se formalizó el día 31 de octubre de 2006, estableciéndose un plazo de amortización de veinte años contados a partir de la fecha de dicha escritura (estipulación segunda), esto es, hasta el 27 de octubre de 2026. Por tanto, en una interpretación extensiva a favor de la acción no sería hasta esta fecha en que se iniciaría el cómputo, puesto que la cuota de amortización es variable en función del tipo de interés y del tipo de cambio de la divisa con respecto al euro, sin que las operaciones correspondientes para el cálculo de la amortización trimestral dejen de aplicarse hasta la finalización del contrato; por lo que los actores no podían ni aún pueden conocer la fluctuación. En una interpretación restrictiva, el dies a quo estaría en el momento en que los actores, como prestatarios, tuvieron conciencia de las consecuencias derivadas de la formalización del préstamo en divisa, lo que necesariamente se vincula con el transcurso del tiempo, el gravamen derivado del cambio de la moneda pactada y la advertencia de que el capital prestado se acomodaba a dicho cambio con un claro perjuicio inicialmente no deseado; cuestiones todas ellas que, dada la ausencia de prueba específica que lleve a determinar claramente cuándo los actores han tenido ese concreto conocimiento, llevan a esta Juzgadora a considerar que la acción no puede entenderse caducada, pues no es dable imponer a los mismos la carga de acreditar cuándo fueron conscientes del error sufrido.

CUARTO.- Rechazada la caducidad de la acción en los términos expuestos en el anterior fundamento de derecho, debe entrarse, ahora, en el análisis de la acción principal ejercitada por la parte actora, esto es, la pretensión de anulabilidad del clausulado multidivisa. Para dar respuesta a esta cuestión, lo primero que habrá de definirse es la naturaleza y características de lo contratado por los actores, pues sólo entendiendo qué es lo que éstos suscribieron puede entrarse a valorar si el inicial consentimiento prestado por los mismos debería considerarse o no viciado.

Examinando el contrato de préstamo, aportado como documento número 8 de la demanda, puede advertirse cómo nos encontramos ante un contrato de préstamo en divisa con garantía hipotecaria. Este tipo de contratos ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia comunitaria, exponiendo en relación con los mismos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2015, directamente vinculante y aplicable, dada la supremacía de la norma comunitaria, lo siguiente: "El artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito



en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad”, toda vez que como se señala en los apartados: “53.- En el presente asunto, se plantea la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus reembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de “servicios o de actividades de inversión” en el sentido del artículo, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39; 55.- Pues bien, debe señalarse que, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A; 56.- En efecto, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la nacional (moneda de pago); 57.- Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa; 67.- Pues bien, las operaciones de cambio controvertidas en el litigio principal no están vinculadas a un servicio de inversión, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39, sino a una operación que no constituye en sí misma un instrumento financiero, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 17, de esta Directiva; 72.- Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisoluble de ejecución de éste y 75.- De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39”.

Por tanto, de acuerdo con esta doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, máximo órgano judicial europeo que, entre otras funciones, tiene la de fijar la doctrina a seguir en materia de consumidores y usuarios, vinculante para los Tribunales de los Estados Miembros, sea cual sea su rango, y de aplicación preferente, ha de concluirse que la hipoteca multidivisa no es un producto de inversión. Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que en el Anexo de la Consulta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores relativa a un sistema de clasificación de instrumentos financieros e identificación de productos especialmente complejos de fecha 8 de septiembre de 2014 la hipoteca multidivisa no figura



como un producto financiero complejo; así como la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de 2012, en cuyo apartado 6.1.11, en relación con las hipotecas multidivisas, exponía, en su último párrafo: "Normativa MiFID y del Mercado de Valores: Respecto de estas cuestiones, el Servicio no podía valorar el producto contratado bajo la óptica del estricto cumplimiento de los requisitos impuestos por la normativa MiFID y por la normativa del Mercado de Valores, aplicables solo a la contratación de productos de inversión por parte de los clientes de las entidades financieras, ya que el préstamo multidivisa no puede incardinarse en dicha categoría".

