

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 39 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 5 - 28020

Tfno: 914932822

Fax: 914932824

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0039486

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 231/2017

Materia: Obligaciones

Demandante: Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D. ANGEL FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ

Demandado: CAIXABANK SA

PROCURADOR D. JAVIER SEGURA ZARIQUIEY

SENTENCIA Nº 114/2018

En Madrid, a tres de mayo de dos mil dieciocho.

Vistos por Dª. Lucía Legido Gil, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario nº 231/2017, seguidos a instancia de Dª. [REDACTED] representada por el Procurador D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez y asistida por el Letrado D. Carlos Núñez García, frente a la mercantil CAIXABANK, S.A., que intervino en los autos representada por el Procurador D. Javier Segura Zariquiey y asistida por el Letrado D. Ignacio Benejam Peretó, sobre nulidad contractual.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 8 de marzo de 2017 se presentó en estos Juzgados demanda de juicio ordinario por el Procurador D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez, en la representación arriba indicada, frente a la entidad CAIXABANK, en ejercicio principal de acción personal de nulidad parcial de contrato de préstamo multidivisa.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite por Decreto de 20 de abril de 2017, emplazándose a la parte demandada para que la contestase.

TERCERO.- El escrito de contestación a la demanda se recibió en el Juzgado en fecha 12 de junio de 2017, en cuya virtud, y tras oponer la demandada la excepción de caducidad de la acción, se opuso a las pretensiones deducidas de adverso, interesando la imposición de costas a la parte contraria.

CUARTO.- En la fecha señalada, 4 de diciembre de 2017, se celebró la audiencia previa al juicio, a presencia de ambas partes, debidamente asistidas y representadas. Se cumplimentaron en el acto todas las finalidades previstas legalmente, con el resultado que

obra en el oportuno soporte de grabación audiovisual. Con el recibimiento del pleito a prueba propuso la actora sus medios documentales adjuntos al escrito rector, más documental para aportación de Sentencias a título ilustrativo, testifical de D. [REDACTED] y pericial de D^a. Nuria María García Pascual y requerimiento de exhibición documental a la parte contraria. A excepción de las Sentencias aportadas a título ilustrativo se admitieron todas las pruebas de la parte actora. Por su parte, la demandada propuso sus documentos de la contestación y más documental para exhibición documental a cargo de la parte contraria, quedando admitida toda su propuesta probatoria.

QUINTO.- La vista se señaló en la fecha señalada, a saber, 17 de abril de 2018, nuevamente a presencia de ambas partes, oportunamente asistidas y representadas. No se pudo practicar la testifical propuesta al haberse conocido que el testigo había fallecido. Sí se practicó la pericial admitida, con el resultado que obra en el oportuno soporte de grabación audiovisual. Y formularon finalmente las partes sus conclusiones, quedando a continuación los autos, sin más trámites, vistos para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interesa por la parte actora en estos autos la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario suscrito con la demandada en fecha 18 de septiembre de 2008 (documento nº 6 de la demanda), en lo atinente al clausulado multidivisa inserto en el mismo. Tras recordar la naturaleza y funcionamiento del producto, con especial hincapié en el riesgo de tipo de cambio, se abunda en el perfil de la actora, con estudios básicos de bachillerato y experiencia profesional como administrativa (documento nº 2: informe de vida laboral), sin conocimientos financieros ni bancarios de ningún tipo y de perfil absolutamente conservador, que concertó un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual con plazo de amortización de 27 años, por capital de 158.000 euros. Se indica que en el proceso de comercialización fue movida la actora por los insistentes consejos del empleado D. [REDACTED] que, no obstante, no explicó las características y funcionamiento del préstamo ni mucho menos sus riesgos, utilizando como señuelo el anuncio de cuotas más bajas que en un préstamo tradicional en euros. Refiere que no se le entregó folleto informativo ni oferta vinculante, ni borradores o resúmenes de la escritura ni documentación informativa de los riesgos, tan solo una simulación de unas cuotas a pagar en euros y en la divisa elegida, el yen japonés, sin facilitar al cliente las previsiones con que contaba de evolución del mercado de divisas. Se presuponen también quiebras en el proceso informativo legalmente exigible en fase contractual y postcontractual, con permanente vulneración, se indica, de la normativa tuitiva de consumidores y usuarios y del principio de transparencia en cuanto control de comprensibilidad real del objeto principal del contrato. Desde este último prisma se defiende en demanda que el clausulado multidivisa es abusivo, contrario a la buena fe, poco transparente y provocó a la actora una contratación sin conocer las consecuencias económicas reales del negocio, con riesgo incluso de incremento y consolidación del capital pendiente. Se insiste también en la condición del clausulado multidivisa como condición general de la contratación inserta en contrato de adhesión. Desde tales premisas se aborda luego en demanda el examen del clausulado del préstamo, incidiéndose en que en modo alguno se explicó la dualidad y funcionalidad de los tipos de cambio comprador y vendedor ni el procedimiento y consecuencias del cambio de divisas, con hincapié en la estipulación primera (relativa a excesos en la contravaloración a euros del

