



Roj: SAP O 266/2014  
Id Cendoj: 33024370072014100041  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Gijón  
Sección: 7  
Nº de Recurso: 265/2013  
Nº de Resolución: 49/2014  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7**

**GIJON**

**SENTENCIA: 00049/2014**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE**

**GIJON**

**Sección 007**

-

Domicilio : PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 **GIJÓN**

Telf : 985176944-45

Fax : 985176940

Modelo : SEN000

N.I.G.: 33024 42 1 2012 0007041

**ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000265 /2013**

Juzgado procedencia : JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de **GIJON**

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000648 /2012

RECURRENTE : Miguel Ángel , Lina

Procurador/a : Mª PILAR CANCIO SANCHEZ

Letrado/a : DAVID MAYO ALVAREZ

RECURRIDO/A : BANKINTER S.A.

Procurador/a : MARINA GONZALEZ PEREZ

Letrado/a : ALIPIO CONDE HERRERO

**SENTENCIA Núm. 49/2014.**

**ILMOS. SRES.:**

**PRESIDENTE: DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA.**

**MAGISTRADOS: DON RAMON IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE**

**DOÑA MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA.**

En **Gijón**, a catorce de Febrero de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias con sede en **GIJÓN**, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 648/2012, procedentes del JUZGADO DE

PRIMERA INSTANCIA N. 6 de **GIJÓN**, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) nº 265/2013, en los que aparece como parte apelante, DON Miguel Ángel y DOÑA Lina , representados por la Procuradora de los tribunales, Sra. M<sup>a</sup> PILAR CANCIO SÁNCHEZ, asistida por el Letrado D. DAVID MAYO ÁLVAREZ, y como parte apelada, BANKINTER S.A., representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARINA GONZÁLEZ PÉREZ, asistida por el Letrado D. ALIPIO CONDE HERRERO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de **Gijón**, dictó en los referidos autos Sentencia de fecha 15 de Marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO.- Que desestimando la demanda formulada por la Procuradora María Pilar Cancio Sánchez, en nombre y representación de Miguel Ángel y Lina , contra BANKINTER S.A., debo de absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones deducidas en la misma, imponiendo a los demandantes las costas causadas en este procedimiento".

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de DON Miguel Ángel y DOÑA Lina se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta Audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 11 de Febrero de 2014.

**TERCERO.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

Vistos siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON RAFAEL MARTÍN DEL PESO GARCÍA**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de apelación interpuesto frente a la demanda que rechaza la acción de nulidad parcial interesada por la parte demandada de las cláusulas atinentes a los tipos de interés de los préstamos multidivisas concertados por los actores (primera, segunda y tercera) que se fundaba en la ineficaz formación de la voluntad contractual y precontractual que ha desembocado en un error invalidante imputable a BANKINTER, la mala fe contractual, y el carácter abusivo de dichas cláusulas, así como la existencia de culpa en la actuación de la demandada de la que derivar una responsabilidad contractual, en la que insiste en su planteamiento denunciando error en la interpretación de lo ocurrido, en primer lugar al ser posible declarar la nulidad parcial y en cuanto a la existencia del error, al omitir la información precontractual y contractual exigible en los términos alegados en la demanda dada la naturaleza de producto complejo y especulativo del contrato litigioso, en la incorrecta interpretación y lo dispuesto en el artículo 6 3º CC por la sentencia apelada, en la existencia de una responsabilidad contractual de la demandada a la vista de la naturaleza del producto y del incumplimiento de su función de asesoramiento exigible, para impugnar la condena en costas por existir dudas de hecho y jurídicas.

**SEGUNDO.-** Por su relación con el problema debatido y con el conjunto de alegatos heterogéneamente esgrimidos en el recurso, hemos de remitirnos al tenor de la doctrina contenida en la sentencia de fecha 10 de Febrero de 2014 , de esta Sala dictada en procedimiento interpuesto por otros clientes de esta entidad para impugnar sendos préstamos hipotecarios en la modalidad multividisa en la que referencia además es el LIBOR y la moneda es la misma que el de autos, de modo que se trata del mismo producto y las acciones instadas eran idénticas, por lo que a salvo del análisis concreto en cada caso del error invocado a la vista de las particulares condiciones de cada cliente y la información suministrada, deben ser reproducidas todas las consideraciones allí expuestas que sirven de base tanto a aquella, como a la presente resolución. Y así en primer lugar, dijimos y reiteramos que la primera de entabladas no puede prosperar por instar la parte la nulidad parcial de las cláusulas primera, segunda y tercera del contrato de préstamo sin interesar la nulidad íntegra de aquel, declarando en la anterior sentencia que citamos lo siguiente: " .... Así las cosas y en cuanto a la nulidad que constituye el primero de los motivos, basta para rechazar la impugnación el primero de los argumentos que emplea la sentencia para desestimar la demanda, que en realidad no se combaste en la alzada, consistente en la imposibilidad de declarar la nulidad parcial, con apoyo como dice la sentencia en el tenor de las del TS de 4 de diciembre de 1986 y 12 de noviembre de 1987 ) que veda la declaración de nulidad parcial de determinadas cláusulas contractuales, en un negocio en el que se ha producido el error como vicio esencial del consentimiento, no escindibles del contrato que debe analizarse como un todo y por tanto la nulidad de aquellas sólo tiene sentido instando la nulidad contractual en su conjunto, lo que ya de por sí provoca la desestimación de este motivo .....", doctrina que se reitera en el caso enjuiciado, sin que pueda compartirse la argumentación que esgrime el apelante en su recurso de que cabe instar la nulidad parcial puesto que lo de elementos accesorios o accidentales al negocio cuando las combatidas sin embargo, afectan a la esencia de la modalidad del préstamo hipotecario pactado.

**TERCERO.-** Por otro lado, y en lo que atañe al deber de información precontractual y contractual en relación con las peculiaridades del producto objeto de la litis, hemos de reiterar también lo dicho en la sentencia anterior, de fecha 10 de Febrero de 2014, que declara: ...." *No obstante lo dicho, el supuesto error y consiguiente vicio del consentimiento deriva tanto de la naturaleza del contrato, como de la ausencia de información suficiente, invocando en apoyo de su tesis una prolija cita de preceptos y jurisprudencia referidas en gran medida a la contratación de otro tipo de productos, como las permutas financieras, pese a que la demanda también se distingue por la singular parquedad expositiva de los hechos que la fundamentan, pues es la fundamentación jurídica la que constituye la práctica totalidad de su contenido desde la página 4 a la 56, cuando resulta sin embargo esencial para su pretensión tanto la descripción del clausulado contractual que se impugna, como los antecedentes y el íter formativo de la voluntad en la relación cliente - banco que dio lugar a la perfección de estos dos contratos y los perjuicios irrogados, puede colegirse que el demandante, odontólogo de profesión decidió cancelar dos hipotecas preexistentes ( una de ellas con BANKINTER) y suscribir dos préstamos hipotecarios con la demandada ( documentos 5 y 6) mediante la modalidad de hipoteca multidivisa, concertados en Yenes y utilizando como tipo de interés el LIBOR, con variación mensual. Desde esta óptica debe precisarse en primer lugar la diferencia de este contrato con las permutas financieras ( SWAP) cuya naturaleza como producto complejo y especulativo ha sido puesta de relieve por esta Sala, entre otras en sentencia de fecha 24 de Enero de 2014 y las que en ella se citan ), pues si bien sentencias como la de la AP de Barcelona de 7 de noviembre de 2013 lo califica de producto complejo, no puede equipararse a las permutas financieras para identificar ambos productos y exigir el mismo nivel de información. Pues éstas son por su propia naturaleza un producto especulativo para ambas partes, de riesgo y complejo en la determinación de su operatividad que se ofertó por las entidades bancarias a los usuarios con un fin por completo alejado de su verdadera entidad, naturaleza y efectos, como es el de servir de seguro para precaverse de las consecuencias de las subidas de tipo de interés, a veces vinculados a préstamos con cláusulas de suelo, con lo que se traduce causar un perjuicio mayor a los usuarios, a quienes no se les informa del riesgo del producto, de la compleja operatividad del swap con la que no están familiarizados ( especialmente cuando se producen bajadas de tipos con respecto a los distintos índices que contempla el swap), tratándose como decimos, de un producto especulativo y de alto riesgo, del que no se informa, como tampoco de la forma de calcular las liquidaciones, de difícil inteligencia salvo que se detallen en simulaciones completas y adaptadas al grado de conocimientos de cada cliente y con importantes costes adicionales que también se ocultan, como el de cancelación anticipada, lo que ha llevado a la sala a perfilar las condiciones de la información en esta clase de contratos y declarar la nulidad si no ha habido información adecuada a las condiciones del sujeto que se haya traducido en la existencia de un error esencial y excusable o invencible. Si n embargo en este caso el producto no es sino un préstamo hipotecario en una moneda extranjera que contiene un tipo de interés variable con referencia al índice LIBOR que constituye una tasa de referencia internacional respecto a determinadas divisas, en este caso el yen japonés, cuya concreción del tipo viene determinada por la evolución de este índice y especialmente por las fluctuaciones de dicha moneda respecto del euro. En definitiva es un préstamo a interés variable que utiliza como referencia el LIBOR, índice a 6 y 3 mese que es habitual en préstamos hipotecarios en otros países fuera de la Unión, como EEUU e incluso en alguno perteneciente a la UE, como Gran Bretaña, que representa la aplicación de un interés referencial similar al EURIBOR, de hecho la complejidad en la determinación de los intereses del préstamo no es muy superior a la que se incorpora a las escrituras que toman como referencia el EURIBOR. En definitiva la moneda en que se verifica el préstamo y el índice empleado no desvirtúan al naturaleza del contrato convirtiéndolo en un producto de inversión de capital en un mercado extranjero, como se califica en la demanda, ni en un producto especulativo para ambos contratantes, y ni siquiera para el prestatario, como afirma la sentencia en su fundamento jurídico quinto, por más que éste, - al igual que en todo préstamo a interés variable al que le afectan las condiciones futuras del mercado- busque aminorar la onerosidad de las condiciones de la deuda derivada del préstamo a través de una fluctuación de la conversión monetaria que le resulte favorable en el tiempo, pues en definitiva se trata de un préstamo a interés variable, con un índice referencial que puede producir mayor incertidumbre en cuanto a la variación de los intereses, por definirse a través del índice reseñado y estar sujeto a la variabilidad de las fluctuaciones de los tipos de cambio y cotización de divisas ..*

.....La definición del producto es importante tanto para concretar el nivel de información, como para evaluar el error, puesto que en línea con la argumentación contenida en las sentencias del TS de 21 de noviembre de 2012 y 29 de octubre de 2013, esta sala ha declarado ( sentencia de fecha 24 de Enero de 2014, ya citada ) que ha de hacerse el análisis de la ausencia de información y el consiguiente error en atención a las peculiaridades características y perfil del que contrata con la entidad, ya que no en todo los casos puede calificarse de excusable o invencible y provocar la nulidad, y declara nuestra sentencia de 3 de noviembre de 2011 como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2.007, «...la jurisprudencia de esta

Sala, al interpretar lo dispuesto en el artículo 1.266 del Código Civil sobre los requisitos del error para que sea invalidante del consentimiento prestado, requiere no sólo que éste sea esencial, sino además que sea excusable; requisito que ha de ser apreciado en atención a las circunstancias del caso.).... y en el presente supuesto no hubo error invencible, pues a las demandantes se les ofreció una información proporcionada al nivel de formación, conocimientos y experiencia de las personas que administraban y gestionaban las sociedades demandantes, y si alguna duda albergaban éstas sobre el comportamiento del producto y/o su cancelación anticipada, habrían podido despejarla fácilmente, pues su nivel de formación y experiencia, les habrían permitido hacer las preguntas e indagaciones pertinentes a tal fin, sin que la supuesta premura en la contratación del producto, ni el alto nivel de confianza existente entre las partes, constituyan tampoco en este caso obstáculos insalvables que hubiesen impedido a las demandantes adquirir un conocimiento suficiente sobre los riesgos del producto; conocimiento que reconocieron haber tenido, tanto en los propios contratos, como en los correos electrónicos remitidos el día antes de su suscripción, por lo que la demanda se desestima y la sentencia se confirma. ...."Al hilo de lo expuesto hemos de concluir que la naturaleza del producto (no especulativo) permite conocer con la diligencia media exigible, sus características a la hora de contratar y que la información suministrada fue correcta, y no sólo se acomoda a los términos de la Orden de 5 de mayo de 1994 (en la que es el Notario quien debe advertir con claridad al prestatario de los riesgos del producto), tal y como señala la apelada, del riesgo de fluctuación de tipos de cambio, riesgo evidente por lo demás y conocido por una persona de la formación del actor (aunque no sea un inversor experto en productos financieros) que pretende contratar el producto en la previsión de que esa fluctuación le sea favorable en el tiempo, máxime cuando las advertencias sobre las consecuencias del préstamo en divisas se especifican en el exponiendo III de la escritura y vienen además completadas por la labro informativa desarrollada previamente a su contratación por la entidad bancaria instrumentada en los distintos documentos acompañados con la contestación y suscritos por el demandante (documentos 2 y siguientes, folios 526 y siguientes) donde se le detalla el funcionamiento del contrato en condiciones suficientes para conocer los posibles riesgos derivados de la fluctuación monetaria en relación con el interés pactado,....". En el caso enjuiciado los contratantes, ingeniero técnico y directora de una empresa municipal de transporte, aún no dotados de particulares conocimientos financieros, pueden conocer la mecánica del producto a través de la documentación precontractual suministrada, (documentos 6 y 7 de la contestación), en las que se da una información somera pero comprensible sobre la naturaleza y posibles riesgos del producto, y del tenor de la propia escritura en la que con claridad se señala (folio 87) el riesgo de cambio que pueda originarse durante la vida del contrato y se advierte del mismo a los prestatarios que lo conocen y aceptan, por lo que hemos remitirnos a las acertadas consideraciones de la sentencia apelada acerca de que hubo adecuada información y de que no hay error y si éste se produjo no puede calificarse como excusable y sí como inexcusable o vencible, puesto que pudo ser desvanecido por los actores de actuar con la debida diligencia, de modo que el vicio de consentimiento aducido no puede prosperar y en este mismo sentido hemos de citar como lo hicimos en la anterior sentencia de esta Sala a la de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de julio de 2013 , sin que sea admisible denunciar la existencia de una información viciada imputable a la demandada en los términos que se pronuncia el informe pericial (y se insiste en el recurso), puramente especulativos sobre el hecho de que fuese previsible la revalorización en el tiempo del yen frente al euro, y en modo alguno corroborados en datos que permitan afirmar con cierto fundamento que dicha circunstancia fuese previsible al tiempo de contratar, como correctamente declara la apelada, máxime cuando hicieron uso hasta en tres ocasiones de la opción de cambio de divisa prevista en el contrato. No existiendo error, menos aún cabe imputar a la demandada una actuación dolosa o contraria a las reglas de la buena fe y todo ello por más que la perfección del préstamo en esta modalidad haya dado lugar a unas consecuencias más gravosas que si se hubiese fijado utilizando otros índices de interés variable como el EURIBOR, lo que por sí solo no pueda dar lugar a la prosperabilidad de la demanda instada.

**CUARTO.-** Otro tanto hay que decir de la nulidad que se interesa por contravención de normas imperativas ( artículo 6 3 CC ). No es posible apreciar que ninguna de las cláusulas contractuales sean per se abusivas y contravengan la LGDCU que genéricamente se invoca en la demanda y tampoco cabe entender que vulneren el principio de equilibrio de prestaciones de las partes, no sólo porque que de haber evolucionado el mercado de otra forma se hubiese beneficiado el apelante en los término que supuso se producirán si la fluctuación de las divisas le hubiese sido favorable y el yen hubiese continuado devaluándose frente al euro, sino porque la cita que se hace y la infracción los artículos 60 y 65 LGDCU que se fundamenta en relación a productos de inversión de índole diferente al que nos ocupa y ya hemos dicho que la suministrada es adecuada a la naturaleza del contrato de autos. En idéntico sentido se rechaza la nulidad contractual por vulneración de otras normas que aparecen entremezcladas y citadas, pero escasamente motivadas en el recurso. Al respecto en la sentencia de fecha 10 de Febrero de 2014 hemos dicho y reiteramos lo

siguiente: " igualmente resulta procedente desestimar la contravención de las cláusulas contractuales cuya nulidad late confusamente a lo largo de la demanda y del recurso, sin que se postule en el suplico , por los propios razonamientos de la apelada , especialmente al señalar la plena validez de las estipulaciones del préstamo cuestionadas al confrontarlas con la Ley de Condiciones Generales de Contratación, que no son oscuras, ambiguas o incomprensibles, de modo que la interpretación contraria en los términos que la plantea el recurrente llevaría aparejada la nulidad de esta clase de hipotecas multidivisa, debiendo incidir en el hecho de que el alegato del actor se dirige mas bien a denunciar al falta de información (ya resuelta) que a considerar que dichas estipulaciones sean per se contraria a los artículos 5 y 7 de la citada ley . Igualmente resulta improcedente la vulneración aducida de la Ley del Mercado de Valores ( ley 24/88), pues el de autos no es un instrumento financiero incluido en su ámbito de aplicación (artículo 2 en su primitiva redacción) y demás normativa heterogéneamente citada por el demandante, que aparece correctamente descartada en la fundamentación de la recurridaa la que nos remitimos . ..." doctrina que ratificamos en el supuesto de autos, cuya consecuencia es la de desestimación de los motivos aludidos, confirmando la apelada.

**QUINTO.-** En penúltimo lugar se rechaza así mismo la existencia de culpa contractual en la gestión de la demandada que parte de la contratación de un producto de inversión y especulativo financiero en el caso de autos, condición que no tiene el préstamo multidivisa concertado. Como también hemos declarado en la sentencia de fecha 10 de Febrero de 2014 , cuyo fundamento jurídico quinto hemos de transcribir y desestimar la impugnación en vista de lo ahí argumentado: "..... Resta por último examinar la responsabilidad contractual en la gestión de los intereses del cliente que se imputa a la demandada por una actuación culposa o negligente al no advertirle los riesgos y de las consecuencias desfavorables que se iban produciendo y en definitiva, se dice en los hechos de la demanda, -que son los que sirven de fundamento a la responsabilidad interesada sin que quepa reelaborarlos durante el procedimiento y a lo largo del recurso-, al involucrar a los demandantes en un producto financiero de alto riesgo. Esta sala ha declarado la específica diligencia que asumen los gestores de fondos de inversión en el asesoramiento e información a sus clientes hasta el punto de responder de culpa leve en su actuación. Así, en sentencia de fecha 19 de Enero de 2011 afirmamos que: "siempre la diligencia profesional específica a la entidad de inversión , requiere un deber de información riguroso, adaptado a las características de la operación a contratar,..." y añade que : "De otra parte es cierto que según se desprende con claridad de la STS de 20.1.03 , en los supuestos de daños y perjuicios por mala inversión ha de estarse **al patrón de la culpa leve en relación con la diligencia exigible a un comerciante experto** ( STS 15-7-88 ) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio y conforme al art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil ha de estarse al principio de facilidad probatoria. En concreto señala: "Ya la Ley del mercado de valores de 1.988 estableció, superando la arcaica legislación existente hasta el momento, las nuevas bases del régimen jurídico español en la materia y de su regulación, en lo que al tema respecta, ha de concluirse, desde una perspectiva general, que el contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil ( artículo 244 del Código de Comercio 1), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el "mercado de valores", al llamado contrato de "comisión bursátil"; de manera, que, en el desempeño de su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley de mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, **las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad.** (...) En suma, como establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su párrafo seis, recogiendo criterios jurisprudenciales anteriores a la propia Ley, en la distribución de la carga de la prueba "El Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en litigio", regla que, indudablemente, desplaza la carga de la prueba hacia la entidad demandada(...) Conforme a la calificación, dada al contrato, la entidad comisionista debe responder de los daños y perjuicios, causados a los inversores por la mala inversión, según el patrón de la culpa leve en concreto a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1.943 en relación con la diligencia exigible al "comerciante experto" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1.9988 ) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio..." (...)Los datos y consideraciones ya expuestos permiten concluir que la demandada actuó, al menos con "ligereza", esto es, sin el cuidado exigible al demandado comerciante, pues las noticias que circulaban en su entorno más directo, hacían presumible la existencia de un alto riesgo que impedía estimar la inversión de los pagarés como segura y fiable, lo que determina, de conformidad con

lo dispuesto en los artículos 1726 del Código civil ; 255 del Código de Comercio y normas señaladas por el artículo 81 de la Ley de mercados de valores, la responsabilidad civil de la demandada, por los daños y perjuicios causados..... " ; doctrina que reproducimos a los efectos de distinguir la exigencia del deber de información predicable en los supuestos en que se demanda una responsabilidad contractual ( supuesto al que se refiere aquella sentencia ) del aquí enjuiciado, en el que ha de determinarse si conscientemente suministró datos inexactos u oculto otros relevantes capaces de viciar el consentimiento del accionante, de forma que si la información eludida se hubiese llevado a cabo, éste no hubiera suscrito los fondos a que se refiere la demanda ", información que, como se indicó en dicha sentencia ha de ser acomodada a las particularidades del inversor al que se dirige...". Ahora bien, no estamos en el supuesto enjuiciado ante la gestión de una cartera de valores, ni en el asesoramiento de productos de inversión que exijan tal deber de diligencia, como con acierto razona la sentencia apelada en su fundamento jurídico quinto al que nos remitimos, precisando sin embargo, como ya expusimos, que no nos hallamos ante un producto especulativo ni siquiera desde la óptica del prestatario, pues la esencia de éste es la de arriesgar una determinada inversión para obtener una ganancia, mientras que aquí se busca un interés variable basado en las fluctuaciones monetarias del que resulte el menor coste de la hipoteca posible, ni en consecuencia hay constancia de que asumiese la demandada el deber de asesorar al cliente durante la vigencia del préstamo, con una obligación concreta de seguimiento de la evolución del cambio de la divisa elegida de la que resulte el deber de comunicar en su momento la mala evolución de la divisa empleada (en este caso del error frente al yen) para fijar las cuotas y proponerle un cambio de divisa que minorase los perjuicios, alegato que genéricamente se esgrime en el hecho sexto de la demanda sin especificar ni concretar el conjunto de obligaciones asumidas por BANKINTER ni el incumplimiento que fundamentan la responsabilidad que se insta y que por tanto debe rechazarse ...", doctrina igualmente de aplicación al caso enjuiciado, que por tanto se reitera en este caso.

**SEXO.-** Finalmente hemos de pronunciarnos sobre el motivo de recurso que combate la imposición de costas. Si bien podría discutirse la existencia de dudas de hecho o jurídicas si de una permuta financiera o un producto de inversión se tratase en el que es analizada la información, el error y la diligencia exigible a la entidad que asesora al cliente desde otra óptica, como venimos declarando, dando lugar a resoluciones de distinta naturaleza en atención a las peculiaridades de cada supuesto, lo que permite hablar de dudas de hecho o jurídicas, estimamos que dada la naturaleza del préstamo a interés variable concertado, los requisitos de la información, y la suministrada en el caso enjuiciado, no se dan dichas dudas y que la imposición de las de instancia es correcta y responde a la interpretación adecuada del artículo 394 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por lo que se rechaza el último de los motivos aducidos.

**SÉPTIMO.-** Desestimado el recurso las costas de la apelación se imponen al recurrente ( artículo 398 Ley de Enjuiciamiento Civil ).

En atención a lo expuesto, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial, dicta el siguiente

## FALLO

Se DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Miguel Ángel y DOÑA Lina contra la Sentencia de fecha 15 de Marzo de 2013 dictada en los autos de Juicio Ordinario nº 648/2012 que se siguen en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Gijón , que debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS en todos sus pronunciamientos, con imposición a los apelantes de las costas de esta alzada.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** La anterior Sentencia se ha hecho pública en el día de la fecha. En Gijón, a dieciocho de Febrero de dos mil catorce.



Roj: SAP O 252/2014  
Id Cendoj: 33024370072014100027  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Gijón  
Sección: 7  
Nº de Recurso: 249/2013  
Nº de Resolución: 37/2014  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7**

**GIJON**

**SENTENCIA: 00037/2014**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7 de GIJON**

N01250

PZA. DECANO EDUARDO IBASETA, S/N - 2º. 33207 **GIJÓN**

Tfno.: 985176944-45 Fax: 985176940

N.I.G. 33024 42 1 2012 0009199

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000249 /2013**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de **GIJON**

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000841 /2012

Apelante: Sixto

Procurador: JUAN RAMON SUAREZ GARCIA

Abogado: MARCELINO TAMARGO MENENDEZ

Apelado: BANKINTER S.A.

Procurador: MARINA GONZALEZ PEREZ

Abogado: BORJA FERNANDEZ DE TROCONIZ

**S E N T E N C I A nº 37/14**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**PRESIDENTE: D. RAFAEL MARTIN DEL PESO GARCIA**

**MAGISTRADOS: D. RAMÓN IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE**

**DOÑA MARTA MARIA GUTIÉRREZ GARCIA**

**Gijón**, diez de febrero de dos mil catorce

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en **GIJON**, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000841/2012, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de **GIJON**, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000249/2013, en los que aparece como parte apelante, Sixto, representado por el Procurador de los tribunales, Sr. Juan Ramón Suárez García, asistido por el Letrado D. Marcelino Tamargo Menéndez, y como parte apelada, BANKINTER S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sra. Marina González Pérez, asistido por el Letrado D. Borja Fernández De Troconiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de **GIJON**, se dictó sentencia con fecha 23-4-13 , en el P. Ordinario nº 841/12, del que dimana el presente RECURSO DE APELACION (LECN) 0000249 /2013, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que desestimado la demanda formulada por el Procurador Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de Sixto , contra BANKINTER SA, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones deducidas en la misma, imponiendo al demandante las costas causadas en este procedimiento".

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia a las partes, por la representación procesal de Sixto , se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación el cual una vez seguido por todos sus trámites se remitieron los autos a esta Sección, donde se registró al Rollo nº 249/13, señalándose para la celebración de Votación y Fallo el pasado 4 de febrero.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente recurso se han cumplido las prescripciones legales correspondientes .

VISTOS, siendo Ponente el **ILMO. SR. MAGISTRADO D. RAFAELMARTIN DEL PESO GARCIA.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - En el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, la parte apelante en síntesis viene a reproducir sus argumentaciones esgrimidas en la instancia que a su juicio provocan el vicio de consentimiento contractual (error) debido a la falta de información imputable a la entidad sobre los riesgos de las hipotecas multidivisas concertadas por el actor con la entidad bancaria demandada a las que se refieren los documentos 5 y 6 de la demanda, la vulneración de normas imperativas de lo pactado y subsidiariamente la responsabilidad contractual de la entidad por inadecuada atención y gestión de los intereses del cliente en relación con el producto financiero de alto riesgo concertado.

