

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1
LLIRIA (VALENCIA)**

Calle METGE JOSEP PÉREZ MARTINEZ,S/N
TELÉFONO:

N.I.G.: 46147-41-2-2016-0005071

Procedimiento: Asunto Civil 001039/2016

S E N T E N C I A Nº 000087/2017

En Lliria, a 11 de abril de 2017

JUZGADO: PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE LLIRIA

JUEZ: FERNANDO SIMÓ TEUFEL

PROCEDIMIENTO: JO 1039/16

PARTE ACTORA:

ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN)

PROCURADOR: LAURA DE LOS SANTOS

PARTE DEMANDADA:

CAIXA D'ESTALVS DE CATALUNYA (BBVA)

PROCURADOR: JOSÉ ANTONIO NAVAS GONZÁLEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora D^a Laura de los Santos, en la representación indicada, mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, presentó demanda de juicio ordinario en la que, en síntesis, alegaba:

- Que en fecha 21 de mayo del año 2007, D. [REDACTED] asociado de la demandante, suscribió un contrato de préstamo hipotecario con la entidad demandada y lo hizo después de haber sido asesorado por uno de sus comerciales

- Que pese a que el declarante no fue consciente de ello puesto que nunca se le informó, la hipoteca contenía una cláusula multidivisa, inicialmente referenciada a yenes, algo que ha supuesto para el demandante un importante quebranto económico que él calcula en 63.426,07 €.
- Que el 21 de mayo del año 2007 tuvo que firmar una novación del préstamo hipotecario con una ampliación del plazo para reducir las cuotas mensuales.

Tras aducir los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación termina solicitando que se dicte sentencia por la que

- Declare la nulidad del préstamo hipotecario con derivado implícito en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa insertadas en el préstamo hipotecario suscrito en su día entre las partes el 21 de mayo de 2007 por existir error vicio en el consentimiento en el momento de otorgar el mismo, dada cuenta la ausencia de información sobre dicho derivado implícito, omitiendo la información necesaria para que la parte actora pudiese comprender el funcionamiento del mismo y los riesgos que le son inherentes.
- Condene a la entidad BBVA SA a la devolución al demandante de la cantidad de 63.426,07 € que han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de opción multidivisa que el préstamo hipotecario incluía, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

Y subsidiariamente con lo anterior, se condene a la demandada a abonar a la actora en concepto de indemnización de daños y perjuicios la cantidad de 63.426,07 €

Que, en cualquier caso, se condene a la demandada al pago de las costas causadas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma a la entidad demandada quien contestó oponiéndose y alegando:

- Caducidad de la acción
- Ausencia de error
- Que, en cualquier caso, se ha cumplido con la normativa sectorial en materia de información.

Tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que estima de aplicación, termina solicitando que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda.

TERCERO.- El día señalado para la audiencia previa, cada una de las partes se ratificó en sus respectivos escritos. Tras los trámites oportunos previstos en la LEC, por la parte actora se solicitó prueba documental y pericial.

Por la parte demandada se solicitó prueba documental.

CUARTO.- El día señalado para la vista, se practicó toda la prueba admitida, tras lo cual los Sres./Sras. Letrados/as formularon oralmente sus conclusiones, quedando los autos finalmente conclusos y vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se ejercita acción personal en reclamación de cantidad pretendiendo la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario firmado con la parte demandada en fecha 21 de mayo de 2007 en todo lo relativo a la cláusula multidivisa y juntamente con ello, la indemnización correspondiente por todas las cantidades de más abonadas como consecuencia de dicha cláusula.