capital pendiente de amortizar). Se examina también en la demanda la concurrencia de error vicio al tiempo de la contratación. Es sustento de toda la argumentación de la demanda el informe pericial que se adjuntaba como documento nº 12. Contiene el mismo, ciertamente, conclusiones más jurídicas que económicas pese a la condición de economistas de sus firmantes. No obstante lo anterior, se extracta en demanda del mismo, entre otros particulares, en orden a la acreditación de los cuantiosos perjuicios que se dicen sufridos, datos tales como que al mismo momento de la firma del préstamo hipotecario, por aplicación del cambio comprador/vendedor, ya se incrementó la deuda en 7.081,61 euros, y que a tal fecha el perjuicio total estimado era de 28.054,73 euros, siendo que a lo largo del préstamo, en varios momentos, la cuantía del capital se ha incrementado notoriamente, hasta un 38,49%. Detecta la perito además que se ha aplicado a la operación un LIBOR a tres meses sin que ello aparezca ni siquiera indicado en la escritura. Se concluye que a fecha del informe, enero de 2017, después de haber abonado la actora la cantidad de 68.991,85 euros, el capital pendiente del préstamo, traducido a euros, asciende a 140.523,52 euros, de suerte que si nos encontrásemos ante un préstamo tradicional en euros el capital pendiente sería de 115.805,75 euros. Además en tal caso habría hecho la cliente un esfuerzo inferior en la amortización mensual de cuotas, en importe de 9.217,34 euros. Es por lo que se concluye que el perjuicio económico de la misma ascendía a tal fecha a la cantidad de 33.935,11 euros.

Se argumenta en la fundamentación jurídica, con trascendencia luego en el fallo, la pretensión subsidiaria de resolución contractual ex art. 1124 CC, en relación con el art. 1101 de igual texto legal.

En su contestación a la demanda comienza la demandada invocando la excepción de caducidad de la acción ejercitada de nulidad por vicio en el consentimiento, con invocación principal de la jurisprudencia sentada en la STS de 12 de enero de 2015, cifrando el *dies a quo* con la recepción por el cliente de los primeros recibos mensuales donde comenzó a operarse una subida de la cuota o de las informaciones fiscales anuales, siendo que ya en la correspondiente a 2009, y en los siguientes, se aludía a un importe pendiente de amortizar superior al concedido (documentos nº 2 y 3 de la contestación). Entrando luego en el fondo de la controversia denuncia la demandada el oportunismo que guía la reclamación, recordando que la iniciativa en la contratación partió del cliente (el Banco no imponía este tipo de préstamos ni los comercializaba activamente) y presuponiendo el cumplimiento escrupuloso por su cuenta de las obligaciones de información impuestas legalmente, siendo que en el otorgamiento final intervino fedatario público que hizo las advertencias oportunas, también sobre los riesgos del producto. Descendiendo al detalle se niega que haya concurrido en la contratación relación de asesoramiento, recordando que se contrató el préstamo para adquirir la actora el 50% de la propiedad de la vivienda perteneciente a su ex pareja, tal y como se pone de manifiesto en la propuesta de inversión que se adjunta como documento nº 4, de 14 de agosto de 2008, existiendo además otra documentación precontractual sobre la que se hace hincapié, a saber, el documento de las condiciones del préstamo (documento nº 5). Se recuerda además que la vivienda había estado gravada con hipoteca anterior convencional, a esa fecha amortizada en su totalidad. Sostiene también la demandada que la actora tenía información previa sobre el estado de la divisa y contrató con propósito de beneficiarse de tal tipo de cambio, en operativa que reputa de “especulación”. Defiende la demandada que facilitó la información necesaria sobre las particularidades del producto, los factores que influyen en su desenvolvimiento, las variables existentes, el tipo de interés, el riesgo de tipo de cambio y variabilidad de la divisa, y ello con aportación de

diversas simulaciones. Se examinan también en la contestación los concretos pasajes de la escritura firmada de los que, a juicio de la demandada, se infieren con precisión los riesgos del producto. En el examen de las circunstancias fácticas posteriores a la firma de la escritura recuerda la demandada que no ha recibido reclamación alguna por el producto previa a la interposición de la demanda y que, de hecho, el cliente ha venido satisfaciendo puntualmente los recibos del préstamo, recibiendo puntualmente información sobre la evolución de su préstamo. Luego en sede de fundamentación jurídica combate la demandada la aplicación al caso de autos de la denominada normativa MIFID y de la sectorial del mercado de valores, con referencia a la STJUE de 3 de diciembre de 2015. En razón de la cuantía del préstamo se niega también la aplicación al caso de autos de la Orden de 5 de mayo de 1994. Se niega también la aplicación de la Ley 7/1998, de 3 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación y de la normativa tuitiva de consumidores para caso de entenderse que nos encontramos ante un instrumento financiero. Considera también, en razón del carácter esencial de las estipulaciones combatidas, que no pueden quedar las mismas sometidas a control de abusividad. Y en orden al control de transparencia se aboga por la redacción clara del clausulado defendiendo que el cliente pudo conocer la carga económica real al tiempo de contratar. También defiende la inexistencia de error en el contratante, en la configuración jurisprudencial de tal concepto, al tiempo de la suscripción del negocio. Se niega finalmente la procedencia jurídica de los efectos de la nulidad parcial peticionada en demanda, así como, respecto de la acción subsidiaria ejercitada, la concurrencia de causa resolutoria. Termina imputando la demandada a la contraparte el retraso desleal en el ejercicio de la acción y contradicción con los actos propios.