**SEGUNDO.** Una adecuada solución a la cuestión debatida obliga a señalar en primer término que el recurrente se limita en la alzada a reiterar de forma bastante confusa además los argumentos de instancia sin rebatir motivadamente los razonamientos que contiene la apelada para rechazar la demanda interpuesta sobre los que no hace prácticamente ningún alegato, defectuosa técnica procesal que contraviene la esencia del recurso de apelación en el que la impugnación lo es del contenido de la sentencia de instancia, conforme al artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que obligaría sin más a confirmar la sentencia por sus propios fundamentos ya que no se combate en realidad su argumentación. Sentado lo anterior hemos de señalar los defectos de la demanda y del recurso en los que se cita una heterogénea mezcla de preceptos, algunos de ellos de sorprendente enlace con el asunto enjuiciado, como el artículo 120.4 del Código Penal que se invoca en la página 8 del recurso y otros derogados al tiempo de suscribir los contratos que se pretenden anular, concretamente los artículos 25 a 31 de la LGDCU de 1984 (página 11 de la demanda). También resultan difícil de precisar los términos de la demanda, pues adolece del rigor técnico exigible la confrontación entre lo que se pide expresamente en el suplico y su fundamentación, ya que de aquel se infiere que son dos las peticiones deducidas tanto en la demanda como en el recurso. La primera y pretensión principal de nulidad parcial de los contratos litigiosos en cuanto a las cláusulas referidas exclusivamente al tipo de interés del préstamo por concurrir el **error** como vicio de consentimiento invalidante y subsidiariamente la responsabilidad contractual de la entidad bancaria por culpa en la gestión y asesoramiento a su cliente en relación con lo que se califica de producto financiero de alto riesgo, si bien en relación con la primera petición de la fundamentación de la demanda se infiere que, aunque no se trasluce ello en su debida integración con el suplico ni de la demanda ni del recurso de apelación, también se propugna la nulidad contractual con apoyo en el artículo 6 del CC , por vulneración de lo pactado de diversas normas imperativas que en dichos escritos se entremezclan, a la que debe, al menos formalmente, darse respuesta.

**TERCERO.-** Así las cosas y en cuanto a la nulidad que constituye el primero de los motivos, basta para rechazar la impugnación el primero de los argumentos que emplea la sentencia para desestimar la demanda, que en realidad no se combate en la alzada, consistente en la imposibilidad de declarar la nulidad parcial, con apoyo como dice la sentencia en el tenor de las del TS de 4 de diciembre de 1986 y 12 de noviembre de 1987 , que veda la declaración de nulidad parcial de determinadas cláusulas contractuales, en un negocio en el que se ha producido el error como vicio esencial del consentimiento, no escindibles del contrato que debe analizarse como un todo y por tanto la nulidad de aquellas sólo tiene sentido instando la nulidad contractual en su conjunto, lo que ya de por sí provoca la desestimación de este motivo. No obstante lo dicho, el supuesto error y consiguiente vicio del consentimiento deriva tanto de la naturaleza del contrato, como de la ausencia de información suficiente, invocando en apoyo de su tesis una prolija cita de preceptos y jurisprudencia referidas

en gran medida a la contratación de otro tipo de productos, como las permutas financieras. Pese a que la demanda también se distingue por la singular parquedad expositiva de los hechos que la fundamentan, pues es la fundamentación jurídica la que constituye la práctica totalidad de su contenido desde la página 4 a la 56, cuando resulta sin embargo esencial para su pretensión tanto la descripción del clausulado contractual que se impugna, como los antecedentes y el íter formativo de la voluntad en la relación cliente-banco que dio lugar a la perfección de estos dos contratos y los perjuicios irrogados, puede colegirse que el demandante, odontólogo de profesión decidió cancelar dos hipotecas preexistentes (una de ellas con BANKINTER) y suscribir dos préstamos hipotecarios con la demandada (documentos 5 y 6) mediante la modalidad de hipoteca multidivisa, concertados en Yenes y utilizando como tipo de interés el LIBOR, con variación mensual. Desde esta óptica debe precisarse en primer lugar la diferencia de este contrato con las permutas financieras (SWAP) cuya naturaleza como producto complejo y especulativo ha sido puesta de relieve por esta Sala, entre otras en sentencia de 24 de Enero de 2013 y las que en ella se citan, pues si bien sentencias como la de la AP de Barcelona de 7 de noviembre de 2013 lo califica de producto complejo, no puede equipararse a las permutas financieras para identificar ambos productos y exigir el mismo nivel de información. Pues éstas son por su propia naturaleza un producto especulativo para ambas partes, de riesgo y complejo en la determinación de su operatividad que se ofertó por las entidades bancarias a los usuarios con un fin por completo alejado de su verdadera entidad, naturaleza y efectos, como es el de servir de *seguro* para precaverse de las consecuencias de las subidas de tipo de interés, a veces vinculados a préstamos con cláusulas de suelo, con lo que se traduce causar un perjuicio mayor a los usuarios, a quienes no se les informa del riesgo del producto, de la compleja operatividad del swap con la que no están familiarizados (especialmente cuando se producen bajadas de tipos con respecto a los distintos índices que contempla el swap), tratándose como decimos, de un producto especulativo y de alto riesgo, del que no se informa, como tampoco de la forma de calcular las liquidaciones, de difícil inteligencia salvo que se detallan en simulaciones completas y adaptadas al grado de conocimientos de cada cliente y con importantes costes adicionales que también se ocultan, como el de cancelación anticipada, lo que ha llevado a la Sala a perfilar las condiciones de la información en esta clase de contratos y declarar la nulidad si no ha habido información adecuada a las condiciones del sujeto que se haya traducido en la existencia de un error esencial y excusable o invencible. Sin embargo en este caso el producto no es sino un préstamo hipotecario en una moneda extranjera que contiene un tipo de interés variable con referencia al índice LIBOR que constituye una tasa de referencia internacional respecto a determinadas divisas, en este caso el yen japonés, cuya concreción del tipo viene determinada por la evolución de este índice y especialmente por las fluctuaciones de dicha moneda respecto del euro. En definitiva es un préstamo a interés variable que utiliza como referencia el LIBOR, índice a 6 y 3 meses que es habitual en préstamos hipotecarios en otros países fuera de la Unión, como EEUU e incluso en alguno perteneciente a la UE, como Gran Bretaña, que representa la aplicación de un interés referencial similar al EURIBOR, de hecho la complejidad en la determinación de los intereses del préstamo no es muy superior a la que se incorpora a las escrituras que toman como referencia el EURIBOR. En definitiva la moneda en que se verifica el préstamo y el índice empleado no desvirtúan la naturaleza del contrato convirtiéndolo en un producto de inversión de capital en un mercado extranjero, como se califica en la demanda, ni en un producto especulativo para ambos contratantes, y ni siquiera para el prestatario, como afirma la sentencia en su fundamento jurídico quinto, por mas que éste, -al igual que en todo préstamo a interés variable al que le afectan las condiciones futuras del mercado- busque aminorar la onerosidad de las condiciones de la deuda derivada del préstamo a través de una fluctuación de la conversión monetaria que le resulte favorable en el tiempo, pues en definitiva se trata de un préstamo a interés variable, con un índice referencial que puede producir mayor incertidumbre en cuanto a la variación de los intereses, por definirse a través del índice reseñado y estar sujeto a la variabilidad de las fluctuaciones de los tipos de cambio y cotización de divisas...

**CUARTO.** La definición del producto es importante tanto para concretar el nivel de información, como para evaluar el error, puesto que en línea con la argumentación contenida en las sentencias del TS de 21 de noviembre de 2012 y 29 de octubre de 2013, esta sala ha declarado (sentencia de 24 de Enero de 2013, ya citada) *que ha de hacerse el análisis de la ausencia de información y el consiguiente error en atención a las peculiaridades características y perfil del que contrata con al entidad, ya que no en todo los casos puede calificarse de excusable o invencible y provocar la nulidad*, y declara nuestra sentencia de 3 de noviembre de 2011 como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2.007, «...la jurisprudencia de esta Sala, al interpretar lo dispuesto en el artículo 1.266 del Código Civil sobre los requisitos del error para que sea invalidante del consentimiento prestado, requiere no sólo que éste sea esencial, sino además que sea excusable; requisito que ha de ser apreciado en atención a las circunstancias del caso.)... y en el presente supuesto no hubo error invencible, pues a las demandantes se les ofreció una información proporcionada al nivel de formación, conocimientos y experiencia de las personas que administraban y gestionaban las

sociedades demandantes, y si alguna duda albergaban éstas sobre el comportamiento del producto y/o su cancelación anticipada, habrían podido despejarla fácilmente, pues su nivel de formación y experiencia, les habrían permitido hacer las preguntas e indagaciones pertinentes a tal fin, sin que la supuesta premura en la contratación del producto, ni el alto nivel de confianza existente entre las partes, constituyan tampoco en este caso obstáculos insalvables que hubiesen impedido a las demandantes adquirir un conocimiento suficiente sobre los riesgos del producto; conocimiento que reconocieron haber tenido, tanto en los propios contratos, como en los correos electrónicos remitidos el día antes de su suscripción, por lo que la demanda se desestima y la sentencia se confirma . .... "Al hilo de lo expuesto hemos de concluir que la naturaleza del producto ( no especulativo) permite conocer con la diligencia media exigible, sus características a la hora de contratar y que la información suministrada fue correcta , y no sólo se acomoda a los términos de la Orden de 5 de mayo de 1994 (en la que es el Notario quien debe advertir con claridad al prestatario de los riesgos del producto), tal y como señala la apelada, del riesgo de fluctuación de tipos de cambio, riesgo evidente por lo demás y conocido por una persona de la formación del actor (aunque no sea un inversor experto en productos financieros) que pretende contratar el producto en la previsión de que esa fluctuación le sea favorable en el tiempo, máxime cuando las advertencias sobre las consecuencias del préstamo en divisas se especifican en el exponiendo III de la escritura y vienen además completadas por la labor, informativa desarrollada previamente a su contratación por la entidad bancaria instrumentada en los distintos documentos acompañados con la contestación y suscritos por el demandante (documentos 2 y siguientes, folios 526 y siguientes) donde se le detalla el funcionamiento del contrato en condiciones suficientes para conocer los posibles riesgos derivados de la fluctuación monetaria en relación con el interés pactado, ratificando a este respecto la totalidad de argumentos de la recurrida, al igual que se ha pronunciado sobre este mismo contrato, valorando el deber de información otras Audiencias como la de Madrid de 13 de julio de 2013, de lo que se infiere que no hubo ausencia de información capaz de producir error y que si se produjo éste es inexcusable o vencible por el sujeto empleando la debida diligencia, pues también constan con claridad en la escritura las comisiones a abonar por cambio de moneda para el supuesto en que se decidiese sustituir la divisa; como igualmente resulta procedente desestimar la contravención de las cláusulas contractuales cuya nulidad late confusamente a lo largo de la demanda y del recurso, sin que se postule en el suplico, por los propios razonamientos de la apelada, especialmente al señalar la plena validez de las estipulaciones del préstamo cuestionadas al confrontarlas con la Ley de Condiciones Generales de Contratación, que no son oscuras, ambiguas o incomprensibles, de modo que la interpretación contraria en los términos que la plantea el recurrente llevaría aparejada la nulidad de esta clase de hipotecas multidivisa, debiendo incidir en el hecho de que el alegato del actor se dirige mas bien a denunciar la falta de información (ya resuelta) que a considerar que dichas estipulaciones sean *per se* contrarias a los artículos 5 y 7 de la citada ley . Igualmente resulta improcedente la vulneración aducida de la Ley del Mercado de Valores ( Ley 24/88), pues el de autos no es un instrumento financiero incluido en su ámbito de aplicación (artículo 2 en su primitiva redacción) y demás normativa heterogéneamente citada por el demandante, que aparece correctamente descartada en la fundamentación de la recurrida a la que nos remitimos.

**QUINTO.** Resta por último examinar la responsabilidad contractual en la gestión de los intereses del cliente que se imputa a la demandada por una actuación culposa o negligente al no advertirle los riesgos y de las consecuencias desfavorables que se iban produciendo y en definitiva, se dice en los hechos de la demanda, -que son los que sirven de fundamento a la responsabilidad interesada sin que quepa reelaborarlos durante el procedimiento y a lo largo del recurso-, al involucrar a los demandantes en un producto financiero de alto riesgo. Esta Sala ha declarado la específica diligencia que asumen los gestores de fondos de inversión en el asesoramiento e información a sus clientes hasta el punto de responder de culpa leve en su actuación. Así, en sentencia de 19 Enero de 2011 , declaramos que: " *siempre la diligencia profesional específica a la entidad de inversión, requiere un deber de información riguroso, adaptado a las características de la operación a contratar ,...*" y añade que : " *De otra parte es cierto que según se desprende con claridad de la STS de 20.1.03 , en los supuestos de daños y perjuicios por mala inversión ha de estarse **al patrón de la culpa leve en relación con la diligencia exigible a un comerciante experto** ( STS 15-7-88 ) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio y conforme al art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil ha de estarse al principio de facilidad probatoria. En concreto señala: "Ya la Ley del mercado de valores de 1.988 estableció, superando la arcaica legislación existente hasta el momento, las nuevas bases del régimen jurídico español en la materia y de su regulación, en lo que al tema respecta, ha de concluirse, desde una perspectiva general, que el contrato que vincula a los compradores con la sociedad intermediaria, encargada de la adquisición, siguiendo instrucciones del principal, responde a la naturaleza del contrato de comisión mercantil ( artículo 244 del Código de Comercio ), y desde una perspectiva más concreta, que toma en cuenta sus relaciones con el "mercado de valores", al llamado contrato de "comisión bursátil"; de manera, que, en el desempeño de*

su mandato, el comitente debe actuar con la diligencia y lealtad que se exigen a quien efectúa, como labor profesional y remunerada, una gestión en interés y por cuenta de tercero, en el marco de las normas de la Ley de mercado de valores, establecidas para regular la actuación profesional de las empresas de servicios de inversión en dichos mercados, y, por ello, muy especialmente observar las "normas de conducta" (Título VII) que disciplinan su actuación, entre las que destacan, dentro del deber de diligencia, **las de asegurarse que disponen de toda la información necesaria para sus clientes, manteniéndoles siempre adecuadamente informados y la de cuidar de los intereses de sus clientes, como si fueran propios, todo ello potenciado por un exquisito deber de lealtad.** (...) En suma, como establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su párrafo seis, recogiendo criterios jurisprudenciales anteriores a la propia Ley, en la distribución de la carga de la prueba "El Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en litigio", regla que, indudablemente, desplaza la carga de la prueba hacia la entidad demandada(...) Conforme a la calificación, dada al contrato, la entidad comisionista debe responder de los daños y perjuicios, causados a los inversores por la mala inversión, según el patrón de la culpa leve en concreto a que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1.943 en relación con la diligencia exigible al "comerciante experto" (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1.9988 ) que utilizan como pauta el cuidado del negocio ajeno como si fuera propio..." (...)(...)Los datos y consideraciones ya expuestos permiten concluir que la demandada actuó, al menos con "ligereza", esto es, sin el cuidado exigible al demandado comerciante, pues las noticias que circulaban en su entorno más directo, hacían presumible la existencia de un alto riesgo que impedía estimar la inversión de los pagarés como segura y fiable, lo que determina, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1726 del Código Civil ; 255 del Código de Comercio y normas señaladas por el artículo 81 de la Ley de mercados de valores, la responsabilidad civil de la demandada, por los daños y perjuicios causados....."; doctrina que reproducimos a los efectos de distinguir la exigencia del deber de información predicable en los supuestos en que se demanda una responsabilidad contractual (supuesto al que se refiere aquella sentencia) del aquí enjuiciado, en el que ha de determinarse si conscientemente suministró datos inexactos u ocultó otros relevantes capaces de viciar el consentimiento del accionante, de forma que si la información eludida se hubiese llevado a cabo, éste no hubiera suscrito los fondos a que se refiere la demanda, " información que, como se indicó en dicha sentencia ha de ser acomodada a las particularidades del inversor a que se dirige ...". Ahora bien, no estamos en el supuesto enjuiciado ante la gestión de una cartera de valores, ni en el asesoramiento de productos de inversión que exijan tal deber de diligencia, como con acierto razona la sentencia apelada en su fundamento jurídico quinto, a cuyo tenor nos remitimos, precisando sin embargo, como ya expusimos, que no nos hallamos ante un producto especulativo ni siquiera desde la óptica del prestatario, pues la esencia de éste es la de arriesgar una determinada inversión para obtener una ganancia, mientras que aquí se busca un interés variable basado en las fluctuaciones monetarias del que resulte el menor coste de la hipoteca posible, ni en consecuencia hay constancia de que asumiese la demandada el deber de asesorar al cliente durante la vigencia del préstamo, con una obligación concreta de seguimiento de la evolución del cambio de la divisa elegida de la que resulte el deber de comunicar en su momento la mala evolución de la divisa empleada (en este caso del euro frente al yen) para fijar las cuotas y proponerle un cambio de divisa que minorase los perjuicios, alegato que genéricamente se esgrime en el hecho sexto de la demanda sin especificar ni concretar el conjunto de obligaciones asumidas por BANKINTER ni el incumplimiento que fundamentan la responsabilidad que se insta y que por tanto debe rechazarse.

**SEXTO.** - Desestimado el recurso las costas de la apelación se imponen al recurrente ( artículo 398 Ley de Enjuiciamiento Civil ), sin que haya razón alguna que impida la aplicación del principio del vencimiento, también aplicado correctamente por la sentencia apelada, de conformidad con lo que dispone el artículo 394 Ley de Enjuiciamiento Civil .

## FALLO

LA SALA ACUERDA:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Sixto , contra la sentencia de 23 de abril de 2013, dictada en autos de P. Ordinario nº 841/12, del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de **Gijón** , la que se confirma en su integridad con imposición de las costas causadas al recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Roj: SAP B 1661/2014  
Id Cendoj: 08019370042014100001  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Barcelona  
Sección: 4  
Nº de Recurso: 260/2013  
Nº de Resolución: 22/2014  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: MARIA MERCEDES HERNANDEZ RUIZ-OLALDE  
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL DE **BARCELONA**

SECCIÓN CUARTA

ROLLO Nº 260/2013-J

Procedencia Juicio Ordinario nº 511/2012 del Juzgado Primera Instancia 44 **Barcelona**

**SENTENCIA Nº 22/2014**

Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as:

D. VICENTE CONCA PÉREZ

Dª. AMPARO RIERA FIOL

Dª. MERCEDES HERNÁNDEZ RUIZ OLALDE

En la ciudad de **Barcelona** a 21 de enero de 2014

VISTOS en grado de apelación, ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de **Barcelona**, los presentes autos de Juicio Ordinario sobre nulidad de cláusulas de contrato nº 511/2012, seguidos ante el Juzgado Primera Instancia 44 **Barcelona**, a instancia de D. Raimundo , Jose María y ENSENADA DE LLAFRANC, contra CATALUNYA BANC, SA, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada en los mencionados autos el día diciembre de 2012.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

FALLO

Que estimo parcialmente la demanda presentada por Dª Blanca Soria Crespo Procuradora de los Tribunales, actuando en representación de "Ensenada de Llafranc SL," frente a "Catalunya Banc SA." (antes Caixa d#Estalvis de Catalunya) y en su virtud se declara la nulidad de la opción multidivisa y al hecho de otorgarse el contrato en yens japoneses el contrato firmado en fecha 27 de noviembre del 2007 con "Catalunya Banc SA". Dada la esencialidad de esta declaración que afecta a la sustancia del contrato, ello supone que la nulidad que se declara tiene los efectos de una nulidad absoluta, debiéndose restituir las partes las prestaciones en la forma prevista en el art 1.303 CC .

Igualmente se impone a la parte demandada el pago de las costas derivadas de las presentes actuaciones.

Así por esta mi sentencia, juzgando en esta instancia lo pronunció, mando y firmo.

SEGUNDO: Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, del que se dio traslado la contraria, que se opuso al mismo. Seguidamente se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 21 de enero de 2014.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente él/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D/Dª. MERCEDES HERNÁNDEZ RUIZ OLALDE.

Solo se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, excepto en lo que se opongan a los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Para una adecuada resolución de la cuestión litigiosa, han de efectuarse las siguientes consideraciones fácticas:

En fecha 24 abril 2012, se presentó la demanda origen de las actuaciones, en la que don Raimundo , en nombre propio y representación de la sociedad limitada Ensenada de Llafranc SL, y D Jose María (Letrado que firmaba la misma), decían ejercitar contra la demandada, acción de nulidad de clausulado del préstamo hipotecario celebrado entre las partes, y subsidiarias de anulación del clausulado. A tal efecto referían, en síntesis, que el 27 noviembre 2007 se firmó por el demandante un préstamo en multdivisas con garantía hipotecaria, documento dos, y que, si bien en la actualidad, la mercantil actora era la titular, desde su construcción fueron D Raimundo y familia quienes hicieron uso de la residencia, que el demandante prestó su consentimiento en base a la información sobre el producto ofertado y su evolución, presuponiendo que la demandada actuaba con profesionalidad y absoluta buena fe, información que debía obedecer a lo establecido en la ley de Mercado de Valores, que nadie de la demandada dio explicaciones del producto, todo ello con independencia de los test de idoneidad y de conveniencia y que examinado el contrato, figura claramente en el pacto primero el capital del préstamo, y por tanto, que el importe abonado es de 360.000 #, abonado en dicha moneda y no en yenes, en el pacto segundo, apartado C y D, opción multdivisa se recoge la cláusula de máxima relevancia que es engañosa por cuanto la cláusula obliga a la entidad prestataria del titular del préstamo a mantener la equivalencia; y hace, referencia a la a tabla de amortización adjunta al final de contrato de préstamo, y ni se mantuvo la equivalencia, ni parecido alguno, entre la tabla calculada por la entidad en el protocolo notarial y la realidad, siendo significativo que en el pacto noveno cuando se constituyó la **hipoteca**, la propia entidad financiera contempló de forma previsoramente la cantidad de 18.000 # para posibles oscilaciones de divisa en la paridad del yen con el euro, resultado de lo cual es que el demandante creyó que contrataba un préstamo hipotecario que liquidaba intereses según el tipo existente en Japón, siendo este más reducido que en España creyendo por lo tanto que el contrato le resultaba beneficioso el Banco no ofreció el tipo de cambios que se; le iban a aplicar, la forma de liquidación, ni los perjuicios y problemas que podrían originarse, en caso de que el euro bajara su cotización frente al yen; y así la falta de información sobre la esencia del contrato y sus cláusulas, y sobre, sus posibles perjuicios, era insuficiente para concluir que el consentimiento se prestó por error inducido por la actuación dolosa, al no explicársele toda la verdad y sólo hablarse de ventajas, sin advertir de los perjuicios que el contrato podría acarrear, y que fue recibiendo las liquidaciones trimestrales, desconociendo la fórmula empleada para deducir las cantidades descontadas en la cuenta bancaria y que la evidencia de la ignorancia del producto resultaba de que en todos los años de vigencia, jamás se realizó cambio de divisa, el demandante sólo pretende una financiación normal y como era lógico en las mejores condiciones posibles y fue la demandada la que le recomendó el producto, el cual era altamente especulativo con un alto nivel de riesgo y no adecuado para su empresa.

Que, cuando tuvo idea más clara y viendo que su deuda era desmesurada, ganó tiempo formalizando una subrogación de **hipoteca** el 21 octubre 2010, añadía que también era nulo el pacto octavo, en los que la entidad financiera obligaba a la renuncia del deudor a sus derechos y poder así transferir unilateralmente el préstamo y suplicó se dictará sentencia, en la que se declarara la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las cláusulas del pacto segundo C y D del contrato firmado el 27 de Noviembre de 2007, y, por lo tanto, la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las operaciones, realizadas en yenes japoneses, condenando a la demandada a la restitución, del préstamo hipotecario sin tener en cuenta las cláusulas abusivas declaradas nulas o anulables, recalculando, por lo tanto, el capital que se adeudaba a fecha actual una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados, tal y como sería un préstamo hipotecario absolutamente normal que se liquida en la moneda propia, del país en el que se celebra dicho contrato y se declare la nulidad de la cláusula única del pacto octavo denominado transferencia, todo ello con imposición de costas y gastos si se opusiera a sus justas peticiones, por su mal fe. En cuanto al fondo, alegaba preceptos del Código Civil generales de las obligaciones y contratos, en concreto artcs 1255 y 1256 de dicho cuerpo legal, artcs 78 y stes de la Ley de Mercado de Valores y Texto Refundido de la Ley general de Consumidores y Usuarios.

Por auto de 25 julio 2012, se tuvo por desistido de la demanda a don Jose María y a D. Raimundo , imponiéndoles las costas generadas por su actuación procesal.

La sentencia que puso fin al procedimiento en la Instancia, en su fundamento jurídico primero, concreta que la escritura de préstamo multidivisas con garantía hipotecaria, documento número dos, se suscribió el 27 noviembre 2007, entre la antecesora de Cataluña Bank S. A, y el prestatario don Jose María . Que el inmueble sobre el que recaía la garantía hipotecaria, había sido adquirido el mismo día del otorgamiento del préstamo por parte de don Jose María , siendo la vendedora " Valla Dalmau S L. Que el 27 diciembre 2007, la finca fue aportada por el señor Jose María a la sociedad que se la habla vendido, en virtud del aumento de capital de esta mercantil. El 22 abril 2009 la finca fue vendida a la actora, Ensenada de Llafranc S.L, y a la vista de dicha compra, se otorgo el 21 octubre 2010 escritura de aceptación de subrogación de **hipoteca** y afianzamiento solidario, en virtud de la cual la sociedad limitada actora se subrogaba en el préstamo multidivisas con garantía hipotecaria, incorporándose el afianzamiento solidario de D Raimundo .

Analizaba las cláusulas de la opción multidivisa, entendiendo que por la propia estructura del contrato presentaba un importante nivel de complejidad, al tenerse que conocer la operativa de los interés de otros países, como las variaciones de los tipos en el mercado de divisas, elementos sujetos a múltiples variables y de difícil predicción. En el Fundamento de Derecho segundo tras analizar la ley General de Consumidores y Usuarios, actualmente Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 y en concreto, la figura del consumidor, consideraba que a la vista de los elementos obrantes, en autos no era posible considerar que la operación se verificará en un ámbito ajeno a la actividad empresarial, o profesional, y el análisis de las actuaciones no era posible, llevarlo a cabo desde la perspectiva de tal normativa protectora, y así partía de que el objeto social de la actora era la compra, tenencia y arrendamiento no financiero de inmuebles por cuenta propia, que el administrador único era Don Raimundo , que es asimismo quien intervino como administrador de la empresa promotora Valls Dalmau SL, que es quien vende el inmueble a Don Jose María , quien a su vez lo aportó a la promotora, y que fue la mercantil que vendió el inmueble a la actora, venta en la que quien intervino como representante de Valls fue el señor Raimundo , e interviniendo por el comprador don Luis Alberto , que el 14 noviembre 2010 fue nombrado administrador único de la compradora y titular del inmueble don Raimundo . De ello, concluía que la demandante es una empresa que se integra en las operaciones gestionadas por su administrador, señor Raimundo , referentes al mundo de la promoción inmobiliaria, corroborado por las testificales, en el acto del juicio, realidad que no se veía obstaculizada por el hecho de ocupar el señor Raimundo el inmueble con su familia, pues lo que se acreditó es que la demandante se trata de una empresa titular del inmueble al que le fue transmitido desde la promotora, la cual es administrada por la misma persona, que administra la sociedad titular actual, tras las transmisiones intermedias al señor Jose María y de nuevo la promotora.