La cláusula multidivisa que recoge el contrato de préstamo hipotecario es del siguiente tenor:

“C) Esta opción podrá ejercitarse a petición del prestatario, con arreglo a las siguientes condiciones:

- a) El prestatario notificará a la CAJA, antes de las 11 horas del tercer día hábil anterior al comienzo de un PERIODO DE INTERES, su deseo de ejercitar la opción y consecuentemente satisfacer la cuota correspondiente al próximo PERIODO DE INTERES en euros o en una de las DIVISAS ALTERNATIVAS
- b) La cantidad DIVISA ALTERNATIVA objeto de la presente operación será necesaria para adquirir el importe equivalente del capital pendiente no vencido, al tipo de cambio publicado por Caja Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España de dos días hábiles antes a la fecha en que se inicie cada PERIODO DE INTERES
- c) El ejercicio de esta opción habrá de ser por una DIVISA ALTERNATIVA cuyo interés, determinado según lo establecido en el pacto tercero bis, no supere el tipo máximo garantizado en el pacto noveno
- d) Si el prestatario, en un determinado PERIODO DE INTERES, no optara por satisfacer la cuota correspondiente al siguiente periodo de intereses mediante una moneda

alternativa a las indicadas, u optar por una a las que se refiere la letra c) anterior, se entenderá que tal cuota deberá ser satisfecha en la misma moneda que la anterior”

D) El prestatario se obliga a mantener la equivalencia establecida en el pacto primero, entre la divisa prestada y su cambio en euros, de forma que en ningún momento el capital pendiente de amortizar en divisas represente u incremento de la deuda en euros.

Constando que el cambio a euros, del capital en divisas pendiente de amortización, no guarda la proporcionalidad anterior y la desviación es superior al 5%, el prestatario se obliga a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener dicha proporcionalidad

E) Tanto la devolución del préstamo como los demás pagos, se harán en el domicilio social de la entidad acreedora, o sucursal de la misma que se solicite, en la moneda que se haya pactado de acuerdo con lo expuesto en esta misma cláusula

F) El prestatario autoriza a la Caja a cargar todos los pagos por razón de intereses, amortizaciones y cualesquiera otros gastos que se produjeran en su cuenta corriente al efecto señalada, obligándose a mantener en ella los saldos necesarios para cubrir el importe de los recibos en las fechas de sus respectivos incumplimientos [...]”

Sostiene la parte demandante que, cuando firmó la hipoteca, desconocía completamente no ya el alcance último y los riesgos que implicaba la firma de dicha cláusula, sino incluso el hecho de que en su hipoteca enterase en juego algún tipo de moneda extranjera. Que de lo único que era consciente y por ello aceptó la firma, es que la cuota mensual a pagar era inferior a la de otros préstamos del mercado. Que fue un conocido suyo quien le dijo que su hermana había firmado una hipoteca en la que las cuotas eran más baratas. El demandante se interesó por ello y le pusieron en contacto con el mismo comercial que había tratado con ella y así acabó firmando la hipoteca. Que nunca fue consciente al firmar de que estaba asumiendo un gran riesgo al depender del tipo de cambio y que el mismo no sólo afectaba al tipo de interés a aplicar sino que también afectaba a todo el capital pendiente de amortizar. Con el tiempo, las cuotas mensuales empezaron a crecer, sin que el demandante pudiese hacer frente a las mismas, por lo que se llevó a cabo una novación contractual ampliando el plazo de duración del préstamo y reduciendo con ello las cuotas. Tampoco en ese momento nadie le explicó los riesgos que seguía asumiendo. El resultado es que tras más de nueve años de amortización y pese haber pagado 95.577,03 del préstamo inicial de 230.000 €, debía 246.341,95 €. En cambio, de haber hecho uso de una cláusula ordinaria referenciada al Euribor, habría acabado abonando menos en todo ese tiempo (87.919,24 €) y habría amortizado hasta los 190.573,66 €, lo que supone ha sufrido un perjuicio de 63.426,07 €.

Como consecuencia de todo este déficit de información, la parte demandante sostiene que ha habido error en el consentimiento prestado, amén que las cláusulas en concreto resultan abusivas por su falta de transparencia, especialmente porque el banco ha omitido la información necesaria para que el cliente pueda entender la relevancia de la cláusula y los riesgos en los que incurre habiendo llegado incluso a ocultar malintencionadamente la información que le hubiese resultado necesaria al demandante.