SEGUNDO.- Es antecedente fáctico indeclinable para abordar las controversias suscitadas en estos autos el examen de la escritura cuya nulidad parcial se postula, adjunta a la demanda como documento nº 6.

Sorprende en la misma que el propio intitulado de la escritura no aluda a la consideración de préstamo en divisa.

Concurrió al acto, junto a la hoy actora, D. [REDACTED] su esposo. Y se consignará luego que la finalidad del préstamo era financiar la adquisición de vivienda habitual.

En la estipulación primera, relativa a importe y forma de entrega, se refiere que la prestataria, solo la hoy actora, recibe del Banco de Valencia, hoy CAIXABANK, la cantidad de 23.905.874 yenes japoneses, aludiéndose a un contravalor en euros, a efectos meramente informativos, de 158.000 euros. Se indica de inicio que ha quedado en incertidumbre el elemento real esencial del contrato de préstamo, que es el concreto importe objeto de préstamo, pues no consta la efectiva transferencia de tal capital en yenes, siendo que la moneda funcional de la actora es el euro y no consta perciba la misma ingreso alguno en divisa. Parece más bien operada una simple indexación del negocio a divisa, siendo que aspectos relevantes tales como la garantía hipotecaria se concertaron en euros. Cohonestando la escritura con la propuesta de inversión y documento de comunicación de condiciones que adjuntó la demandada a su escrito rector puede confirmarse que los términos del préstamo hipotecario se negociaron con el cliente solo en euros. Contiene además esta estipulación primera una declaración estereotipada de asunción de riesgos por la prestataria de las que la jurisprudencia ya se ha encargado de denostar su valor. Se indica que la misma “asume los riesgos que puedan originarse por los diferentes tipos de cambio que estén en vigor en cada momento, que incluso pudieran determinar que el contravalor en euros de la cantidad

pendiente de amortización en algún momento, fuese superior al nominal inicial en euros de este préstamo”. Se trata de una previsión subrepticia, sin resalte alguno, de la que no consta información específica a la parte prestataria. Se asocia además a tal supuesto una previsión a todas luces desequilibrante para el cliente pues “si se produjera dicho exceso de manera que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar fuera superior en un 20% al importe en euros en el préstamo inicialmente concedido, la prestataria deberá realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso, amortización que no devengará comisión por este concepto pero que en todo caso conllevará la correspondiente liquidación de intereses”. Vuelve a ser riesgo máximo para el cliente tal circunstancia, máxime cuando, como luego se abundará, no se le expuso en fase precontractual el riesgo insólito de incremento o consolidación de deuda pendiente. Se trata de riesgo muy gravoso en razón además del nominal del préstamo y del periodo de vigencia pactado en el contrato, 27 años, siendo el mismo además de aplicación discrecional por el Banco en la medida en que, se añade luego, “en caso de dicha amortización extraordinaria no se lleve a cabo en el plazo de 10 días contados desde la fecha en que el exceso se produzca, el Banco estará facultado para llevar a cabo la sustitución de la divisa contratada por euros utilizándose exclusivamente el tipo de cambio vendedor operativo para Banco de Valencia S.A. dos días hábiles de mercado antes de la sustitución, sin perjuicio de que el incumplimiento de esta obligación podrá determinar el vencimiento anticipado de la obligación, de conformidad con lo establecido en el pacto octavo de la presente escritura”. En definitiva, podría abocar la situación aludida, de notorio riesgo para el cliente y no explicada ni informada al tiempo de contratar, el vencimiento anticipado del negocio. Vinculando ahora la escritura con las conclusiones de la pericial adjunta a demanda, se recuerda que el préstamo alcanzó niveles de deuda superiores al 35% sobre el inicial contratado, por lo que se ha excedido ampliamente tal límite del 20% que obligaría a la cancelación del exceso por la clienta o a la conversión a euros con suspensión de la cláusula multidivisa hasta que se haya amortizado tal exceso.

Ya se ha apuntado el largo horizonte temporal al que se convino el negocio, 27 años según la estipulación 2ª de la escritura, en total 324 cuotas, hasta octubre de 2035.

La propia falacia de la indexación a divisa se aprecia al regular la forma de pago de las cuotas pues se admite que el Banco, caso de no existir saldo suficiente en la cuenta designada para cumplir la obligación de pago, “queda facultado para adeudar el importe correspondiente en cualquier otra cuenta que la parte prestataria mantenga en el Banco, tanto si se trata de cuenta abierta en la misma divisa en la que el préstamo se ha concedido como si se trata de cuenta abierta en otra divisa o en euros”.

Se podría también encomendar la operativa del cambio de divisa para hacer frente a las amortizaciones mensuales al Banco pero en este caso se preveía la aplicación de unos cambios comprador y vendedor siempre favorables a la entidad bancaria y de imposible verificación cierta por el cliente, con devengo además de comisiones a favor del Banco.