En el fundamento tercero se analizan los requisitos para que pueda declararse la anulabilidad de un contrato por error, añadiendo que el deber de diligencia exigible a un administrador es mayor que el predicable al ciudadano medio, lo cual no significa que deba ser un experto en materia financiera y que a lo anterior se añadía qué quien suscribió en, un momento inicial el contrato, era el propio letrado que interviene en la causa y en la que se estimó que era asimismo demandante, aun cuando posteriormente desistió, condición profesional, que aun cuando no lo convierte en un profesional de finanzas, sí que le confieren un nivel de conocimiento y preparación jurídica elevado y que le hace pleno conocedor de la importancia que tiene la suscripción de un préstamo con garantía hipotecaria. Continuaba expresando que tras esa indicación de la condición de la demandante, lo que era esencial en todos los contratos, es que quien se obliga tenga conocimiento adecuado de su contenido y, caso de vulnerarse podría operar la doctrina, jurídica del error de cara a la anulabilidad, incluso, hasta poder determinar su nulidad absoluta o inexistencia. A continuación, se analizaba la normativa del deber de información, y decía que, en el presente caso, no constaba objetivada la información que se proporcionó al tiempo de la contratación de la escritura de 27 noviembre 2007, y la que se dio al señor Jose María a lo sumo fue verbal y dirigida a otra persona, don Raimundo , con quien si bien el señor Jose María puede tener relaciones profesionales, ello no exoneraba del deber de información que se debía dirigir concretamente a la persona que contrataba, don Jose María . Que tampoco había prueba objetiva de haber proporcionado información al tiempo de la subrogación en el préstamo multidivisas con garantía hipotecaria y así los propios empleados indicaron que no se proporcionó pues se trataba de una mera subrogación, considerando la parte demandada que toda esta ya constaba en los datos de la escritura que estaban íntegramente reflejados en el Registro de la propiedad. Por ello, la información se centraba en el propio contenido de la escritura. Que de la lectura de la misma permitía conocer con claridad que el préstamo se otorgaba en yenes japoneses, que el tipo de interés se vincula a esta moneda, debiéndose hacer los pagos en la misma, no obstante lo cual, se ofrece la posibilidad de cambiar la moneda en la que hacer los pagos,

cambio que afecta al tipo de interés a aplicar. En cuanto a los riesgos de la operación, aparecían en la cláusula D del pacto segundo, y que el riesgo de fluctuación de los tipos de cambio era aun mayor, ya que la cláusula fijaba además por el prestatario una obligación de mantenimiento de la equivalencia del importe del préstamo en yenes euros fijada al determinar el monto del préstamo, hasta el punto de preverse que si la desviación era superior al 5% el prestatario se obligaba a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener, la equivalencia, todo ello con la indicación adicional de que el incumplimiento sería causa, de vencimiento anticipado de la póliza. Que si bien la exposición ponía de manifiesto la existencia de una previsión específica por la fluctuación de, los tipos, y era conocido por quien iba suscribir y por quien se subrogara, añadía que era necesario analizar si cabría entenderla como suficiente, dados los términos del préstamo, entendido en su conjunto y que, a tal efecto, obraba en autos el informe emitido por el señor José , documento cinco de la demanda, quien afirmó el carácter especulativo del contrato, la no definición en el contrato de los riesgos concretos y el no ofrecimiento de un producto de cobertura, indicando que el yen había perdido entre julio de 2008 y enero de 2012 un 43,27 de su valor, lo que llevó aparejado como consecuencia que el cliente debe un 57% más de lo estimado por el banco en su simulación inicial y un 49% más del capital solicitado inicialmente del préstamo hipotecario. Que se aportó informe elaborado por don Raúl , documento seis de la demanda, quien expresó como si era atractivo, el producto cuándo se contrató, luego el atractivo desapareció ya que el euro perdió el 50% de su valor en relación al yen por lo que la deuda hipotecaria se incrementó, considerando el perito que solamente expertos conocedores del mercado de divisas podrían haber supuesto que estos productor financieros podrían ser susceptibles de variaciones tan importantes. Que también se aportó, informe elaborado por el señor Jose Pablo , de fecha 13 julio 2011; considerando que el prestatario lo que hizo no fue una inversión, y que cuando se contrató no era previsible una fluctuación del tipo de cambio de ambas divisas en el sentido producido.

Explicaba el juez, que de la lectura del contrato se destaca que existían múltiples riesgos que debían ser tomados en consideración, el primero el de los tipos de cambió, que alcanzaba no solamente a la relación del cambio euro-yen, sino que incluía los tipos de cambio de la totalidad de las divisas alternativas, divisas que no se concretaban en el contrato y ninguno de los peritos comparecientes pudo concretar cuáles eran, diciendo que para ello se debería acudir a las oficinas de la demandada. Que el elemento anterior afectaba a otra circunstancia esencial y. Que era el tipo de interés aplicable ya que el mismo dependía de la divisa en la que se estuviera abonando el préstamo, y así, pasado el primer año, el interés variable se fijaba sumando al fijo de referencia 1,04 puntos, si el capital pendiente de amortizar estaba en euros, o 1,44 al pito de referencia si fuere alguna de las divisas alternativas. Como tipo de referencia se tomó en consideración el Euribor en vigor, si caso de estar el capital en euros y para el resto de divisas se indicaba que si ésta se integra en el índice Libor, sería de aplicación el precio del dinero del mercado interbancario de Londres para depósitos no transferibles, y si no se aplicaría el del mercado interbancario oficial del país correspondiente a la divisa, indicando que el tipo de interés no podía superar el 10%, no pudiendo tampoco los peritos indicar cuáles eran las divisas integradas en el BBVA Libor, al ser un elemento cambiante, no pudiendo conocer los tipos si no se acudía o se tenía acceso a bases de información financiera altamente especializadas, por ello consideraba que una completa información de los riesgos debería haber incluido más elementos., que aquellos a los que se refiere la escritura en la que solamente se alude a los riesgos de cambio de dividas, pero sin indicar cuáles y que si bien era legítimo que determinadas personas adquieran un producto financiero vinculado a tales riesgos, era necesario que fueran conocedoras de lo que estaban llevando a cabo. Y en el caso, había importantes omisiones. Las mismas no afectaban al hecho de ser un préstamo en moneda extranjera, y a restituir en la misma, pues se advierte de ello, tampoco a una posible variación de los tipos de interés, pues toda persona cuando firma un interés variable, asume que puede producirse una subida de tipos, sino, que concretaba él problema, considerando que en el presente supuesto la prestataria desconocía al tiempo de la contratación, las monedas que se incluirían en la opción multdivisa, y con ello los intereses a aplicar; pues van ligados, a la moneda elegida, y de hecho es una realidad variable y tiene importancia sustancial, dados, los términos del contrato pues es la forma como el prestatario podría contrarrestar las variaciones de tipo de cambió y de los tipos de interés pudiendo cambiar la moneda en la que hacía efectivo el préstamo, y no solamente con el euro. Como la información no fue adecuada, el error existente en torno a dicho elemento afecta a la suscripción del contrato en yenes japoneses y por ello, consideraba que la demanda debía ser estimada; en cuanto al pacto de la cláusula octava no podía ser examinado bajo la perspectiva de la ley de consumidores y declaraba improcedente la declaración de nulidad. En el fundamento quinto, se llegaba a la conclusión de entender nulo parte del contrato y, en concreto, la opción multdivisa del hecho de haberse otorgado el mismo en yenes japoneses, siendo válido todo lo restante y en cuanto a los efectos de ello, analiza que la actora solicitó una nulidad parcial, la cual se permite cuando, afecta a lo accidental pero, en este caso, la nulidad afecta el hecho de haberse contraído el préstamo en una divisa extranjera yen, y a la posibilidad de ir mudando el abono de

los diferentes vencimientos en euros u otras divisas, lo que afectaría en sí misma al tipo de interés aplicable. En cuanto a la esencialidad de ese dato, lo que se prestaba era un monto en yenes equivalente a una cantidad en euros y como esa suscripción del contrato en yenes con la opción multividiva, es la que no se considera correcta, por vicios del consentimiento, tal circunstancia es esencial y debe generar los efectos de una nulidad total, nulidad absoluta y, en este caso, la propia demandante alude a una nulidad cuya calificación como absoluta o relativa se estima es una cuestión jurídica a cuya valoración está obligado el tribunal, por lo que no existiría incongruencia. Estimaba parcialmente la demanda, declaraba la nulidad de la opción multividiva y al hecho de otorgarse el contrato inglés japoneses el contrato firmado en fecha 27 noviembre 2007 con la demandada, y dada la esencialidad de tal declaración, suponía la nulidad que se declara tenía los efectos de la nulidad absoluta, debiéndose restituir las partes las prestaciones en la forma prevista en el artículo 1303 del código civil . Imponía la demandada las costas derivadas de las actuaciones..

Frente a la misma, se interpone por Cataluña Bank S.A, el presente recurso, en el que tras resumir los hechos, recalcó que no nos encontramos ante una contratación con consumidores, como ello se recoge correctamente en el Fundamento Jurídico segundo y que los intervinientes en las diferentes contrataciones eran un abogado, un administrador de sociedades inmobiliarias y una entidad financiera. Que como quiera que la acción que se ejercitó era la de vicios de consentimiento prestado, se debería concretar sobre qué negocio se presta y por parte de quien; que el demandante no era parte en la contratación del préstamo, que el demandado tampoco lo fue en la compraventa del señor Jose María a Valle & Dalmau y que la demandada tampoco fue parte en la venta de esta sociedad a la actora. Que en la subrogación la demandante no otorgó ningún, consentimiento, sino que es la demandada quien aceptó la subrogación de conformidad con el artículo 1205 del código civil y que sé pasó por alto que la sociedad actora adquirió la condición de prestatario por la forma en que decidió pagarle el precio de la compraventa a la Sociedad Valls & Dalmau SL. que por ello, la recurrente era ajena a poder informar, comercializar o realizar labor de asesoramiento a la sociedad demandante, pues jamás contrató con la misma sino que sé limitó a consentir la subrogación, y que de existir un vicio en el consentimiento, debería estar en el administrador de la actora, en la forma de pagar el precio en la venta del 22 abril 2009, en la que la demandada ni participó, ni fue el responsable del presunto vicio y en el mejor de los casos, la actora debería demandar a Valls & Dalmau SL, y pedir la nulidad de la compraventa, pero no del préstamo. Que la actora, dada la inscripción en el Registro de la Propiedad, no podía invocar una ignorancia de la naturaleza de la carga que aceptaba el inmueble y de que garantizaba un préstamo de 58.470.851 yenes japoneses, y el resto de condiciones; que desde la excusabilidad del error, desde un punto de vista subjetivo, el señor. Jose María , que es quien contrató en primer lugar, es el abogado que suscribe la demanda, siendo a la vez el abogado del señor Raimundo y socio suyo en Valls & Dalmau SL, profesional del mundo inmobiliario que suscribió diferentes, financiaciones de promotor incluso más complicadas que la presente, como se acredita en prueba testifical. Que la demandante sabía perfectamente cuando se subrogó en el préstamo, que era en yenes japoneses, la variación del cambio yen/euro es una variable que asumo la demandante y mientras le fue beneficioso no lo cuestionó y que en el presente supuesto, no se podía decir que la demandada influyera en la asunción por la demandante del préstamo porque simplemente no contrató con ella sino que fue sólo la actora, la que por su cuenta y riesgo, optó por la subrogación para pagar el precio de la finca y posteriormente la Caixa consintió la subrogación, liberando al primitivo deudor. En este pleito, era intrascendente la. evolución del yen del Libor y su fluctuación, ya que la información sobre todos estos aspectos podía dar lugar a un hipotético vicio del consentimiento del señor. Jose María , pero jamás de la sociedad demandante, discrepando que el señor. Jose María no fuera consciente de los riesgos, siendo muy listo de desvincularse vendiendo la finca y aceptando la subrogación para pagar el precio, insistía en que era el abogado de sociedades promotoras inmobiliarias y se le debía presumir que conoce que es un préstamo de los que habría visto mucho, en su vida profesional. Que la sentencia hacía hipótesis de la cuestión, ya que se planteó supuesto que no había sucedido, cuál era el cambio de la divisa, lo cual ni tan siquiera se pidió que ello, habría sido otra demanda diferente y que, incluso en la hipótesis de que fuera una cláusula oscura, debía resolverse a favor de la interpretación favorable a la demandante como podía ser cambiar a la divisa referente al euro, pero tampoco, nada de ello se pidió en la demanda, y que no es lo mismo la oscuridad de una cláusula sobre su interpretación que la nulidad, y lo que no era oscuro es que pague en la divisa que pague, el importe monetario debería ser equivalente a su contravalor en yenes. Finalmente, en la alegación sexta denunciaba incongruencia extrapetita de la sentencia, ya que se pedía la nulidad de la cláusula C, pagar en alguna divisa alternativa, no la de todo el prestatario lo que conllevaría en el mejor de los casos que se declarara nula esa facultad, es decir, la de devolver en otra divisa, pero permanecería incólume el resto, por cuanto el capital prestado es en yenes y en yenes debería devolverse y como ya se expresa en la contestación, la solicitud de nulidad de las cláusulas que se piden en el suplico, abocan al absurdo para la demandante, ya que es ella misma que pide la nulidad de una cláusula que le es facultativa, como es devolver en alguna

otra divisa. Que desaparezca la opción multidivisa, es simplemente eso, pero el contrato no queda afectado esencialmente porque con los restantes pactos podría continuar tranquilamente desplegando sus efectos y nunca la supresión de la cláusula facultativa puede dar lugar a la nulidad de todo el contrato. Suplicó que se revocara la sentencia, se desestima íntegramente la demanda y que se impusieran a la demandante las costas del procedimiento.

Que con el recurso la recurrente reiteraba sus argumentos para obviar que vendió un producto que la revista Ausbanc tildó de práctica repugnante, en Agosto de 2012, señaló errores numéricos en la exposición de hechos, respecto a las transmisiones, mas que las mismas no afectaban al producto hipotecario; y la realidad es que la empresa Valls & Dalmau ( Virtudes es la esposa del .Sr. Raimundo ), tenía la obligación de transmitir antes de 3 años por exigencias de la Generalitat, y la última transmisión se realizó al tomar conciencia de la envergadura de la peligrosidad del producto hipotecario, y consecuencias, situándolo en una sociedad de mera tenencia, exclusivamente creada para esta vivienda junto con su **hipoteca** en yens, eso si pagando un importante precio por la subrogación, consistente en el afianzamiento solidario, y la ampliación del derecho de vuelo para tres plantas mas y tres propiedades más del Sr Raimundo , y que en la actualidad la demandada habla presentado tres ejecuciones hipotecarias. Que desde el primer momento se aclaró que el Sr Raimundo , administrador de la actora, su esposa e hija quienes ostentan la vivienda, que la demandada, no le reconoce, legitimación, pero no tiene reparos en ejecutar a la sociedad y a;.D Raimundo , y adjudicarse todo su patrimonio, que el Juez sí se centró en el nefasto producto y que la demandada ni informó al Sr Jose María , al que nadie conocía en la sala de vistas, ni a Raimundo , ni a la actora y no podía ir ahora contra sus propios actos al haberles negado legitimación. Que a pesar de que diga que no contrató con la actora, se preguntaba qué era el documento notarial de 21 de octubre de 2010, y qué fue quien vendió el producto, Sr Edemiro quien se trasladó a la Notaría de Lérida, exigiendo la Caixa la firma y ampliación de garantías. Que no existía financiación más complicada que una **hipoteca** multidivisa, y así quedó probado en las periciales, y que por el hecho de ser un administrador no se suponen conocimientos financieros de mercados internacionales, y que no pueda estar viciado el consentimiento, que el producto no fue beneficioso, ya que cuando contrató se adeudaba 360.000 # y en Abril de 2012 se le reclamaban, tras cinco años de pagó de importantes cantidades la suma de 540.000 #, y que el no utilizar el cambio de divisa acreditaba que había que estar muy asesorado para cambiar de una divisa a otra, que el suplicó era claro, pidiendo que se condenara a la demandada a restituir el préstamo sin tener en cuenta las cláusulas declaradas nulas o anulables, recalculándolo, como sería un préstamo absolutamente normal que se liquida en la moneda del país, término que fue utilizado por peritos y testigos. Hacía hincapié en que la demandada no defendía el producto, sino que se fundamentaba en cuestiones procesales y que una desviación del 50% era una barbaridad, que la Caixa jugó a la especulación con familias, haciendo acopió de la divisa, no endeudándose ellos, pero sí sus clientes. Qué la persona que vendió el producto fue el Sr Cipriano , y con la única persona que trató fue con el Sr Raimundo , abusando de la confianza.

SEGUNDO: En resumen, la parte actora, al igual que mantuvo en el acto de la audiencia previa .lo que interesaba en el escrito rector no era la anulación de todo el contrato, sino de determinadas cláusulas, pretendiendo, un préstamo hipotecario que tildaba de "normal" esto, es en la moneda del país, y con los tipos normales, dando como explicación que ello le permitiría seguir abonándola y, en cambio, si se producía la nulidad de todo el contrato había que restituir las prestaciones, y perdería la vivienda.

Las cláusulas que estimaba eran anulables, eran la C y D del pacto segundo del contrato de 27 de Noviembre de 2007, así como el pacto octavo, y básicamente lo que sé alegaba era su contratación por la información que le proporcionó el Banco, quien habría actuado sin profesionalidad, no dando explicaciones del producto, que la cláusula de opción multidivisa era engañosa, al obligar a mantener la equivalencia, con referencia a tabla de amortización adjunta, sin ningún parecido, y así en la **hipoteca** solo se fijaron 18,000 # para posibles oscilaciones de la divisa. También consideraba que el Banco no ofrecía el tipo de .cambios que se le iban a aplicar, liquidación o perjuicios que podían originarse, si bajaba el Euro en relación al yen.

Consta en la escritura de préstamo, que don Jose María , recibía en fecha 27 noviembre 2007, la cantidad de 58.470.851 yenes japoneses equivalente a 360.000 # que se abonaban en determinada, cuenta bancaria. El prestatario se obligaba devolverlo en el plazo de 28 años, a partir del 27 noviembre del año 2009, mediante 112 cuotas trimestrales debiendo pagarse precisamente en la misma divisa en que se hubiera efectuado el último pago, salvo lo dispuesto en el apartado C/ siguiente. En dicho apartado A referido a la amortización, se decía que a los efectos del cálculo de la equivalencia a la que se refería a la letra D siguiente, se anexaba un cuadro teórico de amortización del préstamo calculado al tipo de interés inicial, del que resultaba el capital pendiente, en la divisa prestada y en euros, después del vencimiento pactado de cada una de las cuotas.

En efecto la letra C, cuya anulación se pretendía llevaba por título opción multidivisa. En ella aparecía que dicha opción se podría ejercitar, a petición del prestatario con arreglo a las siguientes condiciones y, en concreto, que el prestatario notificarla a la Caja, antes de las 11 horas del tercer día hábil anterior al comienzo de un periodo de interés, su deseo de ejercitar la opción y consecuentemente satisfacerla con la cuota correspondiente al próximo periodo de intereses, en euros o en una de las divisas alternativas; divisa cuyo cambio haya sido publicado por Caja de Cataluña según la circular 8/90 del Banco de España. La cantidad de divisa alternativa objeto de la opción sería la necesaria para -adquirir el Importe equivalente del capital pendiente no vencido, al tipo de cambio publicado por la Caja de Cataluña según la circular 8/90. El ejercicio de la opción habría 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. Si el prestatario, no optará por satisfacer la cuota correspondiente al siguiente periodo intereses mediante una moneda alternativa de las indicadas, u optara por una de las que se refiere la letra C anterior, se entendería que tal cuota deberá ser satisfecha en la misma moneda que la anterior. Si una vez adquirida la divisa alternativa, el prestatario impagada la cuota correspondiente al periodo de intereses, la Caja quedaba facultada para vender la nueva divisa y unificar la totalidad de la deuda en euros con la divisa en que se ha producido el impago.

En la letra D, cuya anulación también se interesaba, se expresaba que el ejercicio de la opción multidivisa no suponía, en ningún caso la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, y que por tanto., el prestatario reconocía que el préstamo, estaba formalizado en divisas, por lo que asumía explícitamente los riesgos de cambio que pudieran originarse durante la vida del préstamo, exonerando a la Caja, de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción, pudiera ser superior al limite pactado y por ello, el prestatario se obligaba a mantener la equivalencia establecida en el pacto primero entre la divisa prestada y su contravalor en euros, de forma que en ningún momento, el capital pendiente de amortizar en divisas, en un determinado, periodo interés, representará un incremento de la deuda en euros que resulte del cuadro teórico de amortización que se anexa al contrato, y si la desviación era superior al 5%, el prestatario se obligaba a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener dicha equivalencia.

En el pacto tercero, se fijaban los intereses ordinarios y en el tercero bis la determinación del tipo de interés variable; en el octavo, también interesada su nulidad, se expresaba que la Caixa se reserva la facultad de transferir a cualquier otra persona natural o jurídica los derechos demandantes del contrato, sin tener necesidad de notificar la cesión o transferencia el deudor, quien al efecto renunció al derecho que le concede al artículo 149 de la ley Hipotecaria vigente.

En el noveno se constituía la **hipoteca**, en garantía del capital prestado de 58.470.851 yens, mas la cantidad de 18.000 # para cubrir las posibles oscilaciones en la paridad entre al divisa en que se ha concedido el préstamo y el euro. Se taso la finca hipotecada de común acuerdo, a efectos de subasta, en 650.243,68 #.

En cuanto a las testificales verificadas en el acto del juicio resaltar: El Sr. Paulino , que dijo ser vecino, expresó que en la finca de Llafranc, hay tres viviendas, para tres familias, reside allí desde el inicio de la construcción, el compró en 2005 y ya estaba allí, el uso era vivienda familiar, en el piso tercero había una placa de la empresa en el buzón. El compró a Valls Dalmau, en el momento de la compra le representó Raimundo , el no está empadronado, va fines de semana, y algún, día entre semana, vive en Lleida, el. Sr Raimundo no sabe donde está domiciliado, ni sabe donde está empadronado.

D. Edemiro , empleado de Cataluña Bank, dijo haber visto el contrato, recuerda cuando, se firmó la subrogación, que Raimundo le facilitó escritura de compraventa con subrogación, la envió a la central para que aprobaran la subrogación y garantía personal, se dio orden departamento de créditos y se cambió nombre, la subrogación se la dieron hecha, ya le dieron escritura, la Caixa solo la aceptó, conoce al Sr Raimundo y al Sr Jose María hablo una vez por teléfono, hará tres o cuatro años, que el no estuvo en la firma de la operación, solo en la subrogación, que la **hipoteca** ya estaba concedida, ya estaba aceptada por las partes, consumada, solo se cambiaron titulares. Era uno más en cartera, creé que se sigue teniendo, pero no lo sabe seguro. Que cada tres meses se emite un recibo, y el cliente días antes puede cambiar de divisa, se pone el importe que tiene que le queda por pagar, no se dice nada mas pues queda a elección, del cliente, cambiar. Evolución no esperada, dice que se vigila hay controles internos, que se ha hablado con Raimundo y él tampoco ha pedido nada. La solución cada caso diferente, que el cliente, podía cambiarse, avisando a la entidad, es libre el cliente, ellos no tienen que decidir, no sabe los intereses del cliente. Que el Sr Raimundo es administrador sociedades inmobiliarias, le ha dado varios prestamos a promotor, a sociedades en que Raimundo participaba, cuándo en febrero 2008 cree que había tres promociones no recuerda es si socio o administrador, el no ha influido el hecho de que la actora decidiera adquirir el inmueble.

El Sr Melchor , también empleado de la demandada., manifestó que estuvo presente ante el Notario, firma **hipoteca**, en Lleida, Raimundo también como parte vendedora, Jose María , comprador y el Sr Jose María , era la primera vez que coincidió con comprador y vendedor, no conocía al Sr. Jose María , en esta operación le llamó un compañero para que fuera a firmar le pasó documentación para lectura del notario, concisa y clara breve, explicó que la deuda era en yenes, y en que cada trimestre se podía escoger otra divisa, que el no negocio la **hipoteca**, no sabe quién lo ofertó, no sé hizo seguro de cambio, y cree que ahora el producto está retirado y no se comercializa, cada trimestre podía referenciarla y también podía en Euros, no es afectó a mifid no requiere asesoramiento, es la norma insiste no producto mifid, depende conocimientos personas tiene que conocer mercado divisas, el se considera normal y lo entiende, porque trabaja en ello, Raimundo era conocido por sus actividades mercantiles como Jose María , con experiencia asesoran a los clientes en el ámbito inmobiliario, y una gestoría, fiscal, global, asesoramiento, no le pareció desconocidos en notaría, se fueron y vinieron juntos, en tono jovial.

El Sr Cipriano , empleado de la demandada, era el Director donde se formalizó la **hipoteca** inicial, manifestó que le dio las opciones que había a Raimundo , conoce también al SR Jose María , pero no le explicó, era promotor inmobiliario y asesor empresas, tenía relación con ellos, planteo de una promoción en Llafranc, que se, podía vender a un abogado y socio suyo, y se planteó la financiación, abanico posibilidades y entre estas, la multidivisa, lo decidió el cliente, optó por el yen, todo con Raimundo , era el interlocutor, el cliente cada tres meses podía cambiarse, luego él cambió de oficina, pero después con el nuevo Director le consta que hablaron la entidad cree que no hace nada, en la escritura ya están, los mecanismos otros casos., decidieron volver a euro, o franco suizo lo deciden los clientes, ellos no saben cómo va a ir la evolución, cuando hay aspectos técnicos tienen departamento, pero no se mojan de futuro, igual que un especialista en bolsa no cree que el cliente tenga que ser experto en la divisa, explican las características al igual que el Notario, y condiciones, mercado oscilante y lo sabe, no sabían que caería, el test de idoneidad no es necesario, no se hizo ni se hace, no sujeto para este producto, el regulador no lo exige. Ha habido reuniones, habla opción, seguro cambio etc, si se ofreció, pero es caro y no se quiso, otros clientes si; la entidad tampoco está obligado a ofrecerlo la relación en 12 meses, cada trimestre, se ve, incluso el departamento especialista, en la primera, revisión él ya no estaba. El explicó abanico de posibilidades, no era la primera financiación de Valle & Dalmou, la cuota de cara al cliente era menor, a posteriori sabe de otras garantías y que ha perdido inmuebles. Añadió que al Sr Raimundo lo conocía desde hace años, era promotor y tenía despacho profesional, asesoramiento empresas, y él había hecho esta promoción, tres viviendas y se quedó con una, también otras financiaciones ej 15 viviendas en Lleida, otra de 8 o 9 en el centro de Lérida, un centro médico, varias operaciones, qué compartían el despacho y eran socios en operaciones y el Sr Jose María , estaba al corriente.