Asumiendo, como no podía ser de otra manera, el Tribunal Supremo dicha doctrina jurisprudencial comunitaria, el mismo ha acabado reconociendo en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017 que "la sentencia del pleno de esta sala 323/2015, de 30 de junio, declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente "hipoteca multidivisa"), es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Esta ley, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, traspone la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID). La posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank , asunto C-312/14, declaró, por el contrario, que el artículo 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que "no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad". Los argumentos que sirvieron de fundamento a esta decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fueron, sucintamente, que en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A de la Directiva MiFID (apartado 55). Estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago) (apartado 56). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (apartado 57). Tampoco estarían comprendidas en el concepto de "negociación por cuenta propia" al que se refiere la sección A, punto 3, del anexo I de la Directiva MiFID (apartado 58) ni forman parte de la categoría de "servicios auxiliares" del anexo I, sección B, de la Directiva MiFID (apartado 62), pues esto solo sucedería si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación (apartado 63) y tales operaciones de cambio no



están vinculadas a un servicio de inversión (apartado 67), ni se refieren a uno de los instrumentos financieros del anexo I, sección C, de dicha Directiva (apartado 68). Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71). Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L, asunto C-604/2011 (apartado 73). Por último, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad (apartado 74)". Por tanto, concluye el Tribunal Supremo, "los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (artículo 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio , del pleno de esta sala, y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores".

QUINTO.- Definida la naturaleza del producto contratado, con arreglo a lo que se acaba de exponer, y atendiendo a la acción ejercitada por la parte actora, debe señalarse que si bien incumbe a ésta la carga de acreditar el error en el consentimiento prestado, base de dicha acción, corresponde en todo caso a la entidad financiera demandada acreditar que dio al prestatario una información clara, comprensible, adecuada y previa a la contratación del préstamo hipotecario con la opción multidivisa en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado. Siendo tal principio general una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, 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 (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014). En ese mismo sentido, la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España mencionada en el anterior fundamento, ha señalado que "como profesionales que son las entidades en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, les es exigible que faciliten una información financiera completa y comprensible de los productos que estos contratan", pues, "en cumplimiento de los principios de transparencia y claridad que deben presidir las relaciones



de las entidades con sus clientes, estos deben estar en condiciones de conocer con suficiente antelación las condiciones a las que se van a obligar antes de formalizar los correspondientes contratos, criterio que, para eliminar posibles problemas derivados de una negociación verbal, contempla la propia normativa de transparencia al exigir que se incorporen todas las condiciones financieras esenciales de la financiación ofrecida en las ofertas vinculantes que las entidades deben entregar a los solicitantes (particulares) de préstamos hipotecarios de cuantía igual o inferior a 150.253,03 euros, y que este Servicio hace extensivo, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, a todos los préstamos hipotecarios de tales características, cualesquiera que sean su importe y la forma cómo se facilite esa información". Siguiendo esta línea argumental, la Sentencia del Tribunal de 10 de julio de 2015 vino a señalar que tanto antes como después de la introducción en la legislación española de la Directiva MiFID y la modificación de la Ley de Mercado de Valores, las entidades de crédito que prestan servicios de inversión debían y deben informar al cliente, especialmente al cliente minorista y con más énfasis cuando se trata de productos complejos y de riesgo, de todas las particularidades de la inversión y de sus riesgos, para que el cliente, con perfecto conocimiento, pueda manifestar su consentimiento, pues solo desde la perfecta información se habrá podido lograr la eficaz formación del consentimiento eficaz e irrevocable. En este mismo sentido, la Sentencia del mismo Tribunal de 7 de julio de 2015 ha añadido que "estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza". Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 también ha declarado que "las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria. Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Así lo entendió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso Banif Plus Bank".

SEXTO.- Partiendo de lo mencionado, esta Juzgadora debe referirse, en primer término, al control de transparencia, esto es, si la entidad demandada proporcionó a la prestataria una información clara, comprensible y adecuada, previa a la contratación, de la hipoteca multidivisa. A tal efecto, es importante conocer la doctrina jurisprudencial sobre el deber de transparencia en la contratación bancaria, recogida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, en la que se dice lo siguiente: "La doctrina emanada de las sentencias del Pleno de esta Sala 1^a números 241/2013, de 9 de mayo; 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; y 139/2015, de 25 de marzo; y de la Sentencia 222/2015, de 29 de abril; ha tratado el control de transparencia en materia de



cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria (“cláusulas suelo”). Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las número 834/2009, de 22 de diciembre; 375/2010, de 17 de junio; 401/2010, de 1 de julio; y 842/2011, de 25 de noviembre; y se perfila con mayor claridad en las número 406/2012, de 18 de junio; 827/2012, de 15 de enero de 2013; 820/2012, de 17 de enero de 2013; 822/2012, de 18 de enero de 2013; 221/2013, de 11 de abril; 638/2013, de 18 de noviembre; y 333/2014, de 30 de junio.

El artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. La sentencia número 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia número 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las “contraprestaciones”, que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C- 26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia número 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Como recordamos en la sentencia número 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, “conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predisposta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”. Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, “la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada



permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

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

El artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticiamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Las citadas sentencias de esta Sala han basado dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia “documental” verificable en el control de inclusión (artículos 5.5 y 7 LCGC), en los artículos 80.1 y 82.1 TRLGC, interpretados conforme al artículo 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE; y hemos citado a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer “de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste”.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que “la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical” (párrafo 71), que “esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva” (párrafo 72), que “del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras



cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo” (párrafo 73), y concluir en el fallo que “el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”. Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara: “de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerne Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73)”.

Este deber de información y transparencia parece, también, impuesto por nuestro ordenamiento jurídico. Así, 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, dispone que los contratos entre las entidades de crédito y la clientela se formalizarán por escrito debiendo: (a) 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; (b) imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito; (c) 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; (d) 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. Por su parte, la 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, 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. Finalmente, la 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.

Es decir, 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; siendo así que la información precontractual proporcionada debe advertir de modo claro y comprensible de toda la carga económica del contrato y de cualesquiera elementos que puedan afectar a la misma durante toda la vida del mismo en cuanto puedan suponer prestaciones a cargo del consumidor.

SÉPTIMO.- Aplicando lo mencionado al caso que nos ocupa, la parte demandada, correspondiéndole a ella la prueba, ex artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ha logrado acreditar el debido cumplimiento de su deber de información. Así, por lo que a la información precontractual se refiere, del interrogatorio de la parte actora no puede deducirse que la entidad demandada hubiere proporcionado a los mismos ningún tipo de información. Así de lo declarado por Don [REDACTED] se infiere que el mismo, policía municipal de profesión, tuvo conocimiento de este tipo de contrato a través de sus compañeros de trabajo; por lo que acudió a la entidad de Caixabank, ya que era la que tenía más cerca de su trabajo, y preguntó acerca del producto; siendo así que el empleado de la sucursal le comentó que sí lo comercializaba y que era un tipo de producto más ventajoso porque por el tipo de interés pagaría menos, motivo por el cual decidió contratarlo. Pero, de esa declaración se deduce que lo único de lo que le informaron fue que la hipoteca se hacía en francos pero que él la pagaría en euros, pero sin participarle de la posibilidad de contratar en otras divisas que no fueran francos, ni del tipo de cambio, ni de los riesgos que asumía, ni que podría llegar a deber más al banco por el cambio de divisa. En igual sentido, Doña [REDACTED] no sólo vino a expresar que lo único que sabía del producto es lo que le contó su marido, deduciéndose, a sensu contrario, que la entidad financiera nada la informó directamente a ella, no obstante figurar como prestataria en el contrato, sino que también señaló que lo único que sabía era que se trataba de una hipoteca más beneficiosa, exactamente igual que la que tenían pero pagando menos intereses; añadiendo, tajantemente, en su declaración, que ella pensaba que era exactamente igual que la hipoteca que tenían hasta ahora. Frente a dicha declaración de los demandantes, se ha practicado en el plenario, a instancias de ambas partes, la declaración testifical de Don [REDACTED] director de la sucursal de la entidad bancaria en el momento de la contratación, objeto de autos, y que fue la persona que llevó a cabo la misma, quien tras manifestar que se informaba a los clientes de las características y riesgos del producto, también se avino en reconocer que no recordaba lo que sucedió en el caso concreto, así como tampoco si se facilitó o no documentación previa a la suscripción, en concreto alguna oferta vinculante o el folleto informativo, derivada de lo dispuesto en la Orden de 5 de mayo de 1994. En relación con esta entrega de documentación previa, no sólo Don [REDACTED] negó que se diligenciara al mismo cualquier tipo de documentación con carácter previo a la firma, sino que tampoco consta ningún tipo de información documental previa aportada por la parte demandada a la causa.