Nueva manifestación de la mera indexación operada a la divisa se contiene a continuación en la escritura que autoriza al Banco, solo al Banco, a que le sea satisfecho el débito en euros, sin correlativa opción para el cliente de así hacerlo, siendo que, además, en tal caso, la deuda se abonaría con arreglo “al mayor cambio de la divisa pactada en el momento del vencimiento de la obligación o en el día de ser despachada ejecución, o el día del pago, a elección del Banco”.

En materia de intereses se acude en la escritura al LIBOR más un punto porcentual, con revisiones trimestrales. Parece del tenor de la escritura que tal riesgo de tipo de cambio

sería el único que tendría que afrontar el cliente pues se indica que tras las oportunas revisiones se comunicaría al cliente la nueva tabla de amortización “de la que resultará la cantidad fija que debe satisfacerse en función del capital prestado pendiente de pago”. Es lo cierto, por el contrario, que por entrar también en juego la variable del tipo de cambio nunca arrojó el préstamo ni las amortizaciones mensuales tales “cantidades fijas”.

De especial trascendencia para el caso de autos es la estipulación cuarta, la que explícitamente se intitula “cláusula multdivisa”. Se ofertan al cliente, de todas las divisas cotizadas en España, solo el dólar USA, la libra esterlina, el franco suizo y el yen japonés (también el euro), siendo que la opción por cualquier otra requeriría el acuerdo expreso y escrito de ambas partes. Vuelve a aludirse en la escritura a unos tipos comprador/vendedor cuya operativa no se explicita y que se antojan siempre favorables al Banco. Así, se valoraría la divisa anterior al cambio vendedor y la que se introduce al comprador. Se admitía tal posibilidad de cambio de divisa al inicio de cada periodo trimestral de interés. Tal operativa de cambio de divisa debía comunicarse “al menos dos días hábiles de mercado antes del vencimiento de cada periodo de interés convenido”. Ello dejaba al cliente desvalido y sin opción de conocer con precisión las consecuencias económicas de tal cambio de divisa, con opción de mutación en la fluctuación de la divisa en esos días de antelación exigidos.

Tal cambio de divisa está luego sujeto, conforme se indica en la siguiente estipulación 5ª, a una comisión de 0,20% sobre el nominal del préstamo pendiente de amortizar, lo que se antoja a todas luces gravoso para el cliente, máxime cuando el nominal del préstamo queda sujeto a fluctuación por el riesgo de tipo de cambio. Además, asumiría la prestataria los gastos que conlleve la adquisición de la nueva divisa por el Banco, siendo que por ser el euro la moneda funcional de esta prestataria, se aseguraba con tal previsión el Banco nuevos ingresos y beneficios.

Se regulan a continuación en la escritura unos intereses moratorios del 29%, la estipulación de gastos a cuenta de la parte prestataria y la posibilidad del vencimiento anticipado.

En orden a la constitución de la garantía real hipotecaria, se recuerda en la estipulación 15ª que la misma se constituye, por la actora con el consentimiento de su esposo, “por el contravalor actual de dicha divisa en euros”. Se confiere trato bipolar a las estipulaciones financieras (indexadas a divisas) y a la garantía real (en euros), quedando respondiendo la finca hipotecada de un principal de 158.000 euros, intereses remuneratorios hasta un total de 1.295,60 euros, intereses de demora de tres años y costas y gastos de la ejecución hasta la suma de 23.700 euros. El total pues de responsabilidad hipotecaria asciende a 277.795,60 euros, el valor indicado a efectos de subasta. Con el pacto de liquidez que a continuación se inserta se anuncia que “la cantidad adeudada se determinará por el contravalor en euros según el cambio del día de cierre de la cuenta calculado según la resolución que el Banco de España haya publicado en el BOE o en otro tipo de periódico o boletín oficial referida a los cambios del euro publicados por el Banco Central Europeo”.

Se indica por último que en las advertencias finales del Notario no se contiene ninguna sobre el riesgo de tipo de cambio, ni se informa por el fedatario público de la existencia de oferta vinculante ni de la información al prestatario de la facultad de examen del borrador de escritura con la antelación prevenida en la normativa. Tan solo se alude a la regulación en materia de condiciones generales de la contratación.

Del resto de la documentación unida a autos destaca que los recibos mensuales remitidos a la cliente (documento nº 7 de la demanda y 2 de la contestación) en modo alguno orientan sobre la efectiva naturaleza multdivisa del préstamo pues se consignan solo los

importes en euros, en cantidad siempre oscilante eso sí. El cuadro de amortización que se adjunta como documento nº 8 a la demanda se antoja indescifrable y además incompleto, pues solo comprende hasta el año 2017.

TERCERO.- Atañe el presente litigio a un negocio jurídico conocido coloquialmente como “hipoteca multidivisa”. Fue la STS de 30 de junio de 2015 la que primeramente, con más profusión, analizó su naturaleza y características así como la normativa de aplicación al mismo. En el primero de los aspectos citados, indicaba el Alto Tribunal que se trata de «un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

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

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

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

últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos».