En definitiva, pretende la eliminación de la cláusula en cuestión por una doble vía; bien por existir vicio del consentimiento al no haber existido suficiente información del producto por parte de la entidad bancaria en el momento de la firma del contrato y por aplicación de las normas básicas del C. Civil, bien por considerar que la cláusula en cuestión es abusiva por no superar el control de transparencia al no permitir conocer el alcance real de la misma y ello por aplicación de la normativa básica de consumidores y usuarios. Pero, en definitiva, tanto una idea como la otra radican en la misma esencia y es que el demandante no pudo saber, en el momento de contratar, lo que realmente estaba firmando ni entendió tampoco los riesgos que estaba asumiendo, todo lo cual debe conllevar la nulidad de la cláusula en cuestión.

El Tribunal Supremo analiza este tipo de cláusulas desde su perspectiva de vicio del consentimiento en su sentencia de pleno de fecha 30 de junio del año 2015. En la misma las define del siguiente modo "Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca **multidivisa**" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

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

4.- Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo

constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

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

5.-En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada la [Directiva 2014/17/UE \(LA LEY 2640/2014\)](#) 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.

El TJUE ha dictado una sentencia, la de [30 de abril de 2014, asunto C-26/13 \(LA LEY 46630/2014\)](#), que tiene por objeto una de estas hipotecas **multidivisa**. No obstante, al tratarse de una hipoteca **multidivisa** concedida a un consumidor, la citada STJUE aplica e interpreta la [Directiva 93/13/CEE \(LA LEY 4573/1993\)](#), sobre **cláusulas** no negociadas en contratos celebrados con consumidores, que en nuestro caso no es de aplicación por cuanto que, como ya se ha expresado, los demandantes no ostentaban la condición de consumidores en esta relación jurídica, por lo que no procede traer a colación dicha sentencia.

6.-La determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico para determinar cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista no es una cuestión pacífica.

La Sala considera que la "hipoteca **multidivisa**" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la [Ley del Mercado de Valores \(LA LEY 1562/1988\)](#) de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el [art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores \(LA LEY 1562/1988\)](#), en relación al art. 2.2 de dicha ley.

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada [Ley del Mercado de Valores \(LA LEY 1562/1988\)](#), en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la [Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril \(LA LEY 4852/2004\)](#), MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el [Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero \(LA LEY 1160/2008\)](#), y, en concreto, los del [art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores \(LA LEY 1562/1988\)](#) y el citado Real Decreto.

7.-No es obstáculo para lo anterior que el [art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores \(LA LEY 1562/1988\)](#) establezca que el art. 79.bis no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

Dicho [art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores \(LA LEY 1562/1988\)](#) desarrolla el art. 19.9 de la Directiva MiFID, conforme al cual « *[e]n caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo* ».

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, [STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11 \(LA LEY 43524/2013\)](#), caso Genil 48 S.L., declaró que para aplicar la excepción del artículo 19.9 de la Directiva es necesario que el servicio de inversión haya estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información, constitutivas de legislación de la Unión Europea o de normas europeas comunes. Se dará este caso únicamente si el servicio de inversión formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto. Y precisó, asimismo, que lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto de la Directiva MiFID, y que determinaría la no sujeción a las obligaciones establecidas en dicha Directiva, debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate.

En consecuencia, no existiendo, cuando se concertó la operación, normativa comunitaria ni normas europeas comunes para entidades de crédito que establecieran unas obligaciones de información para las entidades financieras en relación a la concesión de préstamos en los que la determinación del importe de la cuota de amortización y el

cálculo del capital pendiente de amortización en cada momento estuviera referenciado a una divisa extranjera, y que permitieran a los clientes la adecuada valoración del riesgo, la normativa reguladora de estos extremos era la normativa MiFID.

8.-Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del [Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 \(LA LEY 3315/2014\)](#), y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el [art. 7 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#) y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 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”.