Todo ese resultado probatorio lleva a esta Juzgadora a declarar la ausencia de



negociación previa entre las partes. A tal efecto, ha dicho el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017 que “que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo, el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento “divisa extranjera” que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento “divisa extranjera” en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato”.

Por otra parte, en cuanto a la información coetánea a la celebración del contrato, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, vigente en el momento del otorgamiento de la escritura, disponía, en su artículo 7, bajo la rúbrica de “Acto de otorgamiento”, apartado tercero, 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: 1.º 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; 2.º En el caso de préstamo a tipo de interés variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de esta Orden. b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores. Y c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes; 3.º En el caso de préstamos a tipo de interés fijo, comprobar que el coste efectivo de la operación que, calculado conforme a las reglas establecidas por el Banco de España, se hace constar a efectos informativos en el documento se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo; 4.º En el caso de que esté prevista alguna cantidad a satisfacer por el prestatario al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo, o que dichas facultades del prestatario se limiten de otro modo o no se mencionen expresamente, consignar expresamente en la escritura dicha circunstancia, y advertir de ello al prestatario; 5.º En el caso de que el préstamo esté denominado en divisas advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio; y 6.º Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras”.

Partiendo de lo expuesto, no sólo resulta del interrogatorio del Sr. [REDACTED] que al cliente se le entregaba una copia de la escritura en el momento mismo de la firma, y no antes, sino que, en este caso, el Notario autorizante de la escritura, objeto de autos, hace constar lo siguiente: “Leída por mí, el Notario, esta escritura a los comparecientes,

íntegramente y por su opción, una vez advertidas del derecho que les asiste de leerla por sí mismos del que les instruyo, la encuentran conforme, se ratifican y firman, conmigo el Notario". Sin embargo, no se ha acreditado que dicho Notario autorizante advirtiera a la actora, en ese momento, sobre los entresijos del préstamo otorgado, y, particularmente, de los riesgos de fluctuación del tipo de cambio; deduciéndose de lo depuesto por Don [REDACTED] que el notario se limitó a su lectura. Ello, además, no queda superado por el hecho de que ese mismo Notario hiciera constar expresamente en la escritura que "el consentimiento ha sido libremente prestado por los otorgantes, y que el otorgamiento de la presente escritura se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los mismos", pues, como dice la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017, 8 de junio de 2017 y 15 de noviembre de 2017), ello "no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional".

Finalmente, por lo que a la información proporcionada con posterioridad a la formalización del contrato se refiere, la escritura de préstamo prevé (apartado 2 de la cláusula Primera Bis) que "siempre que préstamo se encuentre al corriente de pago, la parte prestataria podrá convertir el capital que vence a cualquiera de las divisas admitidas a cotización en el Euromercado, incluido el euro, distinta de aquélla en que estaba cifrado hasta el momento"; posibilidad que, según se infiere de lo actuado, no ha sido ejercitada por la actora. Ahora bien, de la prueba practicada no resulta acreditado que dicha entidad, conforme a los deberes de lealtad y transparencia anteriormente apuntados, hubiere comunicado en momento alguno la conveniencia del cambio de la moneda. Antes al contrario, a pesar de que el Sr. [REDACTED] depuso que el subdirector de la oficina hablaba mensualmente con los actores, sin embargo, del interrogatorio de los demandantes resulta que nadie de la entidad se puso en contacto con ellos. Desafortunadamente, no se ha interesado la declaración de dicho subdirector que es quien podría haber arrojado luz sobre esta controversia. Además, como dice el Tribunal Supremo en la reiterada Sentencia de 15 de noviembre de 2017, "solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato. Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el "pico" de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos "picos" de cotización" (...) "Por tanto, la posibilidad de cambio de divisa, aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de



previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida, ni dispensa al predisponente de sus obligaciones de transparencia en la información precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario.

Para que pueda tener alguna eficacia, el banco debe informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusula y ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato"; lo que no ha acontecido en este caso, ya que a lo declarado por los actores en relación con la falta de información acerca del cambio de divisas, se une lo depuesto por el Sr. [REDACTED] quien, después de afirmar que se hizo una simulación a los actores del cambio de divisas, sin embargo no pudo especificar cómo se verificó dicha simulación, pues depuso no recordar cómo se hizo ni si se confeccionó en una o varias divisas; amén de que la entidad demandada nada ha aportado al plenario, más allá de esas imprecisas declaraciones de su anterior empleado, que permite entender no sólo que la mentada simulación de cambio de divisas se hizo, sino que la misma fue comprendida por los actores.