Se concluyó en la Sentencia precitada que las denominadas hipotecas multidivisas eran productos financieros, derivados y complejos, con la consecuencia subsiguiente de que la entidad prestamista vendría obligada a cumplir los deberes de información que impone la Ley de mercado de valores, con las especificaciones luego introducidas por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MIFID, luego desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y muy particularmente los recogidos en el art. 79 bis LMV.

Ahora bien, ciertamente la STJUE de 3 de diciembre de 2015, asunto C-312/14, vino a mutar el panorama interpretativo expuesto pues impide considerar que el préstamo hipotecario multidivisa sea un producto financiero y le sean aplicables las normas de protección del inversor de la Ley de Mercado de Valores y normativa complementaria (la denominada normativa MIFID). Indica el Tribunal de Justicia que las operaciones en divisas de un préstamo que esté negociado en moneda extranjera no es un derivado porque los pagos en divisas forman parte de la esencia del préstamo. Y el préstamo hipotecario en sí mismo tampoco se encuentra entre el resto de los instrumentos financieros de la sección C del anexo I (valores negociables, instrumentos del mercado monetario, etc.).

Tal línea jurisprudencial ha venido ahora a ser corroborada por la reciente STS de 15 de noviembre de 2017, que, en su fundamento de derecho 5º (*Decisión de la sala. El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio*), concluye que «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».

No obstante lo dicho, concluye a renglón seguido el Tribunal Supremo que «Lo anterior supone 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 (en lo sucesivo, Directiva sobre

cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso *Banif Plus Bank*».

En este sentido, la buena fe contractual que ha de imperar en todo ámbito viene a concretarse en términos más rigurosos y, en particular, ha sido destacada por la doctrina y la jurisprudencia la importancia que debe otorgarse al derecho de información en la contratación con consumidores en orden a conformar una verdadera voluntad contractual y, en particular, en el ámbito de la contratación bancaria.

Pues bien, sentado lo precedente, han de recordarse las referencias contenidas en los artículos 8, 12, 17 o 18 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y se destaca el contenido de los artículos 60 y 80 del mismo texto legal. Así el artículo 60.1 citado, relativo a la información previa al contrato, dispone: “antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo”. Por su parte, el artículo 80, en relación con las cláusulas no negociadas individualmente, dice: “1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

- Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

- Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor”.

En segundo lugar, la aplicación de la normativa de protección de consumidores no excluye la procedencia de un singular amparo de la parte demandante en su contratación como cliente con el Banco demandado, con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar entre tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación. En relación con esto se ha dicho que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48.2, en la redacción dada por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de diciembre, dispone que los contratos entre las entidades de crédito y la

clientela (a) se formalizarán por escrito debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad, los compromisos contraídos por las partes y sus derechos ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras; (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, con especial referencia a préstamos hipotecarios. Se aludía a requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada periodo para los préstamos a interés variable en los que se pactase la utilización de índices o tipos de interés de referencia distintos de los oficiales; (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, a su situación financiera. Añadía luego el apartado 3 de dicho precepto que las disposiciones que pudieran dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias contempladas en el número 2 no podrán ofrecer un nivel de protección de la clientela inferior al que deriva de las disposiciones que se aprueben por el Ministerio de Economía y Hacienda al amparo de dicho número.

También se cita de aplicación la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de la citada Orden –artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, notificarle la denegación del préstamo –artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento –art. 7-; sin que pueda excluirse por no concurrir la circunstancia prevista en su art. 1.3, de que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25 millones de pesetas, o su equivalente en divisas. Circunstancia que fue suprimida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, al modificar el mencionado precepto que declaró aplicable “con independencia de la cuantía”. Es tal derogación acorde con la condición de consumidor del cliente, mostrándose dicho requisito contrario a la finalidad principal de la norma de proteger al prestatario que suscribe un préstamo hipotecario, sobre todo cuando el préstamo está referenciado a divisas, pues cuanto mayor sea el capital prestado en mayor proporción se incrementará el riesgo asumido por aquél.

Por último, se cita la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica. Esta Ley 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.

Se recuerda finalmente, con el Tribunal Supremo y pese a no ser de aplicación al caso de autos por tratarse de norma posterior, que «En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso.

»Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado», así como que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban». En el considerando trigésimo, la Directiva añade que «[d]ebido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio».

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

CUARTO.- Entrando en el examen de las pretensiones cursadas en la demanda, se sustenta la misma, entre otras causas, en la existencia de error vicio en el consentimiento al tiempo de la contratación. Es esencia de tal acción la infracción por la demandada del deber de información.

Ahora bien, ya indicaba la aludida STS de 30 de junio de 2015, que la infracción del deber de información no determina necesariamente, desde la óptica que se ha reputado luego inaplicable, de la Ley de Mercado de Valores, la nulidad del contrato. Se señalaba en dicha Sentencia que «La siguiente cuestión que hay que resolver es la relativa a cuáles deben ser las consecuencias de esta infracción. La sentencia de esta Sala núm. 716/2014, de 15 diciembre, ha afirmado que la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró que «si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas

responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que transpone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias» y que, en consecuencia, «a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]».