En esta sentencia, El Tribunal Supremo, si bien acaba denegando la petición de nulidad de la cláusula por entender que no existe vicio del consentimiento si señala las bases a tener en cuenta a la hora de resolver una cuestión como la presente. En cualquier caso, el caso que ahora nos ocupa muestra importantes diferencias con el analizado por el Tribunal Supremo. Así, en primer lugar, el demandante sí goza de la condición de consumidor o usuario, puesto que la hipoteca la contrató para adquirir su vivienda habitual, sin que guarde ello relación alguna con su profesión u oficio. En segundo lugar y ello también es de vital importancia, el demandante carece de los conocimientos específicos en materia de contratación bancaria y de productos financieros que tenían los contratantes del procedimiento analizado por el Tribunal Supremo. Ninguna de las pruebas solicitadas por la entidad bancaria ha permitido dar a entender que el demandante tenga el más mínimo conocimiento de este tipo de cláusulas. Ya no sólo de su interrogatorio se evidenció esta falta de entendimiento, sino que no existe ninguna otra prueba que lo contradiga. Tiene una última diferencia y es que el préstamo hipotecario se firmó antes de entrar en vigor la reforma por la que se introduce en el derecho español la normativa MIFID, sin perjuicio de lo cual, la normativa existente sí tiene que ser interpretada a la luz de la directiva europea que marca unas líneas muy claras (según expone el propio Tribunal Supremo en la sentencia antes transcrita).

En cualquier caso, tal y como señala el Tribunal Supremo en esa misma sentencia “Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero , y [716/2014 de 15 diciembre \(LA LEY 180390/2014\)](#), ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.”

Para que el error suscitado en el contratante de lugar a la nulidad, el Tribunal Supremo tiene marcados los siguientes requisitos (Sentencia 29 de octubre de 2013):

“Reiteramos la doctrina que, sobre la materia, resumió la sentencia [683/2012, de 21 de noviembre \(LA LEY 180631/2012\)](#). En ella expusimos que cabe hablar de **error** cuando la voluntad del contratante se hubiera formado a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero , 295/1994, de 29 de marzo , 756/1996, de 28 de septiembre , 434/1997, de 21 de mayo , [695/2010, de 12 de noviembre \(LA LEY 198998/2010\)](#), entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del contrato fuera **equivocada** errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada - "*pacta sunt servanda*" - imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el **error** invalide el contrato y, consecuentemente, pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, los contratos constituyen el instrumento jurídico por el que quienes los celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "*lex privata*" (ley privada) cuyo contenido determinan.

La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

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

Dispone el [artículo 1266 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#) 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 ella que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo - sentencias de, 4 de enero de 1982 , 295/1994 , de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil -.

Por otro lado, de existir y haberse probado, el **error** debería ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se les presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del negocio jurídico, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el **error** sobre ellos resulta irrelevante como **vicio** del consentimiento.

Se entiende que quien contrata soporta el riesgo de que sean acertadas o no las representaciones que, al consentir, se hizo sobre las circunstancias en consideración a las cuales le había parecido adecuado a sus intereses quedar obligado.

Como se indicó, 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 - sentencias de 8 de enero de 1962 , 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997 , entre otras -.

Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos en el desenvolvimiento de la relación contractual resulten contradictorios con la reglamentación creada. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

Repetimos que el **error** exige que la representación **equivocada** se muestre para quien la efectuó como razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo, en caso de operaciones económicas, de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

Por otro lado, el **error** ha de ser excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982 , 756/1996, de 28 de septiembre , [726/2000, de 17 de julio \(LA LEY 10038/2000\)](#), [315/2009 , de 13 de mayo - \(LA LEY 67145/2009\)](#) exige tal cualidad, pese a no estar mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta de quien se presenta como ignorante o **equivocado**, negándole protección cuando, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en esa situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.”

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 26 de septiembre de 2016, analiza la cuestión también desde la perspectiva de la abusividad de la cláusula por falta de transparencia diciendo que “Ahora bien, sentada la naturaleza del producto contratado con arreglo a la jurisprudencia emanada por el TJUE, hemos de destacar que aún cuando incumbe al actor la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, como fundamento de la acción ejercitada, corresponde en todo caso al Banco demandado acreditar que dio al prestatario información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación del préstamo hipotecario con la opción "multidivisa" en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado. Siendo tal principio general una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el [art. 7 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#) y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 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 (STS 20 de enero de 2014).