La sentencia, para llegar a la nulidad del contrato, entiende que no constaba objetivada la información que se proporcionó al tiempo de la contratación de la escritura de 21 noviembre 2007, ni que se hubiera proporcionado información al tiempo de la subrogación del préstamo y que por ello la información se centraba en el propio contenido de la escritura. Que si bien su lectura permitía conocer con claridad que el préstamo se otorgaba en yenes japoneses y que el tipo de interés se vinculaba a esa moneda, debiéndose hacer los pagos en la misma; se ofrecía la posibilidad de cambiar la moneda lo cual afectaba también al tipo de interés. Que los riesgos de la operación aparecían en la cláusula D y que si bien en la exposición existía una previsión específica por la fluctuación de los tipos, en el informe pericial emitida por el señor José , documento cinco de la demanda, se afirmó el carácter especulativo del contrato, no definición en el mismo de los riesgos concretos no ofrecimiento de un producto de cobertura y que el documento seis, informe del señor Raúl , mostró que si el atractivo el producto en la fecha de la contratación el mismo desapareció ya que el euro perdió el 50% de su valor en relación al yen y que sólo expertos conocedores del mercado de divisas podrían suponer que estos productos, financieros podrían ser susceptibles de variaciones tan importantes consideraba el Juez, que de la lectura del contrato existían múltiples riesgos, el primero de los tipos de cambio no solamente euro -yen, sino que incluía los tipos de cambio de la totalidad las divisas alternativas, las cuales no se concretaban en el contrato, diciendo que para ello se debería acudir a las oficinas de la demandada, que el elemento anterior afectaba a otra circunstancia, tipo de interés aplicable, ya que dependía de la divisa en la que se estuviera abonando el préstamo, y como tipo de referencia se tomó el Euribor, caso de estar el capitán en euros, y para el resto de divisas indicaba qué se integraban en el índice Libor, sería de aplicación el precio del dinero del mercado interbancario de Londres para depósitos no transferibles, y si no se aplicaría el del mercado interbancario oficial del país correspondiente a la divisa, sin que los peritos pudieran indicar cuáles eran las divisas integradas en el BBVA Libor, al ser un elemento cambiante, no pudiendo conocer los tipos si no se acudía o se tenía acceso a bases de información financiera altamente especializadas. O sea consideraba que se aludía a los riesgos..de cambio de divisas, pero sin indicar cuáles y que si las omisiones no afectaban al

hecho de ser un préstamo en moneda extranjera y a restituirlo en la misma y que tampoco la omisión era por la variación de los tipos de interés, ya que toda persona conoce que a un interés y variable asume que puede producirse una subida de tipos, concluía que en el supuesto la prestataria desconocía las monedas que se incluirían en la opción multivisa y con ello los intereses a aplicar pues van ligados a la moneda elegida y como la información, al respecto, no fue adecuada, el error afectaba a la suscripción del contrato.

Con respecto a la cláusula octava declaraba, sin embargo, improcedente la declaración de nulidad, al no poder ser examinada bajo la perspectiva de la ley de consumidores.

CUARTO: Previa a la resolución de la cuestión controvertida debe efectuarse la ste consideración, cómo en otros tantos procedimientos de anulación de contratos bancarios se ha dicho, y que consiste en que basada la solicitud de nulidad, por lo general en vicio del consentimiento, el propio T.Constitucional, en su Sentencia de 7 de mayo de 2012 , en el último párrafo de su fundamentó 10, expresaba que por la naturaleza subjetiva, vicio del consentimiento, pudiera excluir toda posibilidad de acumulación, de (decía ha de ejercitarse de forma individual), y lo mismo para las acciones de restitución e indemnización de daños y perjuicios, pues, en cada caso concreto, habría de probarse el daño, nexa causal entre la conducta de la entidad bancaria y la producción de aquel, y la determinación del quantum del perjuicio causado.

Así el Tribunal Supremo en sentencias de 15 y 21 de noviembre de 2012 , en consideración a las diversas modalidades contractuales que han proliferado en materia de permutas de interés, ha declarado que serán las circunstancias que concurran en cada caso (subjetivas de los contratantes y objetivas del producto ofertado), las que determinen si en el momento de la perfección del contrato existe error en el particular contratante por ignorancia o equivocación determinante en la emisión de la voluntad negocial.

Con ello queremos decir que, incluso con contratos similares, las respuestas a dar pueden y deben ser diferente, pues dada la acción ejercitada, ha de estudiarse caso por caso, si se da el error denunciado, lo que depende las más de las veces de la información y comercialización del producto y también de la condición del contratante, por lo que esta decisión no es extrapolable a otras personas que contrataran un préstamo de las mismas características, menos cuando sean consumidores, cosa que no alcanza al aquí prestatario, y al efecto se reproducen los argumentos de la sentencia en evitación de inútiles repeticiones, pues con independencia de los motivos que llevaran a los socios intervinientes a vender el objeto hipotecado, aportarlo luego otra vez a la sociedad promotora, y luego adquirirlo la actora, no era obstáculo a ello la ocupación por el .Sr Raimundo y familia, pues la operación no se verificó e ámbito ajeno a la actividad empresarial y buena prueba de ello es que él propio testigo Sr Paulino , indicó que en el buzón correspondiente al piso tercero, seguía habiendo una placa de la empresa, cuando el Sr Jose María aporta la vivienda a la sociedad promotora, indica que no es vivienda familiar habitual ( folio 151) y de ahí que no puedan ser invocadas las normas relativas a los consumidores y usuarios, y por ello la resolución ya dijo que al no ser aplicable, tal normativa, no cabía anular la cláusula octava.

Las anteriores sentencias del T Supremo son de las más recientes que se han pronunciado en productos bancarios y que examinan la información y el error

En la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 , que casa la de la Audiencia Provincial, que había anulado permutas financieras de tipos de interés con tipo fijo creciente en rango, concertado entre una limitada y Banesto, por entender que no se había sufrido un error invalidante del contrato, se dice que no es correcta en términos absolutas la equiparación el defecto de información con la existencia de error, reitera que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Que un elemental respeto a la palabra dada, y la seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone unos criterios razonablemente rigurosos y así, en primer término es necesario que la representación equivocada, merezca esa consideración, lo que exige que se muestre para quién afirma haber errado, como suficientemente segura y no cómo una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

En segundo lugar, que el artículo 1266 del código civil , dispone que el error ha de recaer sobre el objeto materia propia del contrato, ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas tres suposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto materia del contrato que hubiera sido la causa principal de su celebración, en el sentido, de causa concreta de motivos incorporados a la causa, que si los motivos o móviles no sé objetivaron ya elevaron a la categoría de causa concreta del contrato, el error sobre ellos resulta irrelevante; que las circunstancias erróneamente representadas puede ser pasadas, presentes ó futuras, ...pero en todo caso han de ser tomadas en consideración en el momento de perfección

o génesis de los contratos, y que el error vicio al exigir que la representación se muestre razonablemente segura difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta 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 de pérdida, correlativo la esperanza de una ganancia., Añade que el error ha de ser, además de relevante, excusable, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible a las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confían en la apariencia que genera toda declaración negociar seriamente emitida.

Los requisitos sobre el error que han sido reiterados en la sentencia del T.Supremo de 29 de octubre de 2013, en la que se expresa, tras rechazar el recurso por infracción procesal"

SÉPTIMO: El error vicio y los requisitos que ha de reunir para anular el contrato.

Reiteramos la doctrina que sobré la materia, resumió la sentencia 683/2012, de 21 de noviembre . En ella expusimos que cabe hablar de error vicio cuándo la voluntad del contratante, se hubiera formado a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1.985, 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 ., entre muchas. Es decir, cuando la representación mental que hubiera servido de presupuesto para la celebración del, contrato fuera equivocada o 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 él 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 vicio es 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 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 qué 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 él 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.

Repetíamos que el error vicio 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 , 315/2009 de 13 de mayo - exige tal cualidad, pese a no estar mencionada en el artículo 1266, porque valora, la conducta de quién 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.

Las prestaciones debidas por las partes no estaban, consiguientemente, determinadas al perfeccionarse el contrato, sino que debían serlo en el futuro, de conformidad con los criterios establecidos en él por las contratantes. Eran, por tanto, determinadas en función de las oscilaciones futuras de los tipos de interés o, lo que es lo mismo, en atención a acontecimientos futuros e inciertos, derivados de las fluctuaciones del mercado. De ellos dependía o solo la determinación de las prestaciones, sino también la identificación de quien, en cada periodo de liquidación, sería deudor.

Sentado lo anterior del escaso relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida no deriva base para entender que la representación equivocada, sobre el resultado de la operación con la que M. Polo, SL afirmó haber contratado, fuera razonablemente segura. No cabe desconocer., que, el funcionamiento del contrato se proyectaba sobre un futuro, más o menos próximo, con un acusado componente de incertidumbre. Lo que implicaba que dicha sociedad asumía, de modo evidente, un riesgo de pérdida correlativa a la esperanza de obtener una ganancia.

Es difícil admitir que una sociedad con experiencia en el mercado y en las relaciones con las entidades bancarias, como.... SL, padeciera un error como el declarado en las instancias. Pero, en todo caso, hay que rechazar que el mismo superase el límite de los riesgos asumidos y, en último caso, que fuera excusable.

En la sentencia 822/2012, de 18 de enero , recordamos que la regla "pacta sunt servanda" exige que los contratantes cumplan sus obligaciones aunque les resulten más onerosas de lo que habían previsto, tanto por un aumento de los costes de la ejecución como por una disminución del valor de la contraprestación a que tuvieran derecho pero, añadimos, que cuando la previsión de los contratantes sobre la subsistencia o el cambio de la situación económica en la que se celebró el contrato no hubiera sido minuciosa - mediante el establecimiento de condiciones suspensivas o resolutorias o cláusulas estabilizadoras -, se plantea la cuestión de determinar los efectos que, en la reglamentación contractual, pueda producir una imprevista y extraordinaria mutación de aquellas circunstancias, ya sea porque las representaciones mentales de los, contratantes se hubieran formado a partir de una determinada realidad - criterio subjetivo -, ya porque la alteración llegue a romper, en medida inadmisiblemente, el equilibrio de prestaciones y, según cual haya sido el tipo negocial elegido a privar de todo sentido a la reglamentación pactada - criterio objetivo -.

Como expusimos en dicha sentencia, la cuestión ha sido tratada por la doctrina, desde distintos puntos de vista -como el de la continuada influencia de la causa onerosa del contrato, la excesiva dificultad de cumplir la obligación asumida, la asignación de los riesgos contractuales, la alteración de la base del negocio, objetiva y subjetiva, la interpretación del contrato y la doctrina de la presuposición o la supuestamente implícita " cláusula rebús sic stantibus omnis conventio intellegitur " -...- No obstante, la jurisprudencia, utilizando especialmente esta última fórmula, se ha referido a la mencionada cuestión, para destacar la admisibilidad en nuestro sistema de los medios de corrección de la frustración económica del contrato, en determinadas situaciones particulares - así, entre otras, en las sentencias de 31 de octubre de 1963 , 15 de marzo de 1972 , 16 de junio de 1983 , 27 de junio de 1984 , 19 de abril de 1985 , 17 de mayo de 1986 , 13 de marzo de 1987 , 6 de octubre de 1987 , 23 de marzo de 1988 , 16 de octubre de 1989 , 21 de febrero de 1990 , 12 de noviembre de 1990 , 1202/1993, de 14 de diciembre , 209/1994, de 15 de marzo , 344/1994, de 20 de abril , 29/1996, de 29 de enero , 1048/2000, de 15 de noviembre , 1059/2000, de 17 de noviembre , 129/2001, de 20 de febrero , 1234/2001, de 28 de diciembre , 518/2002, de 27 de mayo , 313/2004, de 22 de abril , 539/2004, de 18 de junio , 1090/2004, de 12 de noviembre , 481/2005, de 17 de junio , 953/2006, de 9 de octubre , 79/2007, de 25 de enero , 197/2007,

de 1 de marzo , 966/2007, de 26 de septiembre , 175/2009, de 16 de marzo , 336/2009, de 21 de mayo , 781/2009, de 20 noviembre , 360/2010, de 1 de junio , 84/2012, de 20 de febrero , 93/2012, de 21 de febrero , 240/2012, de 23 de abril , 243/2012 , de 27 de abril -.

Esa influencia de los cambios imprevistos sobre la posibilidad de la resolución del vínculo o, especialmente, la modificación equitativa de su contenido, resulta también admitida en ordenamientos cercanos. En alguno, cuando se trate de contratos de ejecución continuada, periódica o diferida para el caso de que la prestación de cualquiera de las partes " e divenuta eccessivamente onerosa " - artículos 1467 y 1468 del Código Civil italiano -. En otros, simplemente en el supuesto de que las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar "tiverem sofrido uma alteracao anormal" - artículo. 437 del Código Civil portugués

También precisamos que cualquiera previsión, sobre el futuro de tales instrumentos no puede prescindir de que hoy gozan de reconocimiento en los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos, como son los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales - artículo. 6.2.2 - los Principios de derecho europeo de contratos - artículo 6.111- o los trabajos para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos.- artículo 1213 -. En similar sentido se expresó la sentencia 644/2012 de 8 de noviembre .

Sin embargo, para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato se exige, entre otras condiciones, como señaló la sentencia de 23 de abril de 1991 , que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual".

En base a la infraestructura fáctica y jurídica precedente, no compartimos la conclusión de la sentencia.

Así, es que no todo defecto de información, es sinónimo de error, y además, estimamos que ni una cosa, ni otra se producen. Es cierto que se expresó, en el juicio por empleado de la demandada, qué cuando sé produjo la subrogación por la sociedad actora del préstamo hipotecario no se dio información del producto, pero además de que ninguna obligación había de efectuarlo, no justifica ni cita norma alguna que en tal acto la imponga, como tampoco la aplicación de la Ley de Mercado de valores, que la propia sentencia que se cita del Juzgado de Madrid nº 97 considera inaplicable ( la Directiva: 2004/39/CE (LA LEY 4852/2004), se traspuso por la Ley 47/2007, de reforma de la LMV, que traspuso al ordenamiento interno las disposiciones de la Directiva MIFID, no entro en vigor hasta el 21 de diciembre de ese año,), pues el préstamo ya estaba constituido y era la actora quien solicitaba subrogarse, no puede obviarse que estaba representada por el Sr Raimundo , administradora de Ensenada de Llafranc SL que fue quien recibió precisamente dicha información previa a la constitución del préstamo hipotecario, en fecha 27 de noviembre de 2007, aun cuando el prestatario fuera el Sr Jose María , y. así lo indicó en prueba testifical el sr Cipriano , quien dijo haber ofertado una abanico de préstamos y fue el Sr Raimundo quien optó por la que nos ocupa ignorándose el porqué el Sr Jose María delegó esa decisión en su socio, pero lo evidente es que lo asumió al suscribir él dicho préstamo, conociendo su contenido asistiendo a la firma con el Sr Melchor , quien además explicitó como el Sr. Notario leyó el contenido del contrato.

En la propia sentencia se reconoce que con su lectura permitía conocer con claridad que el préstamo se otorgaba en yenes japoneses y que el tipo de interés se vinculaba a esa moneda, debiéndose hacer los pagos en la misma, se ofrecía la posibilidad de cambiar la moneda lo cual afectaba también al tipo de interés, y en el propio escrito rector se expresa tal conocimiento, en el hecho sexto se dice que de la letra del contrato y la información de la demandada, creyó que contrataba un préstamo hipotecario que liquidaba intereses en el tipo existente en Japón, porque era más reducido y le beneficiaba.

En realidad lo que el demandante denunciaba es que la información era incompleta, oscura y carente de veracidad, mas lo hacía con fundamento en la evolución que habían sufrido las divisas, cuando se le habría hecho creer que la evolución sería otra, y por ello ha sido tan perjudicial la elegida, en relación a la que estima normal, divisa del propio país y Euribor, refiriéndose a la tabla de amortización y a que en la **hipoteca** sólo se previesen 18.000 #, para posibles oscilaciones de divisa en la paridad del yen. A nuestro juicio, ningún engaño se produce con ello, pues ni conoce la entidad la futura evolución, y por eso es producto especulativo, y lo que la actora no indica es que en el mismo contrato ya se dice tanto en la letra A, como en la D, que son meramente cuadros teóricos, calculado al tipo de interés inicial, del que resulta el capital pendiente, en la divisa prestada y en Euros, y en el apartado D se resaltan los riesgos, precisamente al reconocer el prestatario que el préstamo esta formalizado en divisas y también, por ello se dice que cabe la posibilidad de que el contravalor en Euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción, pueda ser superior al límite pactado. No puede

hacer responsable a la entidad de la evolución de las monedas, y como dice el T. Supremo el error vicio exige que la representación equivocada se muestre para quien la efectuó cómo 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, que era lo pretendido por el actor. Asimismo en testifical, se indicó que se le ofreció un seguro, pero que fue desechado por lo elevado de su importe.

Por otra parte, ni si quiera existía obligación de permanecer en la moneda en la que se contrató, pues en la cláusula C, eso sí facultativamente para el prestatario, podía cambiar el préstamo a otro tipo de divisa, lo que modificaba a su vez también el tipo de interés. El Juez considera que precisamente en base a la misma se produce la nulidad, pues al tiempo de la contratación, no se podían conocer todas las divisas que integraban la opción, ni por tanto los tipos. Tampoco lo compartimos, por cuanto el hecho de que no pudieran conocerse en tal momento temporal, no viciaba al contrato de nulidad, cuando el préstamo ya se había fijado en una moneda e interés, y sí estaban determinadas las divisas y tipos en cada momento en que podía hacerse el cambio, trimestralmente, y además, como también se dice en la sentencia, el prestatario podía conocerlas acudiendo a la entidad. Por otra parte, tampoco se antoja de difícil conocimiento la paridad cada día de las monedas, que no debe confundirse con los mecanismos para establecerla.

En cualquier caso, no consta ni el ejercicio de la opción, ni la solicitud de información para realizarla, no dejando de sorprender que ahora se pretenda: un préstamo "normal" en Euros, y con Euribor, cuando ello era una posibilidad que claramente contemplaba el préstamo hipotecario, no dándose la más mínima explicación del porqué el prestatario nunca interesó antes el cambio, cuando podía hacerlo en cada periodo trimestral, cuando era evidente que conocía el notable ascenso que se producía, en su cuota, con la recepción de las liquidaciones. El Sr. Jose María , en sus interrogatorios insistió mucho en la causa por la que la entidad no le advirtió cada trimestre y le ofertó el cambio, mas precisamente el contenido de las liquidaciones ya debía ser advertencia para el inicial prestatario y subrogado, y ellos eran los optantes y no la entidad.

A todo lo anterior cabe añadir que tampoco se nos antoja puedan incurrir en error miembros de un despacho de Abogados, y menos que sea excusable, pues si bien no tienen por qué tener conocimientos financieros, el propio prestatario es quien dirige ahora dirige el procedimiento, y su socio, Sr. Raimundo , también administrador de empresas, había participado en numerosas operaciones de financiación a promotor, como se puso de manifiesto en la prueba testifical, que se tildaron de más complejas, teniendo además gestoría y asesoría.

En consecuencia, se acoge el recurso, considerando que no procede anulación alguna, al igual que ha resuelto a vía de ej la Audiencia de Madrid en su sentencia de 17 de Julio de 2013 , que revoca precisamente aquella sentencia del Juzgado nº 97, autos ordinario 304/2012, que se cita al folio 251.

QUINTO: Las costas de la 1ª Instancia han de imponerse a la actora, sin que se efectúe expresa imposición de las del recurso.

## FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de Catalunya Banc SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia..nº 44 de **Barcelona**, en los autos de juicio ordinario 511-201-2..de fecha 17 de Diciembre de 2012, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su lugar, desestimando la demanda; que contra la misma interpuso Ensenada de Llafranc SL, debemos absolverle de la misma, con imposición a la actora de las costas de 1ª Instancia y sin que se efectúe expresa imposición de las del recurso.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación.

Notifíquese esta resolución a las partes y, una vez sea firme, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de la misma, para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ



Roj: SAP M 12853/2013  
Id Cendoj: 28079370192013100195  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Madrid  
Sección: 19  
Nº de Recurso: 273/2013  
Nº de Resolución: 259/2013  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: RAMON RUIZ JIMENEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

Audiencia Provincial Civil de **Madrid**

Sección Decimonovena

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933816/86/87

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2013/0004792

**Recurso de Apelación 273/2013**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 97 de **Madrid**

Autos de Procedimiento Ordinario 304/2012

**APELANTE:** KUTXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. ANA PRIETO LARA-BARAHONA

**APELADO:** D./Dña. Jose Antonio

PROCURADOR D./Dña. JOSE RAMON CERVIGON RUCKAUER

**SENTENCIA Nº 259**

**PONENTE ILMO/A SR./SRA. D. RAMÓN RUÍZ JIMÉNEZ**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D./Dña. EPIFANIO LEGIDO LÓPEZ

D./Dña. RAMÓN RUÍZ JIMÉNEZ

D./Dña. MIGUEL A. LOMBARDÍA DEL POZO

En **Madrid**, a diecisiete de julio de dos mil trece.

La Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 304/2012 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 97 de **Madrid** que han dado lugar en esta Sala al rollo 273/13 a instancia del apelante KUTXABANK SA representado por el/la Procurador ANA PRIETO LARA-BARAHONA y defendido por letrado contra el apelado D./Dña. Jose Antonio y D./Dña. Soledad representados por el/la Procurador JOSE RAMON CERVIGON RUCKAUER y defendido por letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 04/02/2013 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D./Dña. RAMÓN RUÍZ JIMÉNEZ

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por Juzgado de 1ª Instancia nº 97 de **Madrid** se dictó Sentencia de fecha 04/02/2013 , cuyo fallo es el tenor siguiente: "Que estimando como estimo en parte las demandas acumuladas interpuestas por DON Jose Antonio y DOÑA Soledad , representados por el procurador D. JOSÉ RAMÓN CERVIGÓN RUCKAUER, contra KUTXABANK SA. representada por la procuradora DOÑA ANA PRIETO LARA-BARAHONA, debo acordar y acuerdo: 1.- La nulidad relativa por error como vicio de consentimiento con relación a las escrituras de préstamo con **hipoteca** y de novación modificativa de préstamo hipotecario, otorgadas ambas ante el Notario de **Madrid** Don Celso Méndez Ureña, con números 736/2008 y 5932/2009 de orden de su protocolo, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, con sus intereses legales, conforme a las bases establecidas en el fundamento de derecho sexto. 2.- Sin hacer declaración sobre las costas causadas en esta instancia."

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** Para la deliberación votación y fallo del presente recurso se señaló el 25 de junio de 2013.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se parte de la doctrina que se cita en la sentencia recurrida, no así en la aplicación de la misma al caso concreto. Se sustituyen los fundamentos en que sean contradictorios por los que ahora se expresan.

**PRIMERO .-** La demanda que da origen a estas actuaciones, se presenta por don Jose Antonio y doña Soledad frente a KUTXABANK S.A sobre nulidad de cláusulas multidivisas, y condena a pagar las cantidades. La demandada se allanó a la nulidad de las cláusulas 6 bis g,k y n y 15 y se opuso al resto de los pedimentos. Se acumuló a este procedimiento el 325/2012 seguido ante el juzgado num.96 de **Madrid** en virtud de demanda de doña Soledad contra la misma demandada Kutxabank S.A. Se trata en suma de determinar la validez del préstamo multidivisas con garantía hipotecaria de 28 de febrero de 2008 en el que aparece prestatario don Jose Antonio en sí y en representación de su esposa doña Soledad estableciendo la cuantía en yenes japoneses. La sentencia estima parcialmente las demandas acumuladas interpuestas por don Jose Antonio y doña Soledad , y declara la nulidad relativa por error de consentimiento de las escrituras de préstamo con restitución recíproca de las prestaciones y sin hacer condena en las costas.

Con mayor concreción, recordar que la demanda inicial se presenta por don Jose Antonio . Instaba acción de nulidad del clausulado multivisas y otras cláusulas multidivisas y subsidiaria anulación. Tras una introducción sobre la acción ejercitada, referencia de la MIFID, sus objetivos y extensión. En el año 2005, el demandante se compró una vivienda escriturada el 15 de marzo de 2006 ante Notario. En el año 2007, el promotor inmobiliario don Luis y la mercantil Albasol S.L. suscriben un contrato de arras para la adquisición de cuatro parcelas en Los Peñascales de **Madrid**, y posteriormente se le ofrece entrar en dicho proyecto, cuya finalidad era promoverlas con un préstamo- promotor de la BBK. Esta operación, dice la primera que realizaba con un contenido especulativo. En el año 2008, expone al BBK la imposibilidad de seguir pagando su parte de cuota del crédito promotor y le aconseja que pida una **hipoteca** multidivisas porque más a pagar una cuota más baja, dejando de suministrarle información sobre aspectos esenciales, a su juicio de este tipo de operaciones. Tras unas alegaciones generales sobre la situación financiera, causas que han contribuido a la misma y en concreto actuación de la demandada. La operación no cumple la normativa MIDIF. Tras una amplia cita de normativa jurídica y doctrina que entiende de aplicación, pide en el suplo de su demanda, una sentencia que declare la nulidad del clausulado multidivisas, acordar que a los efectos de restitución de la cantidad debida, es la de 704.691,45 euros, resultado de restar el capital pagado - 44.829,58 euros- y la comisión de cambio -8.129,27 euros- y a estas cantidades habrán de añadirse los intereses indebidos, fijar la deuda en euros, referenciar el tipo de Euribor, declarar abusivas las cláusulas sexta bis g,k,n y 15ª y condenar en costas a la demandada; de estimarse que el contrato no es nulo sino anulable, una petición similar sobre dicha base.

**SEGUNDO.-** Recurso de KUTXABANK S.A.

Se orienta en primer lugar en un pretendido error en la valoración de la prueba, que relaciona con el perfil de los demandantes Srs. Jose Antonio y Sra. Soledad , y parte de que la sentencia, reconociendo la condición de letrado del Sr. Jose Antonio , entiende que ello no le supone conocedor de la complejidad del contrato concertado.

Pone de relieve como con arreglo a la página web del demandado, el mismo aparece como abogado en ejercicio en **Madrid** desde el año 1989 y especialista entre otras áreas en operaciones mobiliarias, derecho bancario e **hipotecas** multidivisas, y queda de relieve en el hecho de que asuma la propia defensa y de su

esposa, admitiendo en la vista ser propia la página web que refiere las especialidades a que antes se ha hecho referencia.

No toma en consideración el juzgador, dice el recurrente el doc. 17 aportado y admitido por la parte como propio, en el que solicita el cambio de divisa de francos suizos a yenes japoneses, (antes había el cambio a la inversa). También la testigo Gracia, admite que se trata de un producto a petición del cliente. Por su parte la Sra. Soledad trabaja de directiva de la Empresa Larry Smith SA.

Pone asimismo el acento la apelante la existencia de información bastante, y se hace específica advertencia de lo establecido en el art. 7.5º en contra de lo que se dice en la sentencia, y se desprende así del documento firmado por las partes, folio 12; de otra parte el demandado tenía posibilidad de volver al euro, como ya anteriormente hizo cambiando la moneda ( doc. 28 y doc. 17 a que antes se hizo referencia).

El juez se basa en el informe pericial presentado por los demandantes, de don Fabio, que pone de relieve los riesgos de este tipo de préstamos, a saber el tipo de cambio y el tipo de interés.