»Decíamos en nuestra sentencia que, de acuerdo con esta doctrina del TJUE, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el art. 79.bis Ley del Mercado de Valores, al amparo del art. 6.3 del Código Civil. Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que transpuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 .bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional de Mercados de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores).

»Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato».

En definitiva, habrá de concluirse que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error como vicio del consentimiento, pero no cabe duda que puede incidir en que finalmente sea apreciado. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2016 recoge la doctrina de la Sala sobre el error como vicio de consentimiento en la contratación bancaria:

«La existencia de los reseñados especiales deberes de información tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta sala. En este sentido conviene traer a colación esta jurisprudencia sobre el error vicio, que en relación con productos financieros como el que suscribieron las partes, una permuta financiera de intereses, se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014:

»El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

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

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

»El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como las participaciones preferentes, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

»Es jurisprudencia constante de esta sala que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre, con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014)."

En definitiva, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo relevante para decidir si ha existido error no es, en sí mismo, si la entidad de crédito incumplió las obligaciones de información que le incumbían, sino si al contratar el cliente tenía conocimiento suficiente del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo.

QUINTO.- Ejercitada en demanda, como se ha dicho, acción de nulidad por vicio en el consentimiento se debe abordar con carácter previo la excepción de caducidad que opuso la demandada en su contestación.

Debe recordarse en este punto la jurisprudencia sentada en la STS de Pleno de 12 de enero de 2015, que indica que «al examinar el cómputo del plazo para ejercitar la acción de anulación de contratos financieros o de inversión complejos -como se así se califica en la STS de 30 de junio de 2015 ya citada en la Sentencia de primera instancia- por error en el consentimiento o por dolo, declara que "el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato (...). No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. (...) la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984, «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983). Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003: «Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó"». (...) La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes. Al interpretar hoy el art. 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 art. 3 del Código Civil. (...) 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. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error". El criterio adoptado ha sido seguido y desarrollado por la STS 376/2015, de 7 de julio, así como por las SSTs 489/2015, de 16 de septiembre, 102/2016, de 25 de febrero y 435/2016, de 29 de junio».

Dicha doctrina jurisprudencial parte de la dicción literal del art. 1301 CC y declara que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por causa de error o dolo no puede comenzar en el momento de la perfección del contrato, sino que conforme lo establecido en dicho precepto el día inicial será el de la consumación del contrato, que, según doctrina ya consolidada, tiene lugar cuando se han cumplido todas las prestaciones de ambas partes. Ello aplicado a contratos de tracto sucesivo y en particular de los préstamos, se traduce en que el momento inicial haya de situarse en el momento en que haya sido "satisfecho por completo". La consumación del contrato que determina el inicio del plazo para el ejercicio de la acción, exige que "se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato", en cuya situación, el contratante afectado por el vicio en el consentimiento, "mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento". Conforme a los criterios interpretativos de las normas previstos en el art. 3 CC y en particular atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y al espíritu y finalidad de aquéllas, concluye que "en relaciones contractuales complejas como con frecuencia lo son los contratos bancarios, financieros o de inversión y es el caso, 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".

Ahora bien, la doctrina expuesta no supone que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación deba comenzar cuando los aquí actores pudieron conocer el riesgo del incremento de liquidación del préstamo multidivisa sobre el que se proyectaba el error. Ha de entenderse que el Alto Tribunal no se aparta del tenor literal del art. 1.301 CC, sino que, conforme al mismo, declara que el plazo comenzará desde la consumación del contrato, en cuyo momento, el contratante que haya sufrido el vicio en el consentimiento puede haber tenido conocimiento del mismo. La interpretación acorde a la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada la norma en relación con los contratos bancarios y financieros -por cuanto interesa- determina que, en todo caso ese cómputo no pueda comenzar "antes" de que el contratante afectado por el error -o por el dolo- haya podido percatarse de su existencia, que normalmente coincidirá con el de la consumación. Dicho de otro modo, la doctrina plasmada en la citada STS de 12 de enero de 2015 y seguida en las posteriores citadas no modifica la previsión legal de que el plazo comience a correr desde la consumación del contrato, sino que declara que en los contratos bancarios y financieros no podrá comenzar antes del conocimiento por el contratante afectado del vicio en el consentimiento padecido.

En definitiva, en el presente caso en que se solicita la anulación del contrato de préstamo, que es de tracto sucesivo en tanto las prestaciones de la parte prestataria se cumplen o ejecutan durante su período de vigencia, la consumación del contrato tendrá lugar cuando el mismo haya vencido. Este será, por tanto, según la doctrina jurisprudencial el día inicial del plazo de caducidad.

SEXTO.- Se combate también en la demanda la validez del negocio por infracción de normativa tuitiva de consumidores en materia de transparencia y abusividad.

A estos efectos no pueden obviarse las conclusiones alcanzadas por el TJUE en su reciente Sentencia de 20 de septiembre de 2017 en la que aborda el estudio del carácter supuestamente abusivo de cláusulas incluidas en contratos de crédito en las que se estipula, en particular, el reembolso de los créditos en la misma divisa extranjera en que se concedieron.