QUINTO.-En este sentido la S.T.S de 24 de marzo de 2015 recogiendo la doctrina sentada por las SSTs de 8 de septiembre de 2014 , 9 de mayo de 2013 y 18 de junio de 2012 establece lo siguiente:

"1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las [núm. 834/2009, de](#)

[22 de diciembre \(LA LEY 283751/2009\)](#), [375/2010, de 17 de junio \(LA LEY 114039/2010\)](#), [401/2010, de 1 de julio](#) , y [842/2011, de 25 de noviembre](#) , y se perfila con mayor claridad en las [núm. 406/2012, de 18 de junio](#) , [827/2012, de 15 de enero de 2013 \(LA LEY 18194/2013\)](#), [820/2012, de 17 de enero de 2013](#) , [822/2012, de 18 de enero de 2013 \(LA LEY 9463/2013\)](#), [221/2013, de 11 de abril \(LA LEY 45886/2013\)](#), [638/2013, de 18 de noviembre \(LA LEY 254818/2013\)](#) y [333/2014, de 30 de junio](#) . Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "**cláusulas**suelo", puede citarse tanto la referida sentencia [núm. 241/2013, de 9 de mayo](#) , como las posterior [sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre \(LA LEY 143790/2014\)](#).

3.- El [art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril \(LA LEY 4573/1993\)](#), sobre **cláusulas**abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que "la apreciación del carácter abusivo de las **cláusulas**no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas **cláusulas**se redacten de manera clara y comprensible".

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

Este doble control consistía, según la sentencia [núm. 241/2013](#) , en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, "conforme a la [Directiva 93/13/CEE \(LA LEY 4573/1993\)](#) y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia [406/2012, de 18 de junio](#) , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la **cláusula**predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en las presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, "la transparencia documental de la **cláusula**, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de un **cláusula**que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato."

Por tanto, que las **cláusulas** en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, [LCGC \(LA LEY 1490/1998\)](#)-). Supone, además, que no pueden utilizarse **cláusulas** que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El [art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE \(LA LEY 4573/1993\)](#) conecta esta transparencia con el juicio de abusividad ("la apreciación del carácter abusivo de las **cláusulas** no se referirá a (...) siempre que dichas **cláusulas** se redacten de manera clara y comprensible"), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

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

4.- La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión ([arts. 5.5 \(LA LEY 1490/1998\)](#) y [7 LCGC \(LA LEY 1490/1998\)](#)), en los [arts. 80.1 \(LA LEY 11922/2007\)](#) y [82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios \(LA LEY 11922/2007\)](#) (en lo sucesivo, [TRLCU \(LA LEY 11922/2007\)](#)), interpretados conforme al [art. 4.2 \(LA LEY 4573/1993\)](#) y [5 de la Directiva 93/13/CEE \(LA LEY 4573/1993\)](#), y citaba a tales efectos lo declarado en la [STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/2011 \(LA LEY 16295/2013\)](#), caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer "de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste".

5.- La STJUE de 30 de abril de 2014, citada en el asunto C-23/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo **multidivisa**, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que "la exigencia de transparencia de las **cláusulas** contractuales establecida por la [Directiva 93/13 \(LA LEY 4573/1993\)](#) no puede reducirse sólo al carácter comprensible de ésta en un plano formal y gramatical" (párrafo 71), que esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva (párrafo 72) que del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras **cláusulas** relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (párrafo 739, y concluir en el fallo que "el [artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 \(LA LEY 4573/1993\)](#) debe interpretarse en el sentido de que, en relación con

una **cláusula**contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una **cláusula**contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la **cláusula**considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la **cláusula**referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras **cláusulas**relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Precisamente, en el análisis del control de transparencia de las **cláusulas**insertas en las escrituras de constitución de préstamos hipotecarios, la STS de 9 de mayo de 2013 señalaba que "la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la [Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 \(LA LEY 1668/1994\)](#), sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (vigente cuando se formalizó la escritura objeto de autos y hoy sustituida por la O.M. EHA/2899/2011, 28 octubre), "garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la [LCGC \(LA LEY 1490/1998\)](#) para la incorporación de las **cláusulas**de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor".