Ha de relacionarse lo expuesto, con lo dicho anteriormente en cuanto al perfil del demandante, que además pudo cambiar al euro y no lo hizo, lo que evidencia que era conocedor del riesgo que asumía, habiendo por su parte la demandada cumplido con las obligaciones que le impone la orden de 5-5-1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

### **TERCERO** .- Sobre el error en el consentimiento.

Lo justifica la sentencia en base al defecto de información, extremo examinado en el fundamento anterior. Comporta lo anterior, de una parte la información que se recibe, y de otra si el receptor está en condiciones de asumir la misma, comprendiéndola.

Como enseña la SAP **Madrid** 19-11-2012, sección 14ª, "los requisitos esenciales de todo contrato se halla el consentimiento de los contratantes ( artículo 1.261 del Código civil ), que se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el negocio, conforme al artículo 1262 del mismo texto, y que será nulo -artículo 1265- prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Por ello, como dice la sentencia citada, "la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige plena conciencia de lo que significa el contrato y de los derechos y obligaciones derivados, lo cual otorga importancia a la negociación previa y a la fase precontractual, en que los negociantes merecen toda la información necesaria para valorar cuál es su interés en el contrato y actuar en consecuencia, postulado que alcanza especial intensidad si cabe en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, lo que ha motivado en los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta para dotar de claridad y transparencia a las operaciones que realizan. Sin embargo para que el error -nacido de falta de información- implique vicio del consentimiento, conforme a los postulados generales, ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuese objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y la doctrina legal señala p.e. STS de 10 de abril de 1999, que ha de ser esencial y excusable, requisito este último que el Código Civil no menciona pero se deduce del principio de buena fe consagrado en su artículo 7, a valorar en atención a las circunstancias del caso, y se erige en una medida de protección para la otra parte contratante; el error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular ( STS de 4 de enero de 1982, y 29 de marzo de 1994 ), de acuerdo con los postulados de la buena fe, diligencia que ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el supuesto, incluso las personales, no sólo las de quien ha padecido el error, y se ha de atender a lo exigible, mayor cuando se trata de un profesional, y menor cuando se trata de persona inexperta; igualmente la STS de 23 de julio de 2001 señala que el error invalidante no ha de ser imputable al que lo padece; y, no merece el calificativo de excusable el que obedece a la falta de diligencia exigible a las partes contratantes, que implica que cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible ( STS de 6 de febrero de 1996 ).

El incumplimiento de la normativa administrativa relativa al deber de información, como dice la sentencia de la sección 13ª de esta Audiencia Provincial de **Madrid**, de fecha 14 de febrero de 2012, no puede producir por sí mismo y sin más la nulidad del contrato financiero concertado, pero sí tiene sustancial transcendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia, era plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asumía y, en definitiva, si pudo o no incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones, en otros términos, si el consentimiento prestado estaba o no suficientemente formado. Y añadir, que la carga de la prueba sobre la corrección y suficiencia del asesoramiento o información pesa sobre la entidad bancaria -la diligencia exigible es la

específica del ordenado empresario-, conforme a las normas que la disciplinan en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aunque corresponde a la parte adversa justificar la existencia del vicio invalidante del consentimiento, pues éste se presume válidamente prestado, conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada.

De destacar asimismo, que como dice la sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de febrero del 2011, el hecho de que el cliente "cuestione la validez del contrato a partir del momento en el que los saldos comienzan a ser negativos no supone la convalidación por el comportamiento anterior, pues es sólo entonces cuando alcanza a comprender el error sufrido, más aún si se tiene en cuenta que sólo en ese momento conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de esos productos, y que hasta entonces ignora al no haber sido informado con un mínimo de precisión".

En relación a los contratos bancarios, el deber de información en este tipo de contratos, por sus características, exige unas explicaciones de su contenido, sobre todo porque recoge unas reglas y fórmulas de cálculo cuya comprensión sólo está al alcance de clientes experimentados o con conocimientos específicos o, al menos, cualificados.

**CUARTO.** - La Sala no comparte el criterio del juzgador de la primera instancia. La sentencia centra la controversia en la nulidad o anulabilidad en su caso, y parte de la complejidad del contrato tanto respecto de los intereses variables, así el Libor (mercado interbancario de Londres) en el supuesto de no amortizarse en euros como respecto a las variaciones en el tipo de cambio de las diferentes monedas en el mercado de divisas, elementos ambos con múltiples variables y de difícil predicción. Examina la falta de información que se suministra a los demandantes contratantes, a decir de la sentencia, analiza el error en relación con la falta de información. Retrocediendo en la relación de hechos que contiene la demanda, se refiere la compra de una vivienda familiar en el año 2005 y en el año 2007 compró junto a un promotor y un asesor bancario, cuatro parcelas en Los Peñascales para promoverlas con un préstamo promotor del BBK. Lleva a cabo la compra, por la influencia de un promotor, cliente con alrededor de 19 sociedades constructoras, por llevarse a cabo por un renombrado arquitecto y por el entusiasmo en la operación mostrado por el BBK. Lo expuesto aleja en principio al demandante Sr. Jose Antonio del perfil que se pretende de persona influenciable por su ignorancia en operaciones de este tipo. Ya en 2008 ante la imposibilidad de hacer frente al préstamo se le aconseja una **hipoteca** multdivisas.

El Sr. Jose Antonio aparece, y este extremo no se niega, como abogado, lo que en sí no comportaría conocimiento de operaciones de este tipo, pero se publicita como especialista en operaciones mobiliarias, derecho bancario e **hipotecas** multivisas, con especial significación en cuanto a estas últimas. Aparece asimismo como administrador único de dos sociedades Torgat Demo Automáticas S.L. y Sociedad Limpiezas automáticas S.L. y administrador de otras dos sociedades. La esposa, es ejecutiva de la empresa Larry/ & Smith, y admite que era el esposo codemandante quien llevaba a cabo las operaciones a que se refieren este procedimiento. Abundando en lo dicho, fue el Sr. Jose Antonio quien pidió el cambio de francos suizos a yenes japoneses. No cabe desconocer lo anterior a la hora de valorar la existencia de consentimiento bastante y suficientemente informado acerca de las operaciones de que se trata.

Recordar, que Según jurisprudencia consolidada "el Juzgador que recibe la prueba, puede valorarla de forma libre, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez a quo de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso ( SSTS 15-II-1999 y 26-I-1998 por todas).

En definitiva, la segunda instancia ha de limitarse, cuando de valoraciones probatorias se trata, a revisar la actividad del juzgador a quo, en el sentido de comprobar que ésta aparezca suficientemente expresada en la resolución recurrida y no resulte arbitraria, injustificada o injustificable".

Añadir, que la llamada doctrina de la carga de la prueba tiene como finalidad determinar para quien han de producirse las consecuencias desfavorables en el caso de que un hecho no haya resultado probado, carga que sin embargo solo entra en juego cuando falta la necesaria prueba sobre los hechos controvertidos en el proceso. Como se ha dicho en gráfica frase "el problema de la carga de la prueba es el problema de su falta". Así lo ha venido estimando la jurisprudencia cuando hace recaer sobre el litigante que no prueba, las consecuencias negativas de dicha ausencia. La S.T.S. de 14 de junio de 2.010 afirma que "las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se

atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria"; y que "el principio sobre reparto del "onus probandi" (carga de la prueba) no es aplicable en aquellos casos en los cuales el tribunal efectúa una valoración probatoria de los hechos fundándose en distintos medios de prueba".

**QUINTO.-** Sobre el error invalidante por defecto de información.

La SAP **Madrid** 19-11-2012 , recuerda, que entre los requisitos esenciales de todo contrato se halla el consentimiento de los contratantes ( artículo 1.261 del Código civil ), que se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el negocio, conforme al artículo 1262 del mismo texto, y que será nulo -artículo 1265- prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Por ello, como dice la sentencia citada, "la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige plena conciencia de lo que significa el contrato y de los derechos y obligaciones derivados, lo cual otorga importancia a la negociación previa y a la fase precontractual, en que los negociantes merecen toda la información necesaria para valorar cuál es su interés en el contrato y actuar en consecuencia, postulado que alcanza especial intensidad si cabe en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, lo que ha motivado en los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta para dotar de claridad y transparencia a las operaciones que realizan. Sin embargo para que el error -nacido de falta de información- implique vicio del consentimiento, conforme a los postulados generales, ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuese objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y la doctrina legal señala p.e. STS de 10 de abril de 1999 , que ha de ser esencial y excusable, requisito este último que el Código Civil no menciona pero se deduce del principio de buena fe consagrado en su artículo 7, a valorar en atención a las circunstancias del caso, y se erige en una medida de protección para la otra parte contratante; el error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular ( STS de 4 de enero de 1982 , 3 y 29 de marzo de 1994 ), de acuerdo con los postulados de la buena fe, diligencia que ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el supuesto, incluso las personales, no sólo las de quien ha padecido el error, y se ha de atender a lo exigible, mayor cuando se trata de un profesional, y menor cuando se trata de persona inexperta; igualmente la STS de 23 de julio de 2001 señala que el error invalidante no ha de ser imputable al que lo padece; y, no merece el calificativo de excusable el que obedece a la falta de diligencia exigible a las partes contratantes, que implica que cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible ( STS de 6 de febrero de 1996 . Por último es resaltable que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo, pues tal vicio ha de ser apreciado con extraordinaria cautela y con carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica, y necesidad de fiel y exacto cumplimiento de lo pactado, por lo que la carga de la prueba incumbe a quien lo alega, y debe quedar cumplidamente probado ( SSTS de 30 de junio de 1988 y 4 de diciembre de 1990 )".

Añadir, que la carga de la prueba sobre la corrección y suficiencia del asesoramiento o información pesa sobre la entidad bancaria -la diligencia exigible es la específica del ordenado empresario-, conforme a las normas que la disciplinan en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil , aunque corresponde a la parte adversa justificar la existencia del vicio invalidante del consentimiento, pues éste se presume válidamente prestado, conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada.

La prueba del cumplimiento del deber de información previo a la suscripción del contrato no puede consistir únicamente en un folleto informativo falto de claridad y en el propio contenido del contrato una vez firmado y en la cláusula que aparece en el expositivo II de las condiciones generales, que refiere, que "el cliente conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe, conllevan un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato", máxime cuando lo que tampoco dice la cláusula es que puede dar lugar a pérdidas y cuando el contenido del contrato no se puede calificar de claro, transparente y de fácil comprensión para cualquiera y adolece de omisiones relevantes que implican que la demandante no pudiera conocer los riesgos que asumía, ni la forma y método de la cancelación anticipada, por más que el funcionamiento del producto no apareciera en exceso complejo.

Resulta válido a los efectos de interpretar la doctrina expuesta, lo razonado acerca de la información suministrada, y del perfil de quien contrataba en nombre de los demandantes, concededor, por razones profesionales, como cualificado asesor de las operaciones en que se movía.

Esta misma sección y ponente, en sentencia de 15-10-2012 , por referirse a un supuesto parecido, ya decía, que "La nulidad e inexistencia del contrato la fundamenta el actor en la "falta de consentimiento como error obstativo" que, "como falta de coincidencia entre la voluntad y la declaración, desacuerdo inconsciente que excluye la voluntad interna del negocio jurídico, dando lugar a su inexistencia, requiere que el error sea esencial, su relación de causalidad con la celebración del contrato, y su carácter excusable", requisitos que, según alega concurren, así, es esencial y relacionado causalmente con el acto mismo de la firma del contrato .

Finalmente, añadir, en orden al error, extremo que el apelante destaca, que la STS de 12 de diciembre de 2005 pone de relieve, que el error relevante, como tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala en Sentencias de 4 de diciembre de 1990 , 6 de febrero de 1998 , 10 de febrero de 2000 (con numerosos precedentes , como las de 14 y 18 de febrero de 1994 ), de 23 de julio de 2001 y 12 de julio de 2002 , entre otras muchas, ha de ser sustancial y reconocible, correspondiendo la prueba de tales caracteres a quien lo alega, pero además ha de ser excusable, esto es, no imputable al que lo padece y que no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece protección por su conducta negligente, en similares términos se pronuncia la STS de 17 de febrero de 2005 , al señalar que ha de recordarse la doctrina jurisprudencial según la cual para que un error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta negligente ( sentencias de 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras); en la misma línea se pronuncia la STS de 17 de julio de 2006 que añade que para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste ( Sentencias de 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004 ); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración ( Sentencias de 18 de febrero y de 3 de marzo de 1994 , que se citan en la de 12 de julio de 2002 , y cuya doctrina se contiene, a su vez, en la de 12 de noviembre de 2004 ; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005 .

Parece evidente de lo expuesto hasta ahora, que el perfil del contratante, no permite atribuir el error a defectuosa información, cuando pudo y debió, ampliar la que se le ofrecía de no estimarla suficiente, o negarse al contrato mismo, lo que cabe argumentar es que pensaba que se trataba de un contrato de seguro, inasumible atendidos sus conocimientos.

**SEXTO.-** Al acogerse el motivo del recurso, debe estimarse el mismo y desestimar la demanda, a salvo en los aspectos en que existió allanamiento, lo que comporta la no condena en las costas de la alzada ( arts. 398 y 394 LEC ).

## FALLAMOS

ESTIMAR EL RECURSO PRESENTADO POR KUTXABANK SA.CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 97 DE MADRID EN PROCEDIMIENTO ORDINARIO 304/2012 SEGUIDO A INSTANCIAS DE DON Jose Antonio Y DOÑA Soledad REVOCANDO LA MISMA DESESTIMAR LA DEMANDA A SALVO EN CUANTO AL PARCIAL ALLANAMIENTO. NO SE HACE CONDENA EN LAS COSTAS DEL RECURSO.



**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en la Oficina num. 1036 de la entidad Banesto S.A., con el número de cuenta 2837-0000-00-0273-13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

A los efectos previstos en los artículos 471 y 481-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace saber a la parte que, de necesitarla, podrá solicitar de este Tribunal la certificación de la sentencia que previenen tales preceptos. De no verificarlo así se entregará al recurrente, en su caso con el emplazamiento para ante el Tribunal Supremo.

Asimismo se deberá aportar debidamente diligenciado el modelo 696 relativo a la tasa judicial correspondiente a los recursos de que se trate, en los casos en que proceda.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ



Roj: SJPI 57/2012  
Id Cendoj: 08019420442012100001  
Órgano: Juzgado de Primera Instancia  
Sede: Barcelona  
Sección: 44  
Nº de Recurso: 511/2012  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: FRANCISCO DE PAULA PUIG BLANES  
Tipo de Resolución: Sentencia

Juicio Ordinario nº 511/2012-A

Juzgado de 1ª Instancia nº 44

**Barcelona**

### **SENTENCIA**

En **Barcelona** a diecisiete de diciembre de dos mil doce.

Vistos por FRANCISCO DE PAULA PUIG BLANES; Magistrado-Juez titular de Primera Instancia de esta ciudad nº 44 los autos de juicio ordinario nº 511/2012; promovidos por "Ensenada de Llafranc S.L.", representada por la Procuradora Dª Blanca Soria Crespo y defendida por el Letrado D. José Mª Simón Solano; contra "Catalunya Banc S.A.", representada por el Procurador D. Antonio Mª de Anzizu Furest y defendida por el Letrado D. Ignasi Fernández de Senespleda.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** El pasado 24.04.2012 se presentó por Dª Blanca Soria Crespo, Procuradora de los Tribunales, actuando en representación de D Edemiro , "Ensenada de Llafranc S.L." y D Gerardo , demanda de juicio ordinario frente a "Catalunya Banc S.A." (antes Caixa d'Estalvis de Catalunya). En ella tras exponer los elementos de hecho y derecho que estimó pertinentes, solicitó de este Juzgado se dictara sentencia por la que se declara la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las cláusulas del pacto segundo C y D "opción multidivisa" del contrato firmado en fecha 27 de noviembre del 2007 con "Catalunya Banc SA" y, por lo tanto, la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las operaciones efectuadas en yens japoneses y se condene a "Catalunya Banc SA" a la restitución del préstamo hipotecario sin tener en cuenta las cláusulas abusivas declaradas nulas o anulables, recalculando por lo tanto el capital que se adeuda a fecha de la interposición de la demanda, una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados, tal y como sería un préstamo hipotecario absolutamente normal que se liquida en la moneda propia del país en el que se celebra dicho contrato y declare la nulidad de la cláusula única del pacto octavo denominado "transferencia", todo ello con imposición de todas las costas y gastos causados en este procedimiento a la parte demandada si se opusiera a tan justas pretensiones, por su mala fe.

**SEGUNDO:** Admitida la demanda por decreto de 11.05.2012, el 14.06.2012 se presentó por D. Antonio Mª de Anzizu Furest, Procurador de los Tribunales, actuando en representación de "Catalunya Banc S.A.", escrito de contestación a la demanda antes indicada en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitó de este Juzgado se dictara sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda, con imposición de costas al demandante.

**TERCERO:** Celebrada la audiencia previa con el resultado que obra en el soporte videográfico elaborado y en base a lo en ella resuelto, se dictó el 25.07.2012 auto por el que se tenían por desistidos de la demanda objeto de las presentes actuaciones a D. Gerardo y D Edemiro , resolución que fue confirmada por auto de 17.09.2012. Tras ello el 12.12.2012 se celebró el juicio legalmente previsto en el que se practicó la prueba documental y pericial, quedando los presentes autos para sentencia.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO:** La demanda origen de las presentes actuaciones tiene por objeto el análisis de la validez de parte del contenido de la escritura de préstamo multidivisas con garantía hipotecaria aportada como documento nº 2 de la demanda y suscrita el pasado 27.11.2007 en el que la entidad que concedía era la entonces denominada "Caixa d'Estalvis de Catalunya" (en la actualidad "Catalunya Banc S.A.") y el prestatario era D Gerardo . El inmueble sobre el que recaía la garantía hipotecaria es la vivienda sita en la C DIRECCION000 nº NUM000 del vecindario de Llafranc (término de Palafrugell) inscrita en el Registro de la Propiedad de Palafrugell, tomo NUM001 , libro NUM002 , folio NUM003 , nº NUM004 . Tal inmueble había sido adquirido el mismo día del otorgamiento del préstamo (27.11.2007) por parte de D Gerardo siendo la vendedora "Valls & Dalmau S.L." en virtud de escritura pública autorizada por el mismo notario ante quien se otorgó el préstamo multidivisas con garantía hipotecaria con el número anterior del protocolo tal y como se indica en la página 33 de la escritura del préstamo y resulta de la certificación del Registro de la Propiedad referente a esta finca aportada como documento nº 2 de la contestación a la demanda. Con posterioridad a ello y por medio de escritura de 27.12.2007 la finca fue aportada por parte del Sr Gerardo a la sociedad que se la había vendido "Valls & Dalmau S.L." en virtud del aumento de capital de esta mercantil. Tras ello la finca fue vendida a la mercantil "Ensenada de Llafranc S.L." por medio de escritura de 22.04.2009 como resulta de la información registral de la finca aportada como documento nº 3 de la demanda y nº 2 de la contestación obrando en autos tal escritura como parte del documento nº 2 de la contestación

A la vista de esta compraventa, se otorgó el 21.10.2010 una escritura de aceptación de subrogación de **hipoteca** y afianzamiento solidario (documento nº 7 de la demanda) en la que a la vista de tal transferencia del inmueble hipotecado en favor de "Ensenada de Llafranc S.L.", esta mercantil se subrogaba en el préstamo multidivisas con garantía hipotecaria de 27.11.2007 incorporándose el afianzamiento solidario de D Edemiro .

De todo el contenido de la **hipoteca** se interesa por la parte actora (la mercantil "Ensenada de Llafranc S.L." ante el desistimiento de los otros dos codemandantes aceptado por autos de 25.07.2012 y 17.09.2012) la declaración de nulidad de parte de la misma y en concreto (tal y como se desprende del "petitum" de la demanda), de las cláusulas del pacto segundo C y D "opción multidivisa" y la de la cláusula única del pacto octavo denominado "transferencia". A ello se añade una petición de anulabilidad de las operaciones realizadas en yenes japoneses.

Respecto de éste último elemento, la escritura fijaba como cantidad que el prestatario recibía la de 58.470.851,00 Yens Japoneses, equivalentes a 360.000 ?.

En lo referente a las cláusulas C y D del pacto segundo, son las que contienen la opción multidivisa y la forma de ejercicio de la misma, mientras que la cláusula única del pacto octavo afecta a la cláusula de transferencia por medio de la que la prestamista "Caixa d'Estalvis de Catalunya" se reservaba la facultad de transferir a cualquier otra persona natural o jurídica todos los derechos dimanantes del contrato sin tener que notificar la cesión o transferencia al deudor.

Las cláusulas de la opción multidivisa se enmarcan en la escritura de préstamo en si misma considerada en la que se indica que el importe del préstamo fue de 58.470.851,00 Yens Japoneses equivalentes a 360.000 ?. De cara a su amortización se fijó un periodo de 28 años. Como tipo de interés se fijó para el primer año el del 2,39750 % devengándose los intereses trimestralmente y debiéndose abonar en la divisa en que se realiza el préstamo o en su caso en aquella que hubiere indicado el prestatario caso de hacer uso de la opción multidivisa. Como interés variable (en cada caso con determinación de los días y plazos de referencia) se fijaba el de sumar al tipo de referencia 1,04 puntos si el capital pendiente de amortizar estuviere en euros (algo que podría ocurrir de ejercer la opción multidivisa) o 1,44 al tipo de referencia si fuere alguna de las divisas alternativas. Como tipo de referencia en caso de estar el capital en euros, se toma el tipo de interés anual al que se ofrecen depósitos interbancarios en euros (Euribor). Para el resto de divisas se indica que si éstas se integran en el índice "BBA Libor", sería de aplicación el precio del dinero del mercado interbancario de Londres para depósitos no transferibles. De no estar la divisa integrada en el "BBA Libor" se indica se aplicaría el del mercado interbancario oficial del país correspondiente a la divisa. En todo caso se establecía que el tipo de interés no podría superar el 10%. En cuanto a la forma de ejercicio de la opción multidivisa y que es una de las concretas cláusulas objeto de impugnación, por medio de la misma el prestatario podía notificar a la Caja antes de las 11.00 horas del día hábil anterior al comienzo de un periodo de interés, su deseo de satisfacer la cuota correspondiente al próximo periodo de interés en euros o en una de las divisas alternativas (divisa cuyo cambio haya publicado Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España). Esta divisa alternativa se indicaba sería la necesaria para adquirir el importe equivalente del capital pendiente no vencido al tipo de cambio publicado por Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España de dos días hábiles (mercado de Madrid) antes de la fecha que se inicie cada periodo de intereses. En la cláusula

D (también impugnada) se indica que el prestatario asume los riesgos de cambio exonerando a la Caja de cualquier responsabilidad derivada de tal riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción pueda ser superior al límite pactado, obligándose el prestatario a mantener la equivalencia entre la divisa prestada y su contravalor en euros (360.000 ?) no pudiendo superar este contravalor un 5% del fijado en el cuadro teórico de amortización anexo a la escritura. Si la desviación fuere superior al 5%, se indicaba que el prestatario se obligaba a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener dicha equivalencia.

La exposición anterior de la relación existente entre las partes pone de manifiesto que la presente causa tiene por objeto el análisis de una **hipoteca** con opción multidivisa en la que el préstamo se concede en una moneda distinta al euro (en este caso el yen japonés) y en la que de cara a su devolución el prestatario puede escoger una moneda diferente a aquella en la que se le concedió el préstamo (en este caso yens) o euros como divisa con la que devolver los pagos al banco.

Por medio de figuras como la aquí analizada, quien obtiene un préstamo hipotecario puede desenvolver el mismo en una moneda cuyos tipos de interés pueden ser diferentes (lo que se busca es que sean inferiores) a los establecidos para el euro (de ahí que los diferenciales de tipos de interés sean superiores - en este caso de 1,44 frente a 1,04). De hecho incluso puede cambiar la divisa en que se hace efectivo el préstamo (con el cambio correspondiente de los tipos de interés), si bien ello comporta la necesidad de adquirir esta divisa con los costes a ello asociados.

Ello hace que por su propia estructura, una figura como la aquí analizada presenta un importante nivel de complejidad al tenerse que conocer tanto la operativa de los tipos de interés de otros países, como las variaciones de los tipos en el mercado de divisas, elementos ambos sujetos a múltiples variables y de difícil predicción. De hecho en ocasiones se suscribe un seguro sobre el riesgo del tipo de cambio, algo que no se ha producido en el caso aquí analizado y que comporta para el prestatario un sobrecoste, con lo que las ventajas que puede implicar un préstamo con opción multidivisas se reducen.

**SEGUNDO:** Fijado en el fundamento de derecho anterior el marco en el que se desenvuelve la presente causa, es necesario proceder al análisis de los motivos de impugnación, comenzando por el análisis desde la perspectiva de la normativa reguladora de consumidores y usuarios al considerar la parte demandante que las cláusulas impugnadas se pueden considerar abusivas.

A tal efecto, la Ley 44/2006 General de Consumidores y Usuarios y el actualmente vigente Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, sancionan con la nulidad de pleno derecho las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores. En este sentido dispone su art 82,1 : "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, precisando el art 83,1 que: "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas". Lo anterior supone que en los casos de concurrencia de una cláusula abusiva se da una nulidad de pleno derecho,

No obstante lo anterior, para poder proceder al análisis desde la perspectiva antes mencionada, es necesario poder considerar consumidor a quien invoca la aplicabilidad de este régimen.

Respecto de quien fuere consumidor, tal concepto aparece recogido en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que en su art 3 indica que: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

En similares términos se pronunciaba el artículo 1 de la anterior Ley, cuando recogía que " A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

Interpretando esta norma la STS 15.12.2005 atribuye la condición de consumidor: "... no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor

que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico."

De lo anterior se desprende que el concepto legal de consumidor (como se indica en la SAP Asturias, Sección 6ª, 16.01.2012) se identifica con la vía por la cual los productos y servicios llegan definitivamente hasta el ámbito familiar o doméstico, saliendo para siempre del mercado, lo cual le distingue de otros sujetos que intervienen en el tráfico, como empresarios o/y profesionales, que aunque también "consumen" en un sentido material o físico bienes y servicios, lo hacen empleándolos en procesos de fabricación, distribución o prestación de servicios a terceros

Lo anterior implica que la aplicabilidad del régimen normativo de los consumidores y usuarios exige que el destinatario del bien o servicio (en este caso la **hipoteca** con opción multidivisa) se trate de alguien que no actúe al contratarlo en el marco de una actividad profesional o empresarial.

En el presente caso la demandante es "Ensenada de Llafranc S.L." respecto de la que en la demanda se indica que carece de otro objeto que la titularidad del bien objeto de la **hipoteca** aquí analizada, habiéndose aportado como documento nº 8 de la demanda la cuenta de pérdidas y ganancias de la que se deriva una actividad prácticamente nula (un resultado de explotación de - 19,87 ?).