A este respecto son de interés los párrafos 44 a 50 de la indicada Sentencia, que disponen que:

- «44. Por lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha señalado que esta exigencia, recordada también en el artículo 5 de la citada Directiva, no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 52).
- 45 Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 50).
- 46 Esta cuestión debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75).

- 47 Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 66).
- 48 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).
- 49 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).
- 50 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».

A continuación, en respuesta a la cuestión prejudicial de si el desequilibrio importante que una cláusula abusiva causa entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en el sentido del art. 3 apartado 1 de la Directiva 93/13 debe examinarse únicamente en el momento de la celebración del contrato, concluye el TJUE, tras reconocer que hay desequilibrios que solo se materializan al momento de la ejecución del contrato, que «la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición».

El control de transparencia en estos casos es también la esencia del reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo en esta materia. Recuerda al efecto la STS de 15 de noviembre de 2017, con la jurisprudencia europea, la procedencia de verificar tal control de transparencia en relación con las cláusulas que regulan 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, en los contratos de préstamo denominados en divisas (caso Andiciuc).

Indica el Alto Tribunal en el examen del producto litigioso que «no puede estimarse la alegación de la recurrida, que afirma que las cláusulas controvertidas han sido objeto de negociación individual y, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 3.

»Ninguna de las sentencias de instancia hace mención a la existencia de tal negociación. En la escritura pública de préstamo hipotecario consta que fue redactada conforme a la minuta facilitada por Barclays y «contiene condiciones generales de la contratación». Tampoco consta que fueran los prestatarios quienes hicieran la selección inicial de la divisa en la que estaba representado el préstamo.

»Que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo (la que los prestatarios necesitaban refinanciar), 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».

Prosigue el Alto Tribunal que «Las cláusulas cuestionadas en la demanda, 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. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores».

Se acoge con ello el criterio sentado por el TJUE en el sentido de no ser solo 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.

En este sentido indica la STJUE a que se viene haciendo referencia, caso *Andriuc*, que «El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

Abunda luego el Tribunal Supremo, en la Sentencia de constante cita, en que «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.

»A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

»Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

»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».

SÉPTIMO.- Descendiendo ya al caso de autos, podrá concluirse que son aplicables al mismo las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 15 de noviembre de 2017, en orden a la falta de transparencia en la contratación, incurriendo la demandada en falta de información relevante a un cliente que, visto su perfil y sus coordenadas personales y profesionales, no alcanzó a comprender los riesgos básicos del producto que luego, en su perjuicio, se han materializado en el devenir de la contratación. Así, del examen de los documentos obrantes en autos puede concluirse que no se facilitó a este cliente la información precontractual necesaria para que el mismo conociera adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados al clausulado multidivisa inserto al préstamo. Ya se indicó antes que no existe constancia cierta de que se le entregara la documentación precontractual consistente en oferta vinculante ni borrador de escritura. Tampoco se ha podido contar en juicio con el empleado de la demandada que comercializó el producto, al haber fallecido.

La escritura pública finalmente suscrita tampoco cubre la exigencia de este deber reforzado de información al cliente. En efecto, los importes en divisa respecto del capital prestado se acompañan de su equivalencia en euros. Además, la valoración de los bienes hipotecados contenida en la escritura se hizo en euros, y la fijación de la extensión de la garantía hipotecaria también se hizo en euros. Es tal, por lo demás, la moneda natural de los prestatarios, en la que los mismos perciben sus ingresos profesionales.

Se trata de un consumidor de perfil minorista, carente de experiencia en materia inversora, como puede inferirse del examen de la documentación fiscal recabada por la demandada, sobre la que luego ninguna valoración coadyuvante a sus intereses vertió la misma en juicio.

En el proceso de contratación se antoja a todas luces esencial la explicación puntual y transparente de que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino además en la deuda viva del préstamo. Y sobre ello no hay prueba solvente en autos. Ni siquiera la escritura contiene indicio alguno de tal particular.

Indica el Tribunal Supremo al respecto, «La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar. Este riesgo afecta a la obligación del prestatario de devolver en un solo pago la totalidad del capital pendiente de amortizar, bien porque el banco haga uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo cuando concurra alguna de las causas previstas

en el contrato (entre las que se encuentran algunas no imputables al prestatario y asociadas al riesgo de fluctuación de la divisa, como veremos más adelante), bien porque el prestatario quiera pagar anticipadamente el préstamo para cancelar la hipoteca y enajenar su vivienda libre de cargas».

Y añade, «Si bien el riesgo de un cierto incremento del importe de las cuotas de amortización, en los casos de préstamos denominados en divisas o indexados a divisas, por razón de la fluctuación de la divisa, podía ser previsto por el consumidor medio de este tipo de productos sin necesidad de que el banco le informara, no ocurre lo mismo con los riesgos que se han descrito en los anteriores párrafos.

»La percepción propia de un consumidor medio que concierne un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo. Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado considerablemente y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor.

»El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa».