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

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

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

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

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

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

El art. 7 de la Orden Ministerial añade otro elemento de protección: el prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, si bien puede renunciar expresamente a este plazo, ante el Notario autorizante, que en

todo caso deberá comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las **cláusulas** financieras del documento contractual, advirtiendo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.

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

a). El [artículo 7.3.6 señala que en cumplimiento del Reglamento Notarial \(LA LEY 7/1944\)](#)y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario, en el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

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

SEXTO.-En el caso en litigio, de un análisis e interpretación del propio **clausulado** en que viene regulada la opción **multidivisa**, e incontrovertido que la parte **prestataria tiene la condición de consumidora** con arreglo a la normativa de consumidores y usuarios actual, [Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre \(LA LEY 11922/2007\)](#) y la anterior regulación Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el artículo 60 , sobre la información previa al contrato, establece que "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"; y su artículo 80 establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen **cláusulas** no negociadas individualmente, éstas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) 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; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de **cláusulas** abusivas), no podemos concluir que su redacción sea lo suficientemente clara y comprensible a fin de que el prestatario consumidor pudiese conocer con sencillez tanto la carga económica como jurídica que suponía el mecanismo **multidivisa** y los riesgos concretos asociados a su concreto y determinado funcionamiento, que desde luego 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, y 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 adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que en su contravalor en euros le fue entregado al concertar el préstamo; tal como ha ocurrido en este caso.

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

En este supuesto y en atención a las concretas circunstancias concurrentes no es posible concluir que el prestatario-consumidor dispusiera de información clara, precisa, detallada y completa para comprender el real alcance del mecanismo de divisa y la correlación con los riesgos concretos asociados a la fluctuación de la divisa escogida en cuanto a las consecuencias económicas de dicha elección. Y ello a fin de poder evaluar las consecuencias económicas totales derivadas del funcionamiento de dicho mecanismo de modo comprensible, cabal, adecuado y con criterios precisos y comprensibles. Se trata de determinar si el contratante- consumidor tuvo completo, cabal y suficiente conocimiento de las consecuencias económicas en la relación entre dicho mecanismo de la elección de la divisa y las otras **cláusulas** relativas a la entrega/devolución del préstamo. Esto es si el contratante tuvo completo conocimiento, basado en criterios detallados y comprensibles, sobre las consecuencias económicas que derivan de la elección de la divisa extranjera, especialmente en cuanto a la relación del cambio de la divisa sobre el capital pendiente de amortizar del préstamo; el real alcance de los riesgos asociados a la fluctuación de la divisa en toda su extensión.

OCTAVO.-Como se dice en la demanda el señor [REDACTED] acudió a la entidad financiera Caixabank junto con la señora [REDACTED] con la intención de suscribir un préstamo hipotecario para poder cancelar el que tenían con Banesto, siendo su interés que la cuota mensual fuera de menor importe. En el juicio declara que venía pagando a este último unos 1.900 € al mes, diciéndole los empleados de la demandada que la cuota se bajaría a 1.400 € (nunca más de 1.800 € al mes), si bien llegó a pagar hasta 2.700 €. Añade que no le informaron que tendría que pagar en yenes ni que tuviera que tener en su cuenta las divisas necesarias en yenes; que en la notaría fue rápido todo, se leyó en 4 minutos...; que sólo los dos primeros meses le llegó la información de esa divisa.

Por su parte Caixabank no aporta documento alguno con su contestación, con lo que queda improbadamente cualquier información precontractual. El testigo que declaró en el juicio, señor [REDACTED], empleado de la demandada en la fecha de la suscripción de la escritura, relata que sólo estuvo en la notaría, que él no explicó el producto a los clientes, que acudieron con un asesor particular (de la entidad [REDACTED]) que fue el que llevó la documentación necesaria, y como conocedor de las características de la hipoteca en **multidivisa** era el que se las explicaba a los clientes. Hecho este que aparece por primera vez en el proceso con la declaración de este señor, que niega el demandante y no existe rastro alguno de que así ocurriera. No consta la declaración de los que realmente comercializaron en este caso este producto, empleados de Caixabank, prueba que bien pudo proponer esta entidad que es quien tiene la facilidad de conocer sus datos personales. Sí manifiesta el señor [REDACTED] que no se facilitó al cliente la escritura con anterioridad a su firma, y que acudió más de cuarenta veces al Banco, se entiende en búsqueda de explicaciones cuando la cuota se disparó.