No obstante lo anterior, con la contestación a la demanda, se aportó como documento nº 1 de la misma la información obtenida del Registro Mercantil de Girona en la que consta que el objeto social de esta empresa es la compra, tenencia y arrendamiento no financiero de inmuebles por cuenta propia. De esta sociedad el administrador único es D Edemiro , persona que es asimismo quien intervino como administrador de la empresa promotora ("Valls & Salmau S.L.") que es la que vendió el inmueble a D Gerardo quien a su vez la aportó a "Valls & Dalmau S.L." que es la mercantil que vendió el inmueble a "Ensenada de Llafranc S.L.", venta en la que quien intervino como representante de "Valls & Dalmau S.L." fue D Edemiro , no siendo el tal acto el representante de la compradora "Ensenada de Llafranc S.L." el Sr Edemiro , sino D Eusebio que reunía esta condición en el momento de la venta (22.04.2009) tal y como se indica en la escritura, aunque el 4.11.2010 fue nombrado administrador único de la compradora y titular del inmueble D Edemiro así resulta de la información obrante en autos procedente del Registro Mercantil).

Esta exposición pone de manifiesto que la demandante es una empresa que se integra en unas operaciones gestionadas por su administrador (D Edemiro ) referentes al mundo de la promoción inmobiliaria, lo que corrobora desde el punto de vista documental las manifestaciones que en el acto de la vista vertieron los testigos (empleados de la demandada) D Julio , D Pascual y D Torcuato . Esta realidad no se estima verse obstaculizada por el hecho de ocupar el Sr Edemiro el inmueble sobre el que se constituyó la **hipoteca** con su familia tal y como indicó el testigo D Juan Manuel , pues lo que se ha acreditado es que la demandante se trata de una empresa titular de un inmueble al que le fue transmitido desde la promotora (promotora administrada por la misma persona que administra la sociedad titular actual tras las transmisiones intermedias al Sr Gerardo y de nuevo a la promotora).

La realidad anterior permite derivar que la sociedad demandante en la presente causa se incardina dentro de una lícita actividad de promoción inmobiliaria, en la que uno de los elementos esenciales a la misma es la contratación de instrumentos destinados a la financiación de la labor constructiva. Dado que lo que se contrató en este caso es un negocio de esta índole, se considera que a la vista de los elementos obrantes en autos no es posible considerar que la operación se verificó en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Ello hace que el análisis de las presentes actuaciones no se entienda posible llevarlo a cabo desde la perspectiva de la normativa de consumidores y usuarios, si bien ello no implica el estudio desde la perspectiva de la normativa general en materia de contratación que es lo que se hace en los siguientes fundamentos de derecho de esta sentencia.

**TERCERO:** Concretado en el anterior fundamento el ámbito desde el que se considera posible analizar las presentes actuaciones, se procede a ello a la vista de las alegaciones contenidas en la demanda y centradas en la doctrina de los vicios del consentimiento que a juicio de la parte demandante determinan la nulidad y subsidiariamente anulabilidad de las cláusulas impugnadas.

En concreto el vicio del consentimiento que se invoca es el del error, vicio respecto del que indica el art 1.266 CC que: «Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo

a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo.- El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección».

Sin perjuicio de los casos en los que el error sea de tal índole que motive una ausencia total de consentimiento (supuesto éste en que se hablaría de inexistencia de contrato y con ello de nulidad absoluta y no de anulabilidad que mas adelante se analizará), el Tribunal Supremo ha establecido (se citan a título de ejemplo las STS 11.12.2006 ; 6.05.2010 ; 12.11.2010 ; 30.03.2011 entre otras), que para poder declararse la anulabilidad de un contrato por error al prestar el consentimiento, es preciso: (i) Que recaiga sobre la cosa que constituye objeto del contrato, sobre su sustancia o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar. (ii) Que el error invalidante no sea imputable al que lo padece, en el sentido de ser excusable y de no haberse podido evitar con una diligencia media o regular. No merece tal calificativo el que obedece a la falta de la diligencia exigible a las partes contratantes, que implica que cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible. La excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente. Requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe, este último consagrado hoy en el art 7 CC . (iii) Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. (iv) Que se pruebe quien lo alega.

Partiendo de esta alegación y de cara a resolver sobre la misma, un primer elemento que se debe tomar en consideración es el que viene constituido por el hecho de ser la demandante una empresa respecto de la que sus circunstancias y las de su administrador en una actividad de promoción inmobiliaria se han detallado en el fundamento de derecho anterior. Ello hace que el deber de diligencia exigible a su administrador sea mayor que el predicable del ciudadano medio, ya que como se indicaba en el (vigente al tiempo de la contratación) art 61 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada : "1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal". En semejante sentido se pronuncia el art 225 de la Ley de Sociedades de Capital aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio en el que se recoge el deber de diligente administración indicando que: "1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario. 2. Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente de la marcha de la sociedad". En cuanto a las condiciones de estas empresas y su volumen de negocio resultan de las cuentas anuales de las mismas adjuntas como documentos nº 1 y 2 de la contestación a la demanda

Lo anterior no comporta que todo administrador de una sociedad limitada (independientemente de su volumen de negocio), deba ser un experto en materia financiera, si bien si que se le exige un nivel de atención superior al predicable de un ciudadano medio cuando verifica las negociaciones que le son propias.

A lo anterior se añade que quien suscribió en un momento inicial el contrato en el que luego se subrogó la demandada, era el propio letrado que ha intervenido en la presente causa y en la que se estimó que era asimismo demandante, aún cuando posteriormente desistió de la misma. Esta condición profesional del firmante, aún cuando no lo convierte en un profesional de finanzas, si que le confiere un nivel de conocimiento y preparación jurídica elevado y que le hace pleno conocedor de la importancia que tiene la suscripción de un préstamo con garantía hipotecaria. En todo caso, esta mención se hace a los simples efectos de integrar lo que es el objeto de la presente causa en el contexto en el que se produjo la contratación.

Tras esta indicación de la condición de la parte demandante, lo que es esencial en todo contrato es que quien se obligue tenga un adecuado conocimiento de su contenido, ya que solamente en base a ello podrá formar adecuadamente su voluntad y tomar la decisión en torno a si suscribirlo o no.

La exigencia de esta información en el ámbito bancario (el aquí analizado) ha sido objeto de un muy importante desarrollo normativo, al haberse constatado problemas en la práctica que en principio no deberían generarse si todos los contratantes proporcionasen todos los elementos necesarios para que aquellos con quienes contratan cuenten con los elementos de juicio idóneos.

Este deber de información se considera esencial y vinculado directamente a la buena fe que debe presidir toda relación contractual, y cobra una especial relevancia, hasta el punto de que en caso de vulnerarse (y que el cliente suscribiera un producto sin conocimiento del mismo), podría operar la doctrina jurídica del

error antes analizada tanto de cara a la anulabilidad del contrato, como incluso hasta poder determinar su nulidad absoluta o inexistencia.

En cuanto a la regulación normativa de este deber de información, una operación como la aquí analizada no aparece contemplada dentro del ámbito de la Ley de Mercado de Valores y en concreto en la nueva redacción que al art 2 le dio la Ley 47/2007, de 19 de diciembre que modificó los artículos 1 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 y el capítulo I del Título VII que fija las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, a fin de incorporar al ordenamiento jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros también conocida como Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

No obstante lo anterior, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito prevé en su art 48 la posibilidad de que el Ministro de Economía y Hacienda, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deban presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pudiera incluir exigencias tales como la formalización por escrito de los contratos, la obligatoria entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito, la fijación de normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluyan todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización o la determinación de la información mínima que las entidades de crédito deberían 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, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendría por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.

El que las obligaciones anteriores pudieren ser objeto de un desarrollo reglamentario y el que éste fuere posterior a los contratos objeto de los presentes autos (se ha hecho por medio de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios) no implica que la entidad bancaria no tuviera un deber de información adecuada para con el cliente de cara a contratar un producto como el aquí analizado.

En el presente caso, no consta objetivada la información que con carácter previo se proporcionó al tiempo de la contratación de la escritura de 27.11.2007, siendo la única prueba al efecto existente la que se proporcionó por los empleados de la entidad demandada que indicaron haber ofrecido este tipo de producto como una opción, si bien reconocieron que esta información no se proporcionó a D Gerardo que es quien firmó la escritura de 27.11.2007. Así se indicó por parte de D Torcuato haber sido proporcionada tal información a D Edemiro , añadiendo D Pascual (que es quien firmó la escritura con el Sr Gerardo ) que no lo conocía.

Esta realidad pone de manifiesto un elemento muy importante a los efectos de la presente causa cual es el de la ausencia de una información previa a la suscripción de la escritura dirigida a la persona que la contrajo (D. Gerardo ), pues a lo sumo la que se proporcionare sería verbal y dirigida a otra persona (D Edemiro ), con quien si bien el Sr Gerardo puede tener relaciones profesionales (prueba de ello sería el proceso de transferencia de la propiedad del inmueble entre ambos y por medio de las mercantiles en las que participan), se considera que ello no exonera del deber de información que se debía dirigir concretamente a la persona que contrataba (D Gerardo ).

En cuanto a una posible información proporcionada a la entidad aquí demandante al tiempo de la subrogación en el préstamo en multdivisas con garantía hipotecaria, es de señalar que además de no constar prueba objetiva alguna de tal información, los propios empleados de la demandada que comparecieron como testigos en el acto de la vista indicaron que no se proporcionó ninguna información ya que se trataba de una mera subrogación, considerando la parte demandada que toda ésta ya constaba en los datos de la escritura que estaban íntegramente reflejados en el Registro de la Propiedad.

De esta exposición se pone de manifiesto que la información objetivada que consta recibida por parte de quienes suscribieron el préstamo en multdivisas con garantía hipotecaria se centra en el propio contenido de la escritura en la que el mismo se reflejó.

El contenido de esta escritura antes de su firma por parte del Sr Gerardo se estima conocido por éste al haberse otorgado precisamente ante un notario. A tal efecto cabe hacer mención al Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado que describe la actividad o función del Notario contemplando el doble carácter de éste: profesional del Derecho y funcionario que ejerce la fe pública. En su actuación como profesional el art 147 del Reglamento del Notariado dispone que: "El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el art. 17 bis de la Ley del Notariado . Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.....Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios". Lo anterior implica que entre las funciones notariales se encuentran las de asesoramiento informando a quienes acuden a estos profesionales (especialmente en los casos en los que una de las partes es quien ha redactado las cláusulas que se proponen) sobre los fines, medios y consecuencias, además de dar forma a la voluntad de los otorgantes. De hecho el notario ha de explicar los efectos o consecuencias que se producirán con el otorgamiento del instrumento.

En este caso, una lectura de la escritura permite conocer con claridad que el préstamo se otorga en yenes japoneses, que el tipo de interés se vincula a esta moneda, debiéndose hacer los pagos en la misma. Ello no obstante, se ofrece la posibilidad de cambiar la moneda en la que hacer estos pagos, cambio que afecta al tipo de interés a aplicar.

En relación a los riesgos de la operación, esta escritura expresamente indica en la cláusula D del pacto segundo que: "...el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a la Caja, de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción, pueda ser superior al importe pactado". Este riesgo de fluctuación de los tipos de cambio era aún mayor, ya que la cláusula antes mencionada fijaba además para el prestatario una obligación de mantenimiento de la equivalencia del importe del préstamo en yens-euros fijada al determinar el monto del préstamo (o en su desarrollo y respecto del capital en base al cuadro teórico de amortización anexo a la escritura), hasta el punto de preverse que si la desviación fuere superior al 5% el prestatario se obligaba a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener la equivalencia, todo ello con la indicación adicional de que el incumplimiento de esta obligación sería causa de vencimiento anticipado de la póliza.

La exposición anterior pone de manifiesto la existencia de una previsión específica en la escritura del riesgo al que estaba sometido el préstamo por la fluctuación de los tipos de cambio (y por ello conocida por quien la suscribía y por quien se subrogare en ella dado su reflejo en el Registro de la Propiedad).

No obstante esta previsión, es necesario analizar si la misma cabría entenderla como suficiente dados los términos del préstamo entendido en su conjunto.

A tal efecto y de cara a analizar si la información en los términos en que se estima haberse proporcionado y que antes se han detallado fue o no la adecuada, es de interés conocer el análisis que del producto llevaron a cabo los peritos intervinientes en la causa.

A tal efecto obra en autos un informe emitido por D. José (documento nº 5 de la demanda) en el que se analiza lo que es el producto contratado (préstamo hipotecario con una opción multdivisa) y en el que se detallan los riesgos de tipo de cambio al que están sometidos (con los múltiples factores que influyen en su concreción y que incluyen factores tan aleatorios como los rumores de mercado o la propia especulación). A lo anterior se añade el riesgo de la variación de los tipos de interés. Junto a ello alude a la necesidad de cumplimiento de la normativa Mifid (algo que antes se ha indicado no se estima exigible en este caso), a las comisiones del contrato con especial atención a la por cambio de moneda que es el cambio que publica la propia Caja. De todo ello deriva el carácter especulativo del producto, la no definición en el contrato de los

riesgos concretos que asumen las partes y el no ofrecimiento de un producto de cobertura tanto del tipo de interés como del de cambio. Tras ello pone de manifiesto el desarrollo del contrato en toda su vida, indicando que el Yen ha perdido entre julio de 2008 y enero de 2012 un 43,27% de su valor, lo que lleva aparejado como consecuencia que el cliente debe un 57% mas de lo estimado por el banco en su simulación inicial y un 49% mas del capital solicitado inicialmente en el préstamo hipotecario.

Junto a lo anterior asimismo se ha aportado a la causa un informe elaborado por D Romulo (documento nº 6 de la demanda) en el que se analiza lo que son los mercados de divisas destacando la necesaria información al contratar un producto como el de una **hipoteca** multidivisa ante los factores que la determinan, ya que el flujo de ingresos del deudor hipotecario se produce en una divisa mientras que la deuda está en otra, afectándose la misma por los tipos de interés de uno y otro país, inflación, flujos comerciales, factores sociales, catástrofes naturales, incluso factores políticos. De cara al ofrecimiento de tales productos, indica que el interés de los mismos se encontraba en su momento en la diferencia entre los tipos del Euribor y el Libor o los tipos de interés en Japón o con el Franco Suizo. En concreto destaca los bajos tipos de interés de Japón dada la época de estancamiento económico sufrida por ese país. No obstante lo anterior, luego se produjo la bajada de tipos de interés en la zona Euro con lo que el diferencial que podría hacer atractivo el producto en Yen desapareció, produciéndose una espiral de tipos de interés, perdiendo el Euro un 50% de su valor en relación al Yen. En base a ello calcula el perjuicio para la demandante, ya que se ha producido una apreciación del Yen en relación al Euro, con lo que la deuda hipotecaria se ha incrementado, considerando el perito que solamente expertos conocedores del mercado de divisas podrían haber supuesto que estos productos financieros podrían ser susceptibles de variaciones tan importantes.

Finalmente se ha aportado a las actuaciones el informe elaborado por D Luis Pedro aportado con el escrito de la parte demandada de 13.07.2012. En él se indica que la operación aquí analizada no está sujeta al régimen del mercado de valores. Tras ello analiza las expectativas de evolución del cruce entre el valor del Euro y el Yen (se movía entre un máximo de 176 Yen/Euro y un mínimo de 113 Yen/Euro según las fuentes indicadas en el dictamen) en relación a la expectativa de evolución de los tipos de interés en ambos mercados según "Reuters" (en lo referente al Euro en torno al 4,3 % en los próximos cuatro años y en lo referente a Japón en torno al 1%). En base a ello considera que lo llevado a cabo por el prestatario no es una inversión, añadiendo que puesta en relación las previsiones de evolución de tipos de interés del Yen y el Euro en el momento de suscripción del préstamo no era previsible una fluctuación del tipo de cambio de ambas divisas en el sentido producido.

De lo idicado, así como de la lectura del contrato, se destaca que en el mismo existían múltiples riesgos que debían ser tomados en consideración al tiempo de suscribirlo. El primero de ellos es el de los tipos de cambio (es el expresamente mencionado en la escritura), si bien este riesgo alcanzaba no solamente a la relación de cambio Euro-Yen, sino que incluía los tipos de cambio de la totalidad de las divisas alternativas. Tales divisas no se concretan en el contrato, sino que en la escritura se indica que se trata de divisas cuyo cambio haya publicado Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España. En cuanto a cuales fueren tales divisas, ninguno de los peritos comparecientes en las presentes actuaciones la pudo concretar, indicando que para ello se debería acudir a las oficinas de Catalunya Banc a fin de saber en cada momento cuales fueren éstas. Esta exposición pone de manifiesto que en la operación aquí analizada, además del riesgo de la posible variación de los tipos de cambio, se añadía otro cual era el de saber cuales fueren las divisas por las que el prestatario pudiese optar en caso de desear hacer uso de la opción multidivisa.

El elemento anterior se considera que afectaba además a otra circunstancia esencial en una operación como la aquí analizada y éste no es otro que el del tipo de interés aplicable, ya que el mismo dependía de la divisa en la que se estuviere abonando el préstamo. Así, en la escritura se indica que (una vez pasado el primer año), el interés variable (en cada caso con determinación de los días y plazos de referencia) se fijaba al de sumar al tipo de referencia 1,04 puntos si el capital pendiente de amortizar estuviere en euros (algo que podría ocurrir de ejercer la opción multidivisa que mas adelante se indica) o 1,44 al tipo de referencia si fuere alguna de las divisas alternativas. Como tipo de referencia en caso de estar el capital en euros, se tomaba en consideración el tipo de interés anual al que se ofrecen depósitos interbancarios en euros (Euribor). Para el resto de divisas se indica que si éstas se integran en el índice "BBA Libor", sería de aplicación el precio del dinero del mercado interbancario de Londres para depósitos no transferibles. De no estar la divisa integrada en el "BBA Libor" se indica se aplicaría el del mercado interbancario oficial del país correspondiente a la divisa. En todo caso se establecía que el tipo de interés no podría superar el 10%.

Partiendo de esta exposición contenida en la escritura en torno al interés aplicable y de cara a poder conocer el tipo operativo, en el acto de la vista los peritos no pudieron indicar cuales fueren las divisas

integradas en el "BBA Libor", al ser ello un elemento cambiante. Igualmente indicaron la dificultad de conocer los tipos concretos aplicables respecto de las divisas alternativas del contrato (una vez conocidas éstas en base al mecanismo antes detallado) pudiéndose si acaso conocer ello mediante el acceso a bases de información financiera altamente especializadas.

De lo anterior se desprende que en la operación suscrita existía un riesgo adicional al de la variación de los tipos de cambio cual es la de la dificultad de conocer el tipo aplicable en relación a cada divisa, elementos ambos esenciales de cara a poder tener datos en base a los que decidir si se hacía o no uso de la opción multdivisa. Ello es así porque a la dificultad de conocer las divisas en que se pudiese hacer el cambio (algo que se indicó por los peritos podría conocerse acudiendo a las oficinas de Catalunya Banc), se añadía el de la de conocer los tipos aplicables a tales divisas, sobre todo en el caso de aquellas respecto de las que no operase el "Libor". De hecho tal información (como antes se ha señalado) indicaron los peritos desconocerla y poderse, si acaso saber acudiendo a bases de información muy especializadas.

Es por ello que en el contrato objeto de la presente causa, además del riesgo derivado de la variación de los tipos de cambio (no solamente de la paridad yen- euro, sino de toda una cesta de monedas variable y no predeterminada), existía el de las alteraciones de los tipos de interés relacionados con tales monedas.

Ello hace que en el presente caso una completa información de los riesgos debería haber incluido mas elementos que aquellos a los que se refiere la escritura en la que solamente se alude a los riesgos de cambio de divisas (mas sin indicar cuales).

Esta exposición permite concluir que, si bien es cierto que al tiempo de la contratación, productos como el aquí analizado podrían ser de interés (el euro estaba fuerte frente al yen y el Libor -tipo de referencia de este tipo de **hipotecas**-, se encontraba mucho mas bajo que el Euribor), ello no obstante se trataba de una situación que podría variar y ello es un riesgo que asume quien adquiere productos como el aquí analizado.

Este riesgo es natural e inherente al sistema económico actual si bien tal riesgo debe considerarse como muy elevado ya que conocer una evolución futura de los tipos de cambio o los de interés es algo muy difícil de prever (si no casi imposible como lo demuestra el estado de la economía europea) al ser innumerables los factores en juego.

Dada esta inherencia al sistema, y si bien se estima legítimo que determinadas personas adquieran un producto financiero vinculado a tales riesgos, para que ello se pueda considerar correcto, es necesario que sean conocedoras de lo que están llevando a cabo.

En este caso, ya se ha indicado que en la información proporcionada existían omisiones muy importantes que ni siquiera la escritura en los términos en que fue firmada puede suplir. Las mismas afectan, no al hecho de ser un préstamo suscrito en una moneda extranjera y a restituir en la misma (lo que obliga a cada vencimiento a adquirir tal moneda si no se dispone de ella) ya que la escritura advierte expresamente de ello. Tampoco cabe entender que afectan a lo que es una posible variación de tipos de interés, pues se trataba de un préstamo sujeto a un tipo variable con un diferencial y toda persona que suscribe un préstamo de estas características sabe el riesgo que asume en caso de producirse una subida de tipos. De hecho (y ante la frecuencia de la suscripción de préstamos sujetos a tipos variables) la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica indica (art 19 ) que las entidades de crédito deben informar de los posibles productos de cobertura ante una eventual subida de tipos (y las posibilidades existentes) a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable (realidad ésta que no costa ofrecida en este caso).

El problema se considera que en el presente supuesto la parte prestataria desconocía al tiempo de la contratación las monedas que se incluirían en la opción multdivisa (y con ello los intereses a aplicar pues van ligados a la moneda elegida). De hecho ésto es una realidad variable y ello se considera que posee una importancia sustancial, pues dados los términos del contrato, la forma como el prestatario podría contrarrestar las variaciones de tipo de cambio y de los tipos de interés era pudiendo cambiar la moneda en la que hacía efectivo el préstamo (y no solamente con el euro).

Esta circunstancia hace que la información acerca de la opción multdivisa en los términos en los que se dio y constan en el contrato no se estime fue la adecuada (de hecho la misma depende de las monedas que la propia demandada incluía entre las alternativas, circunstancia que varía a lo largo de la vida del contrato como precisaron todos los peritos).

El error existente en torno a este elemento cabe entender que afecta a la misma suscripción del contrato en yens japoneses (elemento asimismo indicado en el "petitum" de la demanda en el que se solicita la nulidad/

anulabilidad de las operaciones realizadas en yens japoneses), pues el juego del tipo de cambio entre el yen (en tanto en cuanto no se cambiara) y las divisas alternativas (que se desconocen cuales son) es el que permitía a la parte prestataria poder contrarrestar las fluctuaciones del mercado de cambios y la evolución de los tipos de interés.

Este error es el que se considera concurre en el presente caso y afecta a la existencia de la opción multdivisa y al hecho de otorgarse el contrato en yens japoneses, realidad ésta indicada en la demanda y que es el fundamento de la opción multdivisa.

Es por ello que en lo referente a los elementos antes indicados se considera que la demanda debe ser estimada.

**CUARTO:** Junto a lo anterior, la parte demandante interesa la declaración de nulidad asimismo en lo que respecta al pacto de transferencia, que permite que la prestamista "Caixa d'Estalvis de Catalunya" transfiriese a cualquier otra persona natural o jurídica todos los derechos dimanantes del contrato sin tener que notificar la cesión o transferencia al deudor y con renuncia al derecho previsto en el art 149 LH .

Este pacto ya se ha indicado no puede ser analizado desde la perspectiva del posible carácter abusivo de tal cláusula pues se ha llegado a la conclusión de entender que la parte demandante no es un consumidor.

A tal efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sintetizada en la STS 16.12.2009 ) indica que si una cláusula como la aquí analizada se interpreta como de cesión del contrato, en cuanto supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir, en su totalidad unitaria, como conjunto de derechos y obligaciones ( STS 29.06.2006 ; 6.11.2006 ; 8.06.2007 ; 3.11.2008 ; 30.03.2009 ) exige el consentimiento del cedido ( STS 19.09.2002 ; 28.04.2003 ; 5.11.2003 ; 19.02.2004 ; 16.03.2005 ; 29.06.2006 ; 8.06.2007 ; 3.11.2008 ). No cabe por ello una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión. De ello deriva el Tribunal Supremo el carácter abusivo de la cláusula. Por el contrario, si se trata de una cláusula de cesión de crédito, la misma en principio no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts. 1.112 , 1.528 y 1.878 CC y 149 LH ) no requiere, a diferencia de la cesión de contrato, el consentimiento del deudor cedido ( STS 1.10.2001 ; 15.07.2002 ; 26.03.2004 ; 13.07.2004 ; 13.07.2007 ; 3.11.2009 ). No obstante lo anterior, lo que derivaría en tal caso de la cláusula es que por el prestatario se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil . Esta interpretación de la cláusula indica el Tribunal Supremo que supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor, lo que la convierte asimismo en abusiva. La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. A tal efecto la STS 16.12.2009 señala que el art. 149 LH admite que puede cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la normativa de consumo (la sentencia invocada aplica el régimen de la LGDCU) que sanciona como abusivas "Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley" (art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso).

En todo caso la exposición anterior destaca que la anulación de la cláusula invocada se lleva a cabo desde la perspectiva del derecho de consumo que no se considera operativo en el presente caso por la condición de la demandante.

Ello hace que no sea procedente declarar la nulidad de la cláusula única del pacto octavo denominada transferencia.

**QUINTO:** De la anterior exposición se desprende que en el presente caso se llega a la conclusión de entender nulo parte del contrato y en concreto la opción multdivisa y el hecho de haberse otorgado el mismo en yens japoneses, siendo válido en todo lo restante.

En cuanto a los efectos de ello derivados, la parte actora pide que se recalcule el capital que se adeuda una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados tal y como sería un préstamo absolutamente normal que se liquida en moneda propia del país en el que se celebra el contrato.

Lo anterior implica que lo que se solicita es una nulidad parcial de un negocio, pues se interesa se mantenga la vigencia del préstamo como si hubiere suscrito en euros desde un inicio.

La figura de la nulidad parcial es algo que la jurisprudencia admite cuando el defecto generante de dicha forma de invalidez recae sobre un elemento accesorio o que no alcance a la esencia del negocio ( STS 4.12.1986 ; 12.11.1987 ). Esa limitación obedece a que los tribunales no pueden sustituir la voluntad de las partes, de modo que no pueden mudar lo querido por los otorgantes cuando eso querido es inválido en su esencia, porque tal forma de proceder sería sustituir la voluntad autónoma y libre de las partes. La anulación parcial se permite cuando afecta a lo accidental, porque se entiende que, si se suprime algo no esencial, no se está contrariando de forma sustancial la voluntad de los autores del negocio y que, en tales casos de anulación parcial, lo que se conserva fue lo querido, aunque con una variación que no altera la realidad del respeto a la esencia de lo querido.

En este caso, la nulidad interesada afectaría al hecho de haberse contraído el préstamo en una divisa extranjera (yen) y a la posibilidad de ir mudando el abono de los diferentes vencimientos del préstamo en euros u otras divisas, lo que afectaría asimismo al tipo de interés aplicable.

En cuanto a la esencialidad de este dato en la operación analizada, es de señalar que lo que se prestaba era un monto en yens equivalentes a una cantidad en euros para adquirir un inmueble en España. Esta suscripción del contrato en yens con la opción multidivisa es la que no se considera correcta por el vicio en el consentimiento.