En el presente caso, ciertos riesgos sobre los que no consta información contractual alguna se han materializado en perjuicio de los clientes, pues no solo han tenido que abonar cuotas de amortización superiores al importe de cuota inicial pese a la bajada del tipo de interés, sino que el capital pendiente de amortizar se ha incrementado considerablemente, según referencias no contradichas del escrito de demanda, con sustento en pericial que no ha sido contradicha de adverso. En el mejor de los casos, solo el notorio incremento de las cuotas mensuales pudo evidenciarse con nitidez a los clientes. En efecto, como refería la demandada en su contestación, desde bien pronto tuvo que soportar la actora notorias oscilaciones al alza de su cuota mensual. Pero, no obstante lo anterior, en ningún momento parece informado con precisión y claridad el riesgo de incremento de la deuda viva del préstamo por juego del mecanismo multdivisa.

En orden a la intervención del Notario al tiempo de otorgar la escritura pública, se recuerdan igualmente las argumentaciones del Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de noviembre de 2017 en el sentido de que «la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia». Abunda luego en los siguientes términos: «En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo.

»Ciertamente, en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, dijimos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]».

»Pero en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, afirmamos que tal declaración 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 suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE 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».

Tampoco en este punto cabe conferir trascendencia absoluta a condiciones generales, como las concurrentes en el caso de autos, en las que se indique que el prestatario conocía los riesgos que comportaba el préstamo en divisas o reconoce haber recibido la información necesaria para la evaluación de los riesgos, al modo en que se hacía constar en la escritura objeto de autos. Al respecto aboga el Tribunal Supremo por «la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos» (SSTS de 18 de abril de 2013 o de 25 de mayo de 2017).

Desde todo lo expuesto procede estimar íntegramente la pretensión principal de la demanda en los términos interesados, siendo que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que se exige desde el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ello porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos, pudiendo además concluirse que contrataron, desde todo lo hasta ahora expuesto, con error.

Resta indicar, en orden a la eventual ratificación del contrato por imperativo de la doctrina de los actos propios que invoca la demandada, que tal circunstancia no ha acaecido en el caso de autos.

La confirmación de un contrato es una declaración de voluntad -expresa o tácita- por la cual se opta por dotar al contrato viciado de una eficacia definitiva, haciendo que cese la situación de incertidumbre propia de la anulabilidad, por lo tanto, para valorar si un acto realizado por el legitimado para ello tiene carácter confirmatorio, hay que atender, como dice el propio artículo 1311 del CC, a la voluntad del legitimado de querer confirmar el negocio anulable, inferida de manera necesaria de dicho acto. No cualquier acto posterior confirma un negocio que adolece de alguna causa de anulabilidad, sino solo aquel que se haya realizado por el legitimado para impugnarlo con ánimo de querer purificarlo. Y ello no es lo acaecido en el caso de autos.

Tampoco se considera que exista óbice alguno a acoger la nulidad parcial interesada. Tal solución de nulidad parcial consta de forma explícita prevista para la abusividad de una cláusula, concretamente en el art. 83 del RDL 1/2007, que permite la subsistencia del contrato no obstante dejar sin efecto, teniendo por no puestas, las cláusulas abusivas siempre que pueda subsistir el vínculo contractual sin dichas cláusulas.

Tal solución de nulidad parcial aparece ahora avalada de forma explícita por el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 15 de noviembre de 2017, cuando indica 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, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler y Káslerné 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.

»Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva 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 arts. 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 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 abusivas, 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 TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13), apartados 76 a 85».

Procede, desde todo lo expuesto, la íntegra estimación de la demanda presentada.

SEXTO.- La íntegra estimación de la demanda comporta la imposición de las costas devengadas en la instancia a la parte demandada, a virtud del criterio de vencimiento objetivo que consagra en nuestro ordenamiento procesal el art. 394 LEC.

FALLO

ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez, en nombre y representación de D^a. [REDACTED] frente a la entidad CAIXABANK, S.A., representada en el litigio por el Procurador D. Javier Segura Zariquiey, y, en consecuencia, DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO objeto de autos, en cuanto a los contenidos relativos a la opción multidivisa, subsistiendo los restantes, de tal manera que el préstamo quedará referenciado a euros y al índice Euribor más el diferencial pactado, y CONDENAR A LA DEMANDADA A RECALCULAR EL PRÉSTAMO como si desde su inicio hubiera sido referenciado a euros y al Euribor, con las correspondientes liquidaciones

según que las cuotas resultantes hayan sido superiores o inferiores a la suma que hubiera correspondido en euros, debiendo entregar a la parte actora el exceso de las cuotas pagadas por principal e intereses con sus correspondientes intereses legales. De igual modo el prestatario habrá de restituir aquellas cantidades de las que se haya beneficiado por haber resultado la cuota abonada inferior a la que correspondería de haber estado el préstamo referenciado a euros, más sus correspondientes intereses legales.

Las costas devengadas en la instancia se imponen a la parte demandada.

NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes personadas, haciendo saber a las mismas que NO ES FIRME, y contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, que, en su caso, deberá interponerse por medio de escrito ante este Juzgado en el plazo de los veinte días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación. Para recurrir es de aplicación la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, en su nueva redacción dada por el apartado 19 del art. 1 de la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así lo acuerda, manda y firma LUCÍA LEGIDO GIL, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Madrid.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada que la suscribe, estando constituida en audiencia pública en el mismo día de su fecha, de todo lo cual, DOY FE.