En consecuencia, asumiendo la falta de información y, por ende, la ausencia de negociación individual y la prerradicación de las cláusulas por la entidad demandada, en los términos anteriormente expuestos, esa falta de información por parte de esa entidad, tanto antes como durante la vida del contrato que ahora nos ocupa, lleva a entender quebrantado el control de transparencia que se impone a este tipo de condiciones generales, como parámetro abstracto de la validez de las cláusulas predispuestas cuando se refieren a elementos esenciales del contrato, como ocurre en este caso, ya que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, las cláusulas que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato, esto es, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato. Y ello porque, como dice esa misma Sentencia, este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo. Por tanto, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas. A tal efecto, dice la mentada Sentencia del Tribunal Supremo, "que la normativa MiFID no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos.

En nuestra sentencia 323/2015, de 30 de junio, hemos explicado por qué los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés

variable solicitados en euros. Dijimos en esa sentencia: “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 tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas “hipotecas multidivisa” se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos”.

También declaramos en esa sentencia, como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, que la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en su considerando cuarto, hace referencia a los problemas existentes “en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado” y que “algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban”. El considerando trigésimo de la Directiva añade que “debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito [...]. La obligación de transparencia en la contratación de estos préstamos es preexistente a la entrada en vigor de esta Directiva puesto que deriva de la regulación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. La novedad que en esta materia supone la Directiva 2014/17/UE consiste en establecer una regulación detallada de la información a facilitar y en protocolizar la documentación en la que tal información ha de prestarse así como la forma concreta en la que debe suministrarse.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de



la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51, y de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslemné Rábai, asunto C-26/13, párrafo 70. También lo hace la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del caso Andriciuc, cuyo apartado 48 declara: "Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (Sentencias de 21 de marzo de 2013 , RWE Vertrieb, C 92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980 , apartado 50)". Esta sentencia precisa cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas: "En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1). Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras".

OCTAVO.- Atendiendo a la vinculación realizada por la parte actora entre el error invalidante de su consentimiento y el incumplimiento por la demandada de su deber de información, incumplimiento que se estima presente en este caso, tal y como se ha señalado anteriormente, es importante tener en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo que se contiene en las Sentencias de 21 de noviembre de 2012, 29 de octubre de 2013, 20 de enero de 2014, ó 30 de junio de 2015. Así establece dicha doctrina jurisprudencial que "por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda 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". Es decir, con

independencia del cumplimiento de los deberes de información que incumbe a la entidad comercializadora del producto, para declarar la nulidad del contrato es necesario que la ausencia de información por parte de la entidad bancaria haya provocado error en el consentimiento emitido. Sobre este particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 dispone que “la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad bancaria estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente”.

Siendo ello así, y por lo que al error vicio se refiere, partiendo de la máxima “errantis nulla ese voluntas”, el artículo 1266 del Código Civil dispone que “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2006, “el error será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, u precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece, o no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, siendo así que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración”. En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2006 declaró que “Ante todo hay que decir que para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (Sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994, que se citan en la de 12 de julio de 2002, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005)”.

En definitiva, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016, “para que el error resulte invalidante del consentimiento, deben concurrir los siguientes requisitos: a.- Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieren dado lugar a su



celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad. b.- Que el error no sea imputable a quien lo padece. c.- Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía con el negocio jurídico concertado; y d.- Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia medio o regular. Según recordábamos en la Sentencia 689/2015, de 16 de diciembre, que compendia la reciente jurisprudencia en la materia: "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias (...). Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias –pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de un solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y se elevaron a la categoría de causa concreta de aquél, el error sobre ello resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses. Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