En cuanto a la esencialidad de tal circunstancia y si ello debe generar los efectos de una nulidad total ( art 1.303 CC ) o si por el contrario no se estima esencial y cabe mantener la vigencia del contrato como si se hubiere suscrito en euros desde un inicio y aplicando los intereses correspondientes a esta moneda, es de destacar que el contrato aquí analizado tiene por fundamento básico el haber sido concedido en una divisa extranjera aplicándose los tipos de interés a ella asociados, con posibilidad de cambio de la misma de forma que el prestatario pudiese valorar si era de interés mantener la inicial o cambiar ésta por otra (en base a tipos de cambio y de interés). De hecho y aún cuando no es un elemento básico para llegar a esta conclusión la propia escritura se titula "escritura de préstamo en multidisvas con garantía hipotecaria".

Ante esta conclusión de estimarse esencial al contrato el hecho de suscribirse el mismo en yens con opción multidivisa, ello hace que los efectos que se considera deben operar son los de una nulidad absoluta. Tales efectos no han sido los solicitados directamente y ello plantea la cuestión de si una declaración de estos efectos podría suponer una incongruencia y en concreto una incongruencia «extra petita» que sólo opera cuando se decide al margen de lo suplicado, al conceder algo distinto de lo impetrado judicialmente ( STS 19.05.1991 ; 20.04.1993 entre otras).

En este caso, la propia demandante alude a una nulidad cuya calificación como absoluta o relativa se estima ser una cuestión jurídica a cuya valoración está obligado el tribunal. Es en base a esta valoración que se llega a la conclusión de ser el presente caso de nulidad absoluta, aplicando en base a ello el efecto que viene determinado por la ley para tal supuesto. Ello implica que se estime que el hacer operativos los efectos de la nulidad absoluta no se considere entre en incongruencia, ya que lo que hace no es sino aplicar el efecto fijado por la ley.

Ello hace que se estime la demanda presentada si bien con los efectos "ex tunc" a ello inherentes ( art. 1.303 CC ).

**SEXTO:** En materia de costas, de conformidad con lo previsto en el art 394 LEC , procede la condena en costas de la parte demandada ya que la demanda origen de las presentes actuaciones se ve estimada en sus elementos esenciales (siendo los que no se ven estimados cuestiones que plantean dudas jurídicas), si bien fijando unos efectos distintos a los interesados en la demanda en base a la aplicación de la lo previsto en la ley.

## FALLO

Que **estimo parcialmente** la demanda presentada por D<sup>a</sup> Blanca Soria Crespo, Procuradora de los Tribunales, actuando en representación de "Ensenada de Llafranc S.L." frente a "Catalunya Banc S.A." (antes Caixa d'Estalvis de Catalunya) y en su virtud se declara la nulidad de la opción multidivisa y al hecho de otorgarse el contrato en yens japoneses el contrato firmado en fecha 27 de noviembre del 2007 con "Catalunya



Banc SA". Dada la esencialidad de esta declaración que afecta a la sustancia del contrato, ello supone que la nulidad que se declara tiene los efectos de una nulidad absoluta, debiéndose restituir las partes las prestaciones en la forma prevista en el art 1.303 CC

Igualmente se impone a la parte demandada el pago de las costas derivadas de las presentes actuaciones.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, y contra ella cabe recurso de apelación a interponer ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente sentencia y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de **Barcelona**, debiéndose constituir en tal caso el depósito de 50 ? previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ mediante la oportuna consignación en la entidad de crédito y en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» abierta a nombre del Juzgado o del Tribunal, lo que deberá ser acreditado.

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

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada, ha sido la anterior Sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, encontrándose en el día de la fecha, con mi asistencia. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ



Roj: SJPI 3/2013  
Id Cendoj: 28079420972013100001  
Órgano: Juzgado de Primera Instancia  
Sede: Madrid  
Sección: 97  
Nº de Recurso: 304/2012  
Nº de Resolución: 15/2013  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: SAGRARIO ARROYO GARCIA  
Tipo de Resolución: Sentencia

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 97 **MADRID**

C/ PRINCESA NUM 3 PLANTA 7

91.443.78.86

91.443.78.80

V2984

N.I.G. 28079 30 1 2012 0044032

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 304 /2012

Sobre

De D/ña. Guillermo

Procurador/a Sr/a. JOSÉ RAMÓN CERVIGON RUCKAUER

Abogado/a Sr/a. SIN PROFESIONAL ASIGNADO

Contra D/ña. KUTXABANK,S.A

Procurador/a Sr/a. ANA PRIETO LARA-BARAHONA

Abogado/a Sr/a. SIN PROFESIONAL ASIGNADO

**SENTENCIA N° 15/13**

En **Madrid** a cuatro de febrero del dos mil trece.

EL SR. D. SAGRARIO ARROYO GARCÍA, MAGISTRADO-JUEZ DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO NOVENTA Y SIETE DE LOS DE **MADRID**, HA VISTO LAS PRESENTES ACTUACIONES DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO, PROMOVIDAS POR DON Guillermo , REPRESENTADO POR EL PROCURADOR D. JOSÉ RAMÓN CERVIGON RUCKAUER, ASISTIDO DEL LETRADO D. DAVID VIDAL LORENZO, CONTRA KUTXABANK S.A, REPRESENTADA POR LA PROCURADORA Dª. ANA PRIETO LARA-BARAHONA, ASISTIDA DEL LETRADO D. IÑIGO BARRUTIA OLASOLO, QUE TIENE POR OBJETO NULIDAD DE CLÁUSULAS DE CONTRATO Y OTROS EXTREMOS.

HABIÉNDOSE ACUMULADO EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 325/2012 ANTE EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 96 DE **MADRID**, A INSTANCIA DE DOÑA Brigida , REPRESENTADA POR EL PROCURADOR D. JOSÉ RAMÓN CERVIGON RUCKAUER, ASISTIDO DEL LETRADO D. DAVID VIDAL LORENZO, CONTRA KUTXABANK S.A, REPRESENTADA POR LA PROCURADORA Dª. ANA PRIETO LARA-BARAHONA, ASISTIDA DEL LETRADO D. IÑIGO BARRUTIA OLASOLO, QUE TIENE POR OBJETO NULIDAD DE CLÁUSULAS DE CONTRATO Y OTROS EXTREMOS.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: Que por la meritada representación del actor, se formuló demanda, que tras su oportuno reparto correspondió a este juzgado, y en la misma, tras los hechos y los fundamentos que estimaba aplicables, terminaba suplicando al juzgado se tenga por entablado juicio declarativo ordinario en ejercicio de la acción de

nulidad del clausulado multidivisas, y subsidiaria de anulación del clausulado multidivisas, de las escrituras de préstamo con **hipoteca** y de novación modificativa de préstamo hipotecario, otorgadas ambas ante el Notario de **Madrid** Don Celso Méndez Ureña, con números NUM005 y NUM006 de orden de su protocolo, y en ambos casos por ejercitada acción de restitución de las cantidades indebidamente cobradas, y en su día, tras sus trámites, y en mérito de lo expuesto dicte sentencia por la que sirva:

A) Acordar la nulidad del precitado clausulado multidivisas.

B) Acordar que a los fines de restitución la cantidad debida es la de 704.691,45 euros, resultado de restar el capital pagado (44.829,58 euros) y la comisión de cambio (8.129,27 euros) que nunca debió ser necesaria, si ha aumentado la deuda es por causa de la demandada que no va a ser premiada por los daños patrimoniales y morales causados al demandado por su culpa.

C) A estas cantidades habrán de añadirse los intereses indebidos, por lo que de conformidad con la regla de para quien resulta más fácil obtenerlo, presente un cuadro de amortización inicial y otro actual a fin de determinar la diferencia.

D) Fijar la deuda en euros

E) Referenciar el tipo al EURIBOR.

F) Declarar abusivas las cláusulas Sexta bis g), k), n) y decimoquinta.

G) Condenar en costas a la demandada.

PRIMER OTROSÍ DIGO; Que para el caso de que S.S. estimase que el contrato no es nulo de pleno derecho, sino exclusivamente anulable:

SUPLICO AL JUZGADO: Dicte sentencia por la que sirva:

A) Acordar que se anule el clausulado multidivisas objeto del presente procedimiento.

B) Acordar que a los fines de restitución la cantidad debida es la de por las razones antedichas.

C) A estas cantidades habrán de añadirse los intereses indebidos, por lo que de conformidad con la regla de para quien resulta más fácil obtenerlo, presente un cuadro de amortización inicial y otro actual a fin de determinar la diferencia.

D) Fijar la deuda en euros

E) Referenciar el tipo al EURIBOR.

F) Declarar abusivas las cláusulas Sexta bis g), k), n) y decimoquinta.

G) Condenar en costas a la demandada.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a la demandada para que contestara la demanda, lo que verificó en tiempo y forma, y tras los hechos y los fundamentos que estimaba aplicables, terminaba suplicando al juzgado se dictase sentencia por la que se desestimen las pretensiones de la demanda, exceptuando la pretensión de declarar abusivas las cláusulas Sexta bis g), k), n) y decimoquinta del contrato a la que nos allanamos parcialmente, sin hacer especial condena de las costas causadas a mi representada y solicitando la condena en costas a la actora.

TERCERO: Que al haberse solicitado la acumulación al presente procedimiento el seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 96 de **Madrid** con el nº 325/2012 , tras los trámites procesales se acordó la acumulación solicitada.

CUARTO: Que aceptada la acumulación por el Tribunal requerido, se remitieron las actuaciones a este Juzgado, y en los mismos consta demanda a instancia de doña Brigida contra Kutxabank, en la que tras los hechos y tras los hechos y los fundamentos que estimaba aplicables, terminaba suplicando al juzgado se tenga por entablado juicio declarativo ordinario en ejercicio de la acción de nulidad del clausulado multidivisas, y subsidiaria de anulación del clausulado multidivisas, de las escrituras de préstamo con **hipoteca** y de novación modificativa de préstamo hipotecario, otorgadas ambas ante el Notario de **Madrid** Don Celso Méndez Ureña, con números NUM005 y NUM006 de orden de su protocolo, y en ambos casos por ejercitada acción de restitución de las cantidades indebidamente cobradas, y en su día, tras sus trámites, y en mérito de lo expuesto dicte sentencia por la que sirva:

A) Acordar la nulidad del contenido de las páginas 12 y 13 de la escritura; la cláusula segunda B) multidivisa, la frase de la página 16 donde figura "o de la última modificación de la divisa, caso de haber sido utilizada dicha opción."; la letra B) de la cláusula TERCERA-BIS: TIPO INTERÉS VARIABLE, que comienza B) En divisas; Se aplicará."; todas ellas por referenciarse a la operativa multidivisa precitado clausulado multidivisas.

B) Acordar que la cantidad debida es la de 704.691,45 euros, resultado de restar el capital pagado (44.829,58 euros) y la comisión de cambio (8.129,27 euros) que nunca debió ser necesaria a la suma de los 757.450,30 euros que se prestaron en realidad como consta documentalmente; si ha aumentado la deuda es por causa de la demandada que no va a ser premiada por los daños patrimoniales y morales causados al demandado por su culpa.

C) A estas cantidades habrán a efectos de restitución de añadirse los intereses indebidos, por lo que de conformidad con la regla de para quien resulta más fácil obtenerlo, presente un cuadro de amortización inicial y otro actual a fin de determinar la diferencia entre lo realmente pagado y lo que debió pagarse; o la cantidad que en sentencia o en ejecución de la misma se fije.

D) La procedencia de fijar la deuda en euros

E) Que el tipo de interés de referencia que figura en la cláusula TERCERA-BIS es el EURIBOR.

F) Declarar abusivas las cláusulas Sexta bis g), k), n) y decimoquinta.

G) Condenar en costas a la demandada.

PRIMER OTROSÍ DIGO: Que para el caso de que SS. estimase que el contrato no es nulo de pleno derecho, sino exclusivamente anulable:

SUPLICO AL JUZGADO: Dicte sentencia por la que sirva:

A) Acordar la nulidad del contenido de las páginas 12 y 13 de la escritura; la cláusula segunda B) multidivisa, la frase de la página 16 donde figura "o de la última modificación de la divisa, caso de haber sido utilizada dicha opción."; la letra B) de la cláusula TERCERA-BIS: TIPO INTERÉS VARIABLE, que comienza B) En divisas: Se aplicará."; todas ellas por reverenciarse a la operativa multidivisa precitado clausulado multidivisas.

B) Acordar que la cantidad debida es la de 704.691,45 euros, resultado de restar el capital pagado (44.829,58 euros) y la comisión de cambio (8.129,27 euros) que nunca debió ser necesaria a la suma de los 757.450,30 euros que se prestaron en realidad como consta documentalmente; si ha aumentado la deuda es por causa de la demandada que no va a ser premiada por los daños patrimoniales y morales causados al demandado por su culpa.

C) estas cantidades habrán a efectos de restitución de añadirse los intereses indebidos, por lo que de conformidad con la regla de para quien resulta más fácil obtenerlo, presente un cuadro de amortización inicial y otro actual a fin de determinar la diferencia entre lo realmente pagado y lo que debió pagarse; o la cantidad que en sentencia o en ejecución de la misma se fije.

D) La procedencia de fijar la deuda en euros

E) Que el tipo de interés de referencia que figura en la cláusula TERCERA-BIS es el EURIBOR.

F) Declarar abusivas las cláusulas Sexta bis g), k), n) y decimoquinta.

G) Condenar en costas a la demandada.

QUINTO: En el mismo procedimiento consta contestación a la demanda, en la que tras los hechos y los fundamentos que estimaba aplicables, terminaba suplicando al juzgado se dictase sentencia por la que se desestimen las pretensiones de la demanda, exceptuando la pretensión de declarar abusivas las cláusulas Sexta bis g), k), n) y decimoquinta del contrato a la que nos allanamos parcialmente, sin hacer especial condena de las costas causadas a mi representada y solicitando la condena en costas a la actora.

SEXTO: Que citadas las partes a la AUDIENCIA PREVIA prevenida en los artículos 414 y siguientes de la L.E.CIVIL , se llevó a efecto en el día y hora señalado, compareciendo debidamente las actoras de los procedimientos acumulados y la demandada, los Procuradores con poder especial, y los letrados; manifestando que el litigio subsiste y que no había posibilidad en que se lograra acuerdo entre las partes; sin que se hayan formulado excepciones procesales; por el letrado de las actoras se efectúan alegaciones complementarias y se aportan documentos, y tras su traslado a la demandada, se unen los documentos

aportados excepción hecha del contrato de servicios de inversión de persona ajena a las actuaciones; por los abogados de las partes se efectuaron manifestaciones sobre los documentos aportados de contrario, a los efectos del artículo 427 LECivil, por los letrados de partes procedieron a exponer y fijar los hechos, reiterándose en sus respectivos escritos de alegaciones, si bien por la parte actora se aclara que respecto del apartado A) del suplico de las demandas ha de estarse al que figura en la demanda acumulada. Seguidamente se acuerda el recibimiento a prueba. Por el letrado de los actores se propusieron las siguientes pruebas: Documental aportada con la demanda, la que se aporta en este acto, testifical de doña Clemencia y pericial de don Primitivo. Por el letrado de la demandada se propusieron las siguientes pruebas: la documental aportada con sus contestaciones, la que se aporta en este acto, interrogatorio de los actores y testifical de doña Clemencia y don Luis Manuel; y tras la declaración de pertinencia de las pruebas propuestas por ambas partes se acuerda señalar fecha para la celebración del juicio.

SÉPTIMO: Que en el día y hora señalado se celebró el juicio a los efectos de los artículos 431 y siguientes de la LECivil, practicándose los interrogatorios de los actores y de la demandada en la persona de doña Clemencia, testifical de Luis Manuel y pericial de don Primitivo; practicadas las pruebas por los letrados de las partes se formularon conclusiones a los efectos del artículo 433 LECivil, por el letrado de los actores se mantuvo en los pedimentos del suplico de las demandas acumuladas, y por el letrado de la demandada se ratificó en los pedimentos del suplico de sus contestaciones, y verificado por SSª se acordó dejar los autos para resolver.

OCTAVO: Que en la tramitación de la presente litis, se han observado las prescripciones legales aplicables y demás de general y pertinente aplicación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Que las demandas de las presentes actuaciones (tanto la inicial que correspondió a este Juzgado como la acumulada) tienen por objeto el análisis sobre la validez de parte de la escritura de préstamo multidivisa con garantía hipotecaria aportada como documento 24 de la demanda de fecha 29 de febrero del 2008 ante el notario de Madrid don Celso Méndez Ureña, al nº 736 de su protocolo, entre Bilbao Vizcaya Kutxa (en la actualidad la demandada) y como prestarlo don Guillermo, en su propio nombre y en representación de su esposa doña Brigida, con garantía personal, y respecto de la responsabilidad hipotecaria con relación a la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM000 de Madrid planta NUM001 o NUM002 letra NUM003, con cuarto trastero en el sótano con el número NUM004, que fue adquirida por los esposos mediante escritura de 15 de marzo de 2006; y en la misma respecto de las estipulaciones financieras se establecía que el capital del préstamo y reconocimiento de deuda ascendía a la suma de 121.691.965,00 yenes japoneses (aproximadamente 757.450,30 euros), debiendo efectuarse los pagos en la divisa en que ha sido concedido o bien en la que correspondiera en cada periodo por haber utilizado la opción multidivisa, que se describe en la cláusula segunda B), con un periodo de amortización de 30 años (en 120 cuotas trimestrales), comprensivas del capital e intereses, y mientras no se ejercite la opción multidivisa y con el tipo de interés de salida, las cuotas resultan de 1.305.654,00 yenes japoneses.

A los efectos de las presentes actuaciones, se solicita en las demandas acumuladas la nulidad (o en su caso la anulabilidad) de la cláusula multidivisa, y como quedó establecido en la audiencia previa, con el contenido del apartado A) de la demanda acumulada, en la que se solicita "Acordar la nulidad del contenido de las páginas 12 y 13 de la escritura; la cláusula segunda B) multidivisa, la frase de la página 16 donde figura "o de la última modificación de la divisa, caso de haber sido utilizada dicha opción."; la letra B) de la cláusula TERCERA-BIS: TIPO INTERÉS VARIABLE, que comienza B) En divisas: Se aplicará."; todas ellas por referenciarse a la operativa multidivisa precitado clausulado multidivisas".

Ante la falta de claridad de lo solicitado hemos de transcribir el contenido de la escritura de préstamo (documento 24 de la demanda) al que entendemos se refiere la nulidad o, en su caso, la anulabilidad:

"Los pagos del principal, intereses y comisiones deberá realizarlos la parte prestataria en la divisa vigente en cada momento. Para ello se compromete a situar en cuenta abierta en la divisa vigente en cada momento, a su nombre en BBK, y con una antelación de dos días hábiles de mercado a la fecha prevista para el pago que corresponda, la cantidad de divisas a rembolsar, o en su defecto, el contravalor en euros necesario para que BBK compre, en el Mercado de Divisas, la citada cantidad. En este caso deberá tener saldo suficiente en una cuenta en Euros.

"En todo caso la parte prestataria correrá con el riesgo del cambio derivado de las fluctuaciones que pueda experimentar la divisa, en su relación con el euro. Por ello si las obligaciones de pago contraídas por la parte prestataria fuesen satisfechas con posterioridad al día de su vencimiento, las partes convienen como

cláusula de estabilización, que la diferencia en contra de BBK, motivada por la variación del cambio entre dicha fecha de vencimiento y el día en que efectivamente se efectúe el pago, ya voluntaria, ya judicialmente, será liquidada adicionalmente y satisfecha por la parte prestataria.

"La parte prestataria se obliga a domiciliar los pagos del préstamo en cuentas abiertas en BBK, quedando además autorizada la entidad acreedora para adeudar el importe de las cantidades vencidas, en cualquiera de las cuentas acreedoras que mantenga con ella la parte prestataria, una vez convertido su importe en euros o en la divisa de la cuenta de que se trate.

"B) MULTIDIVISA: Al vencimiento de cada periodo trimestral, una vez satisfechos los intereses y la cuota de amortización si correspondiera, la parte prestataria podrá optar por convertir, el importe pendiente de amortizar, en Euros, Libras Esterlinas, Francos Suizos, Dólar USA o Yenes Japoneses, valorándose estas divisas al cambio propio de BBK, correspondiente al segundo día hábil de mercado anterior a la fecha en que vaya a realizarse la conversión; salvo que con anterioridad ambas partes hayan pactado el precio, mediante el correspondiente contrato de compraventa de divisa a plazo.

"Para realizar la conversión la parte prestataria deberá dirigirse de forma fehaciente a BBK, con al menos seis días de antelación al inicio del periodo de que se trate. En caso de no recibirse la solicitud de conversión de divisa, en la forma mencionada, se entenderá vigente la divisa elegida en el periodo inmediatamente anterior, determinándose, aún cuando no varíe la divisa, el nuevo tipo de interés, según lo pactado en la cláusula tercera, para el nuevo periodo.

"El primer periodo de este préstamo será en la divisa en que ha sido abonado el préstamo, según lo indicado en la cláusula primera" (página 12 a 14 del documento 24 de la demanda).

En la estipulación segunda en el apartado 2) "Amortización anticipada obligatoria" en la página 17 se señala "correspondiente a la fecha de formalización del préstamo o a la de la última modificación de la divisa, caso de haber sido utilizada esta opción".

En la estipulación tercera se pactan los intereses ordinarios al 1,75% durante los tres primeros meses.

En la estipulación tercera bis se pactan los intereses variables "Transcurrido el primer periodo de interés señalado en la estipulación tercera, el tipo de interés a aplicar variará TRIMESTRALMENTE determinándose el nuevo tipo de interés nominal anual de la siguiente manera, dependiendo de si, según la opción ejercida por la parte prestataria, de acuerdo con lo pactado en el párrafo B de la estipulación segunda, el saldo del préstamo fuera en euros o en otra divisa:

"A) En euros: Se aplicará el tipo de interés anual resultante de adicionar al tipo EURIBOR un margen de 0,60 puntos."

"B) En divisas: Se aplicará el tipo de interés nominal anual resultante de adicionar al tipo LIBOR un margen de 0,60 puntos".

Con fecha 27 de noviembre del 2009 ante el notario de **Madrid** don Celso Méndez Ureña, al n° 5932 de su protocolo, entre Bilbao Vizcaya Kutxa (en la actualidad la demandada) y como prestarlo don Guillermo , en su propio nombre y en representación de su esposa doña Brigida , se otorga escritura de novación modificativa del préstamo hipotecario por la que se establece un periodo de carencia de amortización del capital de dos años con efectos desde el 29 de agosto de 2009 (documento 25 de la demanda).

Respecto a la solicitud de las demandas acumuladas de declarar abusivas las cláusulas Sexta bis g), k), n) y decimoquinta, a tales peticiones se ha allanado la demandada, por lo que, respecto de las mismas ha de estarse a lo solicitado por los actores, máxime cuando la declaración que se solicita no implica fraude de ley ni es contrario al interés público ni en perjuicio de tercero ( artículo 21 LECivil ), y tal allanamiento parcial se efectúa con base a la STS 792/2009 de 16 de diciembre .

En consecuencia, la controversia viene dada acerca de la nulidad, o en su caso, anulabilidad del clausulado multidivisas del préstamo multidivisas con garantía hipotecaria de fecha 29 de febrero del 2008 y su novación.

De conformidad a la transcripción que hemos efectuado nos encontramos ante una **hipoteca** con opción multidivisa en la que el préstamo se concede en una moneda distinta al euro (en este caso el yen japonés), si bien en cuanto a su devolución los prestatarios pueden optar, en la forma establecida, por convertir, el importe pendiente de amortizar, en Euros, Libras Esterlinas, Francos Suizos, Dólar USA o Yenes Japoneses. De igual manera, la opción multidivisas, también conlleva modificaciones respecto de los intereses variables, pues de

optarse por el pago en euros, se aplicará el tipo de interés anual resultante de adicionar al tipo EURIBOR un margen de 0,60 puntos, mientras que en los demás supuestos se aplicará el tipo de interés nominal anual resultante de adicionar al tipo LIBOR un margen de 0,60 puntos.

En consecuencia, por la propia estructura del préstamo con opción multdivisas, nos encontramos ante un producto complejo, tanto respecto de los intereses variables, así el Libor (Mercado interbancario de Londres) en el supuesto de no amortizarse en euros, como respecto a las variaciones en el tipo de cambio de las diferentes monedas en el mercado de divisas, elementos ambos con múltiples variables y de difícil predicción. De ahí que a los efectos del artículo 19 de la Ley 36/2003 se suscriba un seguro sobre el tipo de cambio, algo que no consta se efectuara en el presente supuesto.

SEGUNDO: En primer lugar, una vez que hemos reseñado en el anterior fundamento el objeto de las acciones de los procedimientos acumulados, se nos plantea la cuestión respecto de la legislación aplicable, y pese a las alegaciones de la demanda, la misma no puede venir dada por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, modificada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que incorporó la Directiva 2004/39 (normativa MiFID), ni es aplicable el Real Decreto 217/2008, 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, por cuanto una operación como la de las presentes actuaciones no se encuentra dentro del ámbito de la Ley de Mercado de Valores, en concreto, dada la actual redacción del artículo 2 y el capítulo 1 del Título VII que fija las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, la complejidad del préstamo hipotecario multdivisas no puede conllevar que pueda incardinarse dentro de la Ley y Real Decreto citados .

Ahora bien, el que no pueda aplicarse la legislación especial de Mercado de Valores no puede conllevar que los prestatarios no tengan protección alguna.

En primer lugar, por cuanto los prestatarios tienen la condición de consumidores y usuarios, conforme al artículo 3 del RDLeg. 1/2007 (por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios) al disponer "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional", y aunque en la demanda se hace referencia a otras actividades profesionales del actor (Sr. Guillermo ), lo cierto es, como se recoge en las contestaciones, que el préstamo hipotecario multdivisas se otorgó para la cancelación total o parcial de otras **hipotecas** que los actores tenían en Barclays Bank (vivienda CALLE000 ) y Caja Sur (vivienda en Estepona), y al respecto se aportan con las contestaciones los anexos 7 a 12. Por lo tanto, la suscripción de la **hipoteca** multdivisas no se enmarca dentro de una actividad empresarial o profesional, por lo que a los actores les es de aplicación la legislación especial de consumidores y usuarios, con evidentes obligaciones respecto de la demandada en cuanto a la información precontractual, sobre todo por aplicación del artículo 60 al que con posterioridad nos referiremos.

A su vez, el que no sea de aplicación la legislación referida a los Mercados de Valores no puede implicar que la entidad demandada no tuviera el deber de informar sobre las características del contrato y de los riesgos del mismo para los prestatarios.

El artículo 19 de la Ley de 36/2003, de 11 de noviembre , como el artículo 19 del Real-Decreto Ley 2/2003 , exigen que las características del contrato se hagan constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas dictadas al amparo del artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito . Luego es evidente que los preceptos en cuestión imponen que exista esa oferta vinculante y ese documento informativo para esta clase de operaciones, en la medida en que se exigiesen por la normativa para los préstamos hipotecarios objeto de la cobertura. De no ser así no podría cumplirse el mandato legal de que las características se hagan constar en las ofertas vinculantes y documentos informativos de que habla la ley. Porque, insistimos, la norma dice que "se harán constar", lo que comporta un obvio mandato, cuyo cumplimiento no puede eludirse.