Todo ello no permite concluir que los prestatarios fueran conocedores de los riesgos derivados del cambio de fluctuación de la moneda en cuanto a la carga económica y jurídica que asumían y, en especial, en cuanto a la repercusión del principal pendiente de amortizar; en suma, de las consecuencias económicas derivadas de la elección de la moneda extranjera. Y tampoco es revelador de su conocimiento del funcionamiento y riesgos del producto el que ambos por ser azafatos estuvieran acostumbrados a moverse en otras monedas. No consta que recibieran folleto o información precontractual suficiente,

ni que se les realizaran simulaciones o ejemplos en cuanto a la información y las consecuencias derivadas del riesgo de fluctuación de la moneda y la paridad yenes/euros.

Por otro lado, si bien el Notario autorizante hizo constar"Leo esta escritura en alta voz a los comparecientes, advertidos del derecho que tienen de hacerlo por si, del que no usan y enterados de su contenido, así lo otorgan ...de que el consentimiento de los otorgantes fue libremente prestado, de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad, debidamente informada de los comparecientes...", ello no implica que la entidad financiera ofreciera al cliente -consumidor- información completa, adecuada y comprensible a fin de poder conocer, antes de la firma de la escritura pública, los concretos riesgos derivados del funcionamiento de dicha elección de la modalidad **multidivisa**, en cuanto al mecanismo propio de funcionamiento derivado de la fluctuación en su repercusión económica-jurídica. La simple intervención notarial, como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 no garantiza la comprensibilidad real ni el control y cumplimiento de ese deber especial y esencial de facilitar la información, clara, completa, adecuada en cuanto al funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa y muy especialmente la relación entre dicho mecanismo y el detallado por otras **cláusulas** relativas a la entrega del préstamo. Siguiendo los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013 , tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo (la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo).

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

A la presente sentencia le serían aplicables exactamente los mismos argumentos. Ni un solo documento ha sido aportado por la entidad bancaria tendente a acreditar el tipo de información suministrada. Y tampoco ha solicitado la declaración del gestor que le informó sobre esa hipoteca o de algún otro empleado de la entidad que pueda explicar cuál fue la información concreta que se le transmitió al demandante. De otra parte, de la profesión del demandante, camionero, no puede inferirse que el mismo tenga conocimientos técnicos suficientes sobre este tipo de contratación y sus riesgos. Sin duda es cierto que el demandante podría haber demostrado un mayor interés a la hora de contratar, informándose de manera más rigurosa de qué es lo que estaba contratando. Pero es evidente que la actitud del banco, que no facilitó información alguna respecto del verdadero alcance de la cláusula multidivisa fue lo que acabó causando el erro en el demandante. Ni tan siquiera en los recibos mensuales del pago de la hipoteca se hacía mención alguna a moneda extranjera. Estaba ya transformado a euros, con lo

que ni tras la firma de la hipoteca, se facilitó el conocimiento de lo que realmente había firmado. Aplicando a sensu contrario todo lo manifestado por el Tribunal Supremo en la antes mencionada sentencia del año 2015 resulta que procede declarar la nulidad de la cláusula. El Supremo parte de la extrema dificultad de entender este tipo de cláusulas si bien, atendiendo al carácter experto de los contratantes en ese caso concreto, acaba considerando que no se dan las circunstancias para declarar la nulidad. Estamos ante un caso completamente opuesto. El demandante no sólo no es un experto, sino que afirma no tener el más mínimo conocimiento sobre este tipo de contratos. Y la parte demandada no ha acreditado lo contrario, puesto que ni consta inversiones anteriores o contratos similares o su participación en negocios que permitan presuponer sus conocimientos. De acuerdo con todo ello, procede considerar, en efecto, que se ha producido error en el consentimiento declarando al nulidad de la cláusula en cuestión.