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

En el presente caso, a la vista de lo actuado en el plenario, y siguiendo la doctrina jurisprudencial aludida, esta Juzgadora debe declarar que el consentimiento de los actores, en el momento de la suscripción del contrato, objeto de autos, se hallaba viciado por dolo por omisión de la parte demandada de su deber de información, que generó en aquéllos la prestación de un consentimiento erróneo, lo que, en su consecuencia, lleva a declarar la anulabilidad del contrato suscrito. Así, como se deduce del propio interrogatorio de los actores en el acto del juicio, y no ha resultado contradicho, los mismos carecen de conocimientos financieros, y no disponen ni han dispuesto de ningún producto complejo o de inversión. Sobre este particular, consta en la causa un informe pericial aportado como documento número 14 de la demanda, en el que, en relación con el perfil de aquéllos, se consigna que "aparte de no tener conocimientos financieros, no tenían ningún tipo de relación con los mercados ni habían ocupado cargo profesional alguno en el sector financiero

donde hubieran podido adquirir conocimientos necesarios como para comprender el alcance y complejidad del producto y que implicaba conocer tanto la operatividad de los tipos de interés de otros países y monedas como las variaciones de los mercados de divisas. Concretamente, ambos tenían únicamente estudios de Educación General Básica y Dña.

[REDACTED] desarrollaba su labor profesional como auxiliar administrativa y, por su parte, D. [REDACTED] es Policía Municipal y accedieron al préstamo en divisas de La Caixa por su condición de pertenencia al colectivo de Policias". En igual sentido, la perito firmante de dicho informe, Dofia Nuria María García Pascual, aclaró en el plenario que su formación y situación laboral no tenía nada que ver con este tipo de productos financieros, y que no habían contratado ningún producto de riesgo.

Del mismo modo, como expuso Doña [REDACTED] y Don [REDACTED], la contratación del préstamo se verificó por los mismos en la creencia de que estaban concertando un préstamo hipotecario como el que ya tenían, pero con la diferencia de que el interés sería menor; siendo conocedores, únicamente, pues así se lo informaron, de que la divisa podía subir o bajar un poco en función del tipo de interés o del cambio de la divisa, pero si hubiesen conocido las consecuencias del préstamo suscrito, no lo hubiera contratado; consecuencias y riesgos de los que, según se ha expresado, no sólo no se informó a aquéllos sino que ni siquiera pueden deducirse fácilmente del entramado contractual pactado y plasmado en la escritura en la que, incluso, en su encabezamiento se omite la denominación de préstamo en divisas, limitándose a consignar "Escritura de préstamo con garantía hipotecaria, otorgada por "La Caixa" a favor de Don [REDACTED] y Dofia [REDACTED]

[REDACTED]" (documento 8 de la demanda); lo que viene a reforzar la argumentación esgrimida por aquéllos relativa a su convencimiento de que estaban suscribiendo un préstamo hipotecario igual al préstamo hipotecario corriente que ya tenían y que, además, según se deduce del interrogatorio, cancelaron para concertar el que ahora nos ocupa.

Por todo ello, juntamente con lo expresado en anteriores fundamentos de derecho de esta misma Sentencia, debe estimarse la acción principal ejercitada por la parte actora, declarándose la anulabilidad o nulidad parcial del contrato, objeto de autos, concretada en la nulidad del cláusulado multidivisa contenido en el mismo, eliminando las referencias a la denominación en divisas del préstamo, el cual, por lo mismo, debe quedar configurado como un préstamo concedido y amortizado en euros. A tal efecto, ha dicho el Tribunal Supremo (Sentencia de 15 de noviembre de 2017), que "la nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar (...) (Sentencia del Tribunal JUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslemné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84). Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente". Por tanto, es admisible "la sustitución de la cláusula por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los artículos 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias. No existe problema alguno de



Madrid

separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo. Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslemné Rábai, asunto C-26/13), apartados 76 a 85”.

NOVENO.- En cuanto a las consecuencias de la nulidad que se acaba de declarar, debe señalarse que, de conformidad con el artículo 1303 del Código Civil, cuando se declara la nulidad de un negocio jurídico, “los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”. En relación con lo preceptuado por este artículo, resulta interesante lo explicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, particularmente contenida en las Sentencias de 6 de julio de 2005, por remisión a la anterior de 11 de febrero de 2003, y la de 15 de abril de 2009, estableciendo que dicho precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (Sentencias de 22 de septiembre de 1989, 30 de diciembre de 1996, 26 de julio de 2000), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (Sentencias de 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 30 de diciembre de 1996 -llegar hasta donde se enriqueció una parte y hasta donde efectivamente se empobreció la otra-), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anulabilidad o nulidad relativa, (Sentencias de 18 de enero de 1904, 29 de octubre de 1956, 7 de enero de 1964, 22 de septiembre de 1989, 24 de febrero de 1992, 28 de septiembre y 30 de diciembre de 1996), y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (Sentencias de 10 de junio de 1952, 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992, 6 de octubre de 1994, 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 19889, 28 de septiembre de 1996, 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973).