Y los efectos que produce esa declaración de nulidad no pueden ser otros que los propuestos por la parte demandante, máxime cuando a pericial aportada es tan clara y llega a unas conclusiones tan certeras. En cualquier caso, la parte demandada tampoco aporta ninguna cifra ni posibilidad alternativa.

En ese mismo sentido, la ya mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid señala al respecto que "Partiendo de todo ello, procede concluir la procedencia de la nulidad parcial del préstamo hipotecario de autos, nulidad parcial que conlleva que, aún sin la parte afectada, el contrato pueda subsistir siempre que los contenidos afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para afirmar que aún sigan concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. Concurriendo tales condiciones, el negocio puede por tanto subsistir, como se deduce de la doctrina plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que entendió que la nulidad de las cláusulas suelo en el caso analizadas no había de comportar la de los contratos en los que se insertaban, por no imposibilitar "su subsistencia", y el TJUE de 30 de abril de 2014 -en relación, precisamente, a un préstamo hipotecario multidivisa- (en el mismo sentido, SSTs de 12 de noviembre de 1987 , 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015).

Sin duda la aquí debatida cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato. Más no formando parte inescindible de su objeto y causa, no cabe concluir sin embargo que nos encontremos ante una condición esencial toda vez que con los precisos ajustes (como préstamo en euros y referenciado al Euribor), el negocio puede subsistir. No hay motivo, por tanto, para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial.

En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula multidivisa y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la hipoteca si bien referenciada en Euros, operando por ello como un préstamo en Euros, referenciado al Euribor.

Criterio acogido por esta Sección 11 en sentencia dictada en el Rollo 436/14 , y mantenido también en la sentencia de la Sección 19 de la AP Barcelona de 19 de enero de 2016, Sección 1 de esa misma Audiencia Provincial de 27 de noviembre de 2015, así como Sección 6 de la AP Valencia de 30 de abril de 2015."

Es decir, procede declarar la nulidad de la citada cláusula, de tal forma que el contrato de préstamo hipotecario continúe referenciado al euribor y condenando a la parte demandada a abonar la cantidad en la que ha resultado perjudicado el demandante por la utilización de la cláusula, que asciende a los 63.426,07 € reclamados.

Finalmente, la parte demandada plantea la posible **caducidad** de la acción al haber transcurrido más de 4 años desde la firma de la escritura de hipoteca, siendo que el artículo 1301 marca el plazo de caducidad de 4 años para el ejercicio de la acción de nulidad. No obstante, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en este tipo de supuestos es clara señalando que el plazo de caducidad no empieza contar desde la firma del contrato, sino desde que verdaderamente se tiene conocimiento de las causas que generan el vicio del consentimiento. Y no existe elemento para pensar que hayan pasado más de cuatro años desde entonces. Procede, por lo expuesto, desestimar la pretensión de caducidad de la acción.

TERCERO.- En cuanto a las **costas**, habida cuenta la estimación íntegra de la demanda, procede la condena en costas de la parte demandada.

FALLO

ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por la Procuradora **D^a LAURA DE LOS SANTOS** en nombre y representación de **ASUFIN**

- DECLARO la nulidad del préstamo hipotecario con derivado implícito en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa insertadas en el préstamo hipotecario suscrito en su día entre [REDACTED] Y CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA (BBVA) el 21 de mayo de 2007 por existir error vicio en el consentimiento en el momento de otorgar el mismo, dada cuenta la ausencia de información sobre dicho derivado implícito, omitiendo la información necesaria para que la parte actora pudiese comprender el funcionamiento del mismo y los riesgos que le son inherentes.
- CONDENO a la entidad BBVA SA a la devolución al demandante de la cantidad de 63.426,07 € que han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de opción multidivisa que el préstamo hipotecario incluía, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de Apelación en el plazo de 20 días.

Llévese el original al libro de sentencias.

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

PUBLICACIÓN.- La presente Sentencia ha sido leída y publicada por el Sr. Juez que la dicta en el día de su fecha.