Este artículo 1303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (Sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (Sentencia de 18 de febrero de 1994, 12 de noviembre de 1996, 23 de junio de 1997); norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2009). A los efectos que aquí interesan, dispone la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2000 que “el precepto anterior puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas de carácter complementario, o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (artículos 1101 y siguientes del Código Civil) y los relativos a la liquidación del estado posesorio, (artículos 452 y siguientes), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto”.

En consecuencia, partiendo de dicha regulación legal y atendiendo a la nulidad parcial en los términos anteriormente declarados, debe condenarse a la entidad demandada al recálculo del préstamo desde la fecha de suscripción del mismo, tomando como capital la

cantidad de 148.719,87 euros fijada en la escritura de préstamo (cláusula financiera primera) y el resto de condiciones financieras del contrato no declaradas nulas como si se tratase de un préstamo en euros; de tal forma que la cantidad adeudada sea el salvo vivo del préstamo referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado, 148.719,87 euros, la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses, también convertidos a euros, entendiendo que el préstamo lo fue de 148.719,87 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés el fijado en la escritura, EURIBOR, al que se deberá adicionar el margen referencial pactado de 0,75 puntos porcentuales (Cláusula financiera tercera bis). Del mismo modo, y con la finalidad de proceder conforme previene la anterior regulación legal, debe declararse la devolución de las cantidades percibidas en exceso por la entidad demandada como consecuencia de la declaración de nulidad del clausulado multidivisas, y así como de los gastos y comisiones de cambio que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento; estimando, de esta manera, como se ha dicho, la acción principal ejercitada por la parte actora en su demanda, sin necesidad de entrar analizar, precisamente, por su planteamiento subsidiario respecto de ésta que se estima, el resto de pretensiones formuladas en la misma.

DÉCIMO.- De conformidad con la teoría del vencimiento objetivo, que rige en materia de costas procesales, tal y como prevé el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse estimado la demanda planteada por la parte actora, procede imponer a la parte demandada las costas causadas en este procedimiento.

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

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda formulada por el Procurador Don Ángel Francisco Codosero Rodríguez, en nombre y representación de DON [REDACTED] y DOÑA [REDACTED], frente a CAIXABANK SA, representada por el Procurador Don Miguel Angel Monterio Reiter; y, en su consecuencia, debo declarar y declaro la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 31 de octubre de 2006 ante el Notario de Madrid Don [REDACTED], con número de protocolo [REDACTED], en todos los contenidos relativos al clausulado multidivisa, dejando subsistente el préstamo hipotecario en el resto de sus extremos. Y, como consecuencia de dicha declaración de nulidad, debo condenar y condeno a la entidad demandada:

1.- A recalcular el préstamo desde la fecha de suscripción del mismo, tomando como capital la cantidad de CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS DIECINUEVE EUROS CON OCHENTA Y SIETE CÉNTIMOS (148.719,87 euros), fijada en la escritura de préstamo, y el resto de las condiciones financieras del contrato no declaradas nulas como si se tratase de un préstamo en euros.

2.- A que la cantidad adeudada sea el saldo vivo del préstamo referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (148.719,87 euros) la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses, también convertidos a euros.

3.- A que las amortizaciones de dicho préstamo deban realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés el referenciado al EURIBOR, al que deberá adicionarse el margen o diferencial de 0,75 puntos porcentuales, conforme a lo dispuesto en la escritura de préstamo para la fijación del tipo de interés anual aplicable a las liquidaciones.

4.- A la devolución de las cantidades percibidas en exceso como consecuencia de la declaración de nulidad del clausulado multidivisa, y de aquellos gastos y comisiones de cambio que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

Todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales devengadas en la presente causa.

De conformidad con lo establecido por los artículos 455, 458 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra la presente resolución cabe **Recurso de Apelación** ante la Ilustrísima Audiencia Provincial, que se interpondrá mediante escrito presentado en este Juzgado por el plazo de **veinte días** contados desde el día siguiente a la notificación, con expresión de los pronunciamientos impugnados.

Así por ésta, mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por la misma Magistrada-Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada 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

Administración de Justicia.



Madrid