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1.994, vigente cuando se celebró el contrato de préstamo (pues fue derogada por la de 28 de octubre de 2.011), exigía en su artículo 3 que se entregase un folleto informativo a quienes fuesen a concertar un préstamo hipotecario, ajustado a lo establecido en el anexo I de la orden. El artículo 5 obligaba a entregar también una oferta vinculante, con la información a que se refiere el anexo II de la orden; oferta que debía ser entregada cuando menos tres días antes del otorgamiento del contrato, pues en ella debía advertirse del derecho a examinar el proyecto de documento contractual con la antelación de tres días a que se refiere el número dos del artículo 7 de la repetida orden. Esta imponía su aplicación a las operaciones de préstamo hipotecario con un principal superior

a 25 millones de pesetas, pero el apartado a) del artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito determina que la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la **hipoteca** recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos. La información previa, se regula en el apartado h) de este artículo 48.2, y evidentemente se refiere a la transparencia de la operación al disponer "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, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera" ( Letra h) del número 2 del artículo 48 introducida por el número 2 del artículo 1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre ).

De igual modo, el que no sea de aplicación la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, no puede ser óbice para que la entidad bancaria no tuviere el deber de dar una información adecuada a sus clientes en el momento de contratar un producto como el de las presentes actuaciones.

Toda esta legislación es aplicable al supuesto de las presentes actuaciones, pues con independencias del clausulado multdivisas, nos encontramos ante un préstamo con garantía de **hipoteca** sobre una vivienda, como puede observarse en la escritura correspondiente, aportada por copia como documento número 24 de la demanda.

TERCERO: Con base a la legislación aplicable, y las obligaciones de la entidad demandada, procede examinar su repercusión respecto a la nulidad, o en su caso anulabilidad, por error en el consentimiento, en primer lugar, hemos de hacer unas breves precisiones, con relación a la nulidad de los contratos, en el presente supuesto respecto de la nulidad de las cláusulas multdivisas, al respecto, Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 Abril 2001, recurso 335/1996 "Para decidir acerca de la cuestión que el motivo suscita ha de tenerse en cuenta, ante todo, que en sede de ineficacia de los contratos resultan perfectamente diferenciables los conceptos de inexistencia o nulidad radical, de una parte, y de nulidad relativa o anulabilidad, de otra. En el primero se comprenden los supuestos en que o falta alguno de los elementos esenciales del contrato que enumera el artículo 1261 del Código Civil , o el mismo se ha celebrado vulnerando una norma imperativa o prohibitiva. El segundo se reserva para aquellos otros en que en la formación del consentimiento de los otorgantes ha concurrido cualquiera de los llamados vicios de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo), Sin embargo, el Código Civil carece de un tratamiento preciso de la ineficacia contractual, pues: a) Se echa en falta una regulación sistemática de la nulidad radical o absoluta, a la que por lo general la doctrina asimila la inexistencia, b) El vocablo "nulidad" que figura en la rúbrica del Capítulo IV, del Título II de su Libro Cuarto y en los artículos 1300, 1301 y 1302 ha de entenderse que se refiere únicamente a la nulidad relativa o anulabilidad, pues el primero de dichos preceptos parte de la base de que los contratos que pueden ser anulados a través del ejercicio de la acción que se regula en los otros dos, son aquellos "en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261". c) Los artículos 1305 y 1306, por su parte, aluden sin duda alguna a casos de nulidad de pleno derecho o absoluta, d) Finalmente, otros preceptos, como el 1307 y 1308 son de común aplicación a ambas especies de nulidad. Puede señalarse, como resumen de lo expuesto, que cuando el artículo 1302 establece rigurosas restricciones en cuanto al ejercicio de la acción de nulidad, se está refiriendo única y exclusivamente a aquellas pretensiones que se encaminen a obtener la anulación o declaración de nulidad relativa de los contratos en que se aprecie que han concurrido los vicios del consentimiento que enumera el artículo 1265".

Con relación al error, hemos de distinguir entre el error obstativo y el error como vicio de consentimiento, pues aquél sí produce la inexistencia (o nulidad radical o absoluta) del negocio jurídico, al respecto Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 Abril 2001, recurso 335/1996 "CUARTO. Ha de añadirse a lo dicho, que según ya tuvo ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 22 diciembre 1999 , es preciso establecer una sustancial diferencia entre el error-vicio de la voluntad, regulado en el artículo 1266 del Código Civil , el cual provoca la anulabilidad de los contratos, que únicamente puede ser instada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos -salvo que sean quienes han producido dicho error- y el error obstativo, con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales". En cuanto al error como vicio del consentimiento a los efectos del artículo 1266 Código Civil , respecto del mismo se ha de exigir que sea esencial y a su vez no imputable a quien lo padece, en la interpretación reiterada por la jurisprudencia, así STS 23 de junio 2009, recurso 230/2005 "Debemos precisar que, para anular el contrato por error de uno de los contratantes, no exige expresamente el artículo 1.266 del Código Civil que aquel sea excusable, pero sí lo hace la jurisprudencia - sentencias de

7 de abril de 1.976 , 21 de junio de 1.978 , 7 de julio de 1.981 , 4 de enero de 1.982 , 12 de junio de 1.982 , 15 de marzo de 1.984 , 7 de noviembre de 1.986 , 27 de enero de 1.988 , 14 de febrero de 1.994 , 6 de noviembre de 1.996 , 30 de septiembre de 1.999 , 12 de julio de 2.002 , 24 de enero de 2.003 , 12 de noviembre de 2.004 , entre otras muchas - al examinar el vicio no sólo en el plano de la voluntad, sino también en el de la responsabilidad y la buena fe - en su manifestación objetiva - y al tomar en consideración la conducta de quien lo sufre. Por ello, se 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 producida, se concede dicho amparo a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida", y STS 22 de mayo de 2006, recurso 3355/1999 "Se sitúa por tanto la discrepancia de la parte recurrente con la sentencia impugnada en el ámbito de la interpretación de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil , ya que el primero considera nulo el consentimiento prestado por error y el segundo exige para que el error invalide el consentimiento que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Es cierto que dichos artículos no declaran la inexcusabilidad del error como requisito para que produzca efectos invalidantes. Como ya señaló la sentencia de esta Sala de 4 de enero de 1982 , con cita de las de 14 junio 1943 , 11 marzo 1964 , 8 junio 1968 y 7 abril 1976 , se trata de un elemento que la jurisprudencia exige pese al silencio del Código Civil y que está presente en el campo del derecho foral (Ley 19, párrafo 2º, del Fuero Nuevo de Navarra), en virtud del cual se niega al error la eficacia invalidante del contrato cuando pudo ser salvado empleando una diligencia media o regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el artículo 1.484, in fine, del Código Civil para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (artículo 1.258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar. Como la misma sentencia se encarga de advertir, las particularidades del caso en orden a la excusabilidad del error han de ponderarse "desde el ángulo de la "bona fides" y del principio de confianza, a los que habrá de darse la relevancia que merecen en el tráfico jurídico", teniendo en cuenta siempre que la necesidad de excusabilidad del error - supuesta la existencia del mismo- tiene como finalidad primordial la protección del lógico y lícito interés negocial de la otra parte. A tal respecto la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2004 que recoge textualmente la doctrina sentada, entre otras, por la de 12 de julio de 2002, señala que el error "será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración", como ya señalaban las sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994 ".

De igual modo, como señala la STS de 30 de diciembre de 2009 también es posible apreciar la concurrencia de error como vicio de consentimiento "en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido".

En tercer lugar, nuestra jurisprudencia también sostiene que debe existir un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por el contratante.

Y, en este sentido, es habitual encontrar sentencias que condicionan el reconocimiento del error a "que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en negocio jurídico concertado", tal y como reitera la jurisprudencia, así, entre otras, SSTS 20-11-1989 , 6-2-1998 , 29-3-1994 y 14-7-1995 . Idea que, evidentemente, se sigue por las Audiencias Provinciales, tal y como muestran, a modo de ejemplo, la SAP **Madrid** (Sección 20ª) 20-9-2011; SAP Barcelona (Sección 13ª) 14-2-2012; o la SAP Oviedo (Sección 7ª) 12-3-2012.

A su vez, también es preciso que el error se haya producido o se proyecte en el momento en que se forma y emite la voluntad; es decir, en el momento de la celebración del contrato y no en épocas posteriores. Así STS 12-11-2004 reconociendo que "no puede fundarse el error vicio del consentimiento contractual en el desconocimiento de un hecho acaecido con posterioridad a la prestación del consentimiento".

Otro aspecto conexo con el que estamos examinando es la carga de la prueba de esa deficiencia informativa que, en su caso, puede llegar a provocar el error en el cliente contratante. Y, al respecto, resulta irrefutable que la carga de la prueba de la información facilitada al cliente corresponde a "quien se ampara en la realidad de dicha información" ( SAP Zaragoza (Sección 5ª) 19-3-2012), SSAP Gijón (Sección 7ª) 21-11-2011 y 8-3-2012, entre otras.

Lo que, en definitiva, viene a unirse al dato de que la diligencia exigible "no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes" proclamado constantemente por nuestros tribunales (por todas, SAP Gijón (secc. 7ª) 16-9-2011).

En el supuesto de las presentes actuaciones nos encontraríamos ante un supuesto de anulabilidad o nulidad relativa respecto de las cláusulas multidivisas.

QUINTO: Establecidos en los anteriores fundamentos la legislación aplicable, el deber de información de la entidad bancaria, y los requisitos para apreciar el error como vicio del consentimiento, que da lugar a la anulabilidad, procede referirnos a la forma en que concertó el contrato, pues como señala la SAP **Madrid** Sección 18ª del 2 de marzo del 2012 recurso 129/2012 han de examinarse las circunstancias y efectos de la concreta contratación objeto de cada supuesto.

Si partimos de estos presupuestos, en primer lugar, se alega que el firmante del contrato, por sí y en nombre de su esposa (en aquel momento) tiene la condición de letrado, e incluso especialista en préstamos hipotecarios multidivisas, la condición de letrado no puede conllevar que pueda considerarse como un profesional de las finanzas, aunque sí le confiera una especial preparación jurídica para conocer el alcance del préstamo hipotecario, empero, no que esta preparación conlleve especialidad en cuanto al conocimiento de las complejidades financieras de los tipos de cambio y de interés. A su vez, se ha de tener en cuenta que el documento 16 de la contestación (acta notarial de comprobación de página web) tiene fecha 13 de abril de 2012, muy posterior a la suscripción del contrato, e incluso posterior a las demandas iniciadoras de los procedimientos acumulados. De igual modo, el que figure como administrador de varias empresas no implica que en el momento de suscribir el préstamo hipotecario multidivisas fuera un experto financiero. Nada se deriva respecto de la codemandante doña Brigida y que la misma tenga conocimientos financieros.

Por lo tanto, lo que se trata de determinar es si se dio a los prestatarios la información precontractual suficiente para que se prestaran el consentimiento con todos los elementos de juicio idóneos respecto del clausulado multidivisas.

Pues como ya dejamos establecido los demandantes tienen la condición de consumidores a los efectos del artículo 3 RDLeg. 1/2007, y por lo tanto, con el derecho a obtener información previa al contrato, como se deriva del artículo 60.1 de la misma Ley, conforme al cual antes de contratar el empresario debe poner a disposición del consumidor y usuario, de forma clara y comprensible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato y, en particular, sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

De igual modo el artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las Entidades de Crédito, del que se ha de derivar la exigencia de una información precontractual con el objeto de permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.

De conformidad a las pruebas practicadas no consta que se diera información precontractual alguna, por más que el préstamo multidivisas lo fuera a instancia del Sr. Guillermo, pues el hecho de que un cliente solicite un determinado producto al banco, no por ello se ha de presumir su conocimiento del mismo, y por esta circunstancia, que el Banco no tenga la obligación de información de los preceptos enunciados, y los reflejados en el segundo de los fundamentos de la presente resolución.

La ausencia de información respecto de doña Brigida es absoluta, y no sólo porque así lo manifieste en el interrogatorio efectuado en el acto del juicio, sino porque también se reconoce por doña Clemencia (representante de la entidad demandada) y que como directora de la sucursal llevó los trámites de concesión del préstamo hipotecario multidivisas, reconociendo, de manera expresa, que nunca conoció a doña Brigida personalmente. Respecto del Sr. Guillermo la indicada doña Clemencia manifiesta que el préstamo hipotecario multidivisas es un producto residual a petición del cliente, la concesión se inició en otoño del 2007 (septiembre-octubre) para la cancelación de las **hipotecas** de sus viviendas en **Madrid** y Estepona, reconoce el correo electrónico de 20 de febrero del 2008 (aportado en el acto de la audiencia previa) en el que se les apremia para suscribir el préstamo multidivisa, documento que también ha sido reconocido por el Sr. Guillermo

en el interrogatorio efectuado. El testigo don Luis Manuel , empleado de la demandada, nada añade pues fue a partir del 1 de enero del 2011 cuando toma contacto con los actores por el impago de cuotas.

Por consiguiente, no consta información precontractual alguna sobre las condiciones, fundamentalmente económicas, del préstamo multidivisas, incumpliendo la normativa aplicable, por lo que se ha de concluir que la única información que se dio se ciñe al propio contenido de la escritura de préstamo.

Es más, del contenido del documento 24 de la demanda no consta que se diera cumplimiento a lo establecido en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1.994, vigente cuando se celebró nuestro contrato (fue derogada por la de 28 de octubre de 2.011), en los términos que hemos desarrollado en el segundo fundamento de la presente resolución. Ni tan siquiera se deriva del mencionado documento se diera cumplimiento a lo establecido en el artículo 7 apartado 5º disponía "En el caso de que el préstamo esté denominado en divisas advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio".

En cuanto a la información necesaria para el préstamo hipotecario multidivisas es fundamental tener en cuenta el informe pericial de don Primitivo (documento 27 de la demanda que ha sido ratificado en el acto del juicio), y del mismo, con independencia de que no le sea aplicable la legislación especial del Mercado de Valores, se ha de derivar su complejidad, así en el apartado segundo (páginas 5 y siguientes) se señala "Este tipo de producto contiene unos riesgos muy importantes que entendemos que deberían de estar identificados claramente para que el cliente entendiera de manera correcta lo que supone suscribir una **hipoteca** en una divisa diferente a la natural y con un tipo de interés también diferente al de referencia más habitual".

Con dos riesgos fundamentales, en primer lugar, el riesgo de tipo de cambio, que conlleva un seguimiento por parte del cliente de la evolución diaria del tipo de cambio entre la moneda natural y la del préstamo, y la oscilación entre las monedas, lo que provoca que constantemente el montante, en moneda natural a devolver, sea diferente, "de ahí que puede darse la situación que pasados unos años ya desde el inicio del primer periodo de liquidación, el importe a devolver sea superior al del inicio (como en este caso)" y se añade "Necesitará de estrategias concretas para maximizar su evolución del tipo de Cambio a su favor. Éstas, son desconocidas totalmente por el Cliente ya que su negocio habitual nada tiene que ver con el conocimiento del Mercado de Divisas y estrategias a la hora de actuar en este Mercado", reseñándose en el informe los distintos factores a tener en cuenta, así, entre otros, balanza de capital, balanza por cuenta corriente, balanza comercial, etc.

El segundo riesgo viene determinado por el tipo de interés, al señalar el perito ".ya que si el Capital pendiente de amortizar está en una de las divisas alternativas al Euro, el préstamo se referencia al Libor para el periodo en cuestión, publicado para cada divisa. Si bien en un principio una de las motivaciones más usuales por la que se puede ofrecer al Cliente contratar este producto suele ser el diferencial positivo entre el Tipo de Interés de la divisa nativa respecto de la divisa de financiación, puede suceder que este diferencial desaparezca rápidamente y no obtengamos ningún beneficio por este lado teniendo no obstante un coste del Tipo de Cambio..", "Entendemos que no ha existido (no se ha observado documentación al respecto) un desglose de los potenciales riesgo que comporta aceptar este contrato y de las consecuencias que puede ocasionar en las liquidaciones trimestrales y en el capital pendiente de amortizar, la evolución del Tipo de Cambio así como tampoco la del Tipo de Interés al tener el préstamo referenciado a una u otra moneda".

Lo que, a su vez, se refleja en las conclusiones primera y segunda del informe pericial (página 15), y por último, en la conclusión octava "El cliente en su cuota 15 debe un 54,70% más de lo estimado con los datos iniciales y un 39,45% más del Capital solicitado en el Préstamo Hipotecario, ya que el capital inicial fue de 757.450,30 euros y en la cuota 15 el Capital Pendiente es de 1.056.285,45 euros. El cliente después de haber pagado ya 5 cuotas, debe 298.835,15 euros más de Capital del que inicialmente le concedieron" (página 17).

De igual modo, se incumplió la Ley 36/2003 que, en su art. 19 y bajo el rotulo de "Instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios", disponía lo siguiente: "1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original. 2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés (.)".

De todas estas pruebas se ha de derivar que la demandada no cumplió con el deber de información, y esto con independencia del poder adquisitivo de los actores, o que por doña Brigida se abonase la tasación de la vivienda, o los hechos posteriores, así el cambio de yenes a francos suizos el 2 de diciembre de 2008, o

que se pretendiera un nuevo cambio en abril de 2009, siempre y cuando todas estas circunstancias no pueden suplir la falta de información tanto precontractual como en el momento de suscribir el contrato.

Se ha de tener en cuenta todas las variables y riesgos del clausulado multidivisa, con una falta de información adecuada nos ha de llevar a apreciar un error esencial, con un incumplimiento de la normativa aplicable (fundamento de derecho segundo) y que no podía ser salvado por el Sr. Guillermo , siempre y cuando no tenía ni tiene la condición de experto financiero, ni consta que tuviera los conocimientos necesarios para evaluar los riesgos, y en todo caso no se podía eximir al Banco de darle la información adecuada, así como su deber de actuar no como un buen padre de familia, sino la específica del ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes.

La falta de información, sin la posibilidad de poder conocer el consumidor los riesgos del préstamo, conlleva que se deba de apreciar error en el consentimiento, con los requisitos ya enunciados, pues de lo actuado se ha de derivar que si los actores hubieran recibido la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato y, en particular, sobre sus condiciones jurídicas y económicas no lo hubieran concertado, y con un nexo de causalidad entre el error sufrido y la finalidad perseguida por los contratantes (el Sr. Pieltain por sí y en representación de su esposa), en el momento de suscribir el préstamo. Máxime cuando era a la demandada a quien correspondía la carga de la prueba en cuanto a la información que debía facilitar, sin que se haya aportado prueba alguna, salvo la contenida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria. Se ha de tener en cuenta el carácter especulativo del préstamo referenciado a diversas divisas, sin que conste información precontractual (la importancia de la misma al tener los actores la condición de consumidores), sin que de la escritura puede derivarse los riesgos concretos que asumen las partes y sin que se ofreciera a los prestatarios un producto de cobertura tanto respecto del tipo de interés y de cambio.

En conclusión, procede declarar la nulidad relativa por error en el consentimiento.

SEXTO: De la conclusión establecida en el anterior fundamento de apreciar error en el consentimiento, por los actores, en las demandas acumuladas, lo que se solicita es la nulidad parcial del préstamo hipotecario multidivisas, es decir, excluyendo del mismo toda referencia al clausulado especial, y mantener el préstamo en lo restante (salvo las cláusulas abusivas a las que se ha allanado la demandada), es decir, mantenerlo como si el préstamo desde el principio se hubiera referenciado a euros y al euribor.

Si bien es cierto que la jurisprudencia admite la nulidad parcial cuando la nulidad recae sobre un elemento accesorio o cuando no alcance a la esencia del negocio; sin embargo, lo que no puede ser de recibo es que con base a la nulidad parcial se modifique lo querido por las partes, es decir, la nulidad parcial sólo puede afectar a lo accesorio y no a lo esencial. A tal efecto STS 16 Mayo 2000, rec. 1992/1995 "porque la nulidad afecta a todo el negocio complejo, sin que sea posible aplicar la doctrina de la nulidad parcial, con arreglo a la cual quedaría subsistente la parte de la operación (préstamo) ajena a la propia función de garantía. La nulidad parcial, de contemplación casuística, solo puede tomarse en consideración cuando conste que el contrato se habría celebrado sin la parte nula ( Sentencias 4 Dic. 1986 , 17 Oct. 1987 ) y cuando la nulidad no trasciende a la totalidad del negocio ( Sentencias 30 Mar. 1950 , 22 Abr. 1988 , 15 Feb. 1991 , 23 Jun. 1992 )"

En el presente supuesto la cláusula multidivisas, el que se concertara el préstamo en yenes japoneses, y la posibilidad de modificar en los diferentes vencimientos del préstamo en euros o en las otras divisas especialmente reseñadas, lo que afectaría, a su vez, al interés, así las referencias al Euribor (euros) o al Libor, se ha de entender esencial, y no puede modificarse lo querido por las partes, por una integración del mismo referenciando el préstamo a la divisa natural y a un tipo de interés determinado, con las demás peticiones que en el suplico de las demandas se efectúan.

Al estimar que nos encontramos ante un supuesto de nulidad relativa, en cuanto a la opción multidivisa, que por la relevancia o esencialidad de la misma claramente se expande y está vinculada a todo el negocio, y su supresión altera por completo la economía del contrato, ello nos ha de llevar a aplicar la nulidad de la totalidad del préstamo hipotecario y su novación (en cuanto a la carencia de amortización de capital por dos años), con los efectos del artículo 1303 Código Civil , al respecto así STS 15 de abril 2009, recurso 1365/2005 "y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley ( sentencias de 10 de junio de 1952 , 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 6 de octubre de 1994 , 9 de noviembre de 1999 ). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración ( sentencias de 29 de octubre de 1956 , 22 de septiembre de 19889 , 28 de septiembre de 1996 , 26 de julio de 2000 ), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato ( sentencias de 7 de octubre de 1957 , 7 de enero de 1964 , 23 de octubre de 1973 ). El art. 1303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos ( sentencias de

9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994 ) y el precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994 , 12 de noviembre de 1996 , 23 de junio de 1997 ) , norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales", Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 22 Mayo 2006, recurso 3002/1999 "La acción emprendida es, a criterio de la Sala, de nulidad, y se ha de aplicar el artículo 1303 del Código Civil , a tenor de cuanto ha establecido la más reciente jurisprudencia ( Sentencias de 11 de febrero de 2003 , de 13 de diciembre de 2005 y de 24 de marzo de 2006 ). Como dice esta última ".. el régimen jurídico que establece el artículo 1303 CC , mediante el que se trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante ( Sentencias de 26 de julio de 2000 y de 13 de diciembre de 2005 ), nace de la ley y no necesita petición expresa ( Sentencias de 24 de febrero de 1992 , de 20 de junio de 2001 , de 11 de febrero de 2003 ), por lo que es apreciable de oficio, no exasperando el ámbito del principio iura novit curia por "no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo concedido" ( Sentencias de 22 de noviembre de 1983 , de 24 de febrero de 1992 , de 13 de diciembre de 2005, y las que allí se citan)..." y Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 24 Febrero 1992 "Es doctrina reiterada de esta Sala sentencias de 7 de octubre de 1957 , 7 de enero de 1964 , 23 de octubre de 1973 , 22 de noviembre de 1983 , 17 de junio de 1986 y 22 de septiembre de 1989 que declarada la nulidad de un contrato procede la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, a tenor del art. 1303 del Código Civil , habiendo declarado la sentencia de 18 de enero de 1904 que "corroborra este criterio la jurisprudencia de esta Sala, referida a la nulidad absoluta o inexistencia, que ha declarado que las restituciones a que se refiere el art. 1303 sólo proceden, incluso tratándose de contrato nulo o inexistente, cuando ha sido declarada la nulidad", obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato sentencia de 10 de junio de 1952 , por lo cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio "iura novit curia", sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito, el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra sentencia de 22 de noviembre de 1983 . Al no haber acordado la sentencia recurrida, confirmatoria de la de primer grado, la recíproca restitución que impone el art. 1303 citado, ha incurrido en la infracción denunciada por lo que procede la estimación del motivo así como la casación y anulación parcial de la sentencia de apelación y la revocación parcial de la de primera instancia y acordar la restitución de la cosa y precio, objeto de la compraventa que se declara nula, con sus frutos e intereses que se determinarán en ejecución de sentencia".

Por último, no podemos plantearnos la cuestión de la caducidad que podría ser apreciable de oficio, a los efectos del artículo 1301 Código Civil , al ser la escritura de fecha 29 de febrero de 2008 y haberse planteado la demanda el 6 de marzo de 2012, pues nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo y, por lo tanto, para el cómputo de los cuatro años del indicado precepto no ha de estarse al momento de perfección del contrato, al respecto Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, Sentencia de 26 Septiembre 2012, recurso 496/2011 " en los supuestos de error (que es lo que aquí se alega como motivo de nulidad), el cómputo no se inicia en el momento de perfección sino en el de consumación del contrato. Consumación que en los sinalagmáticos coincide con el total cumplimiento de las prestaciones de ambas partes ( STS de 11 de junio de 2003 , que cita las de 5 de mayo de 1983 , 11 de julio de 1984 y 27 de marzo de 1989 ). Por tanto, siendo la que nos ocupa una relación de tracto sucesivo y prestaciones periódicas y no de cumplimiento instantáneo (tenía prevista una duración de cinco años), la consumación no se habría producido hasta el completo transcurso del plazo por el que se concertó".

La nulidad relativa del préstamo con **hipoteca** y su novación, al entender esencial el clausulado multidivisa, conllevará, hemos de reiterar, los efectos del artículo 1303 Código Civil , es decir, la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, con sus intereses, es decir, que los actores deberán abonar a la demandada la cantidad de 757.450,30 euros, más intereses legales desde el 29 de febrero de 2008, y la demandada deberá abonar a los actores, las comisiones, capital e intereses que los prestatarios le hubiesen abonado, con sus correspondientes intereses legales desde la fecha en que se efectuaron los correspondientes pagos, procediéndose en ejecución de sentencia a las correspondientes compensaciones, con las bases establecidas, lo que, a su vez conllevará las oportunas cancelaciones en el Registro de la Propiedad, una vez se haya cumplido por las partes, los efectos de la nulidad que se acuerda.

SÉPTIMO: Que al estimarse en parte la demanda, pues no se accede a lo solicitado en cuando a la nulidad (o anulabilidad) parcial y la demandada se había allanado parcialmente, por lo tanto, y a los efectos del artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede hacer declaración sobre costas, al no apreciar temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLO

QUE ESTIMANDO COMO ESTIMO EN PARTE LAS DEMANDAS ACUMULADAS INTERPUESTAS POR DON Guillermo Y DOÑA Brigida , REPRESENTADOS POR EL PROCURADOR D. JOSÉ RAMÓN CERVIGÓN RUCKAUER, CONTRA KUTXABANK S.A, REPRESENTADA POR LA PROCURADORA D<sup>a</sup>. ANA PRIETO LARA-BARAHONA, DEBO DE ACORDAR Y ACUERDO:

1.- La nulidad relativa por error como vicio de consentimiento con relación a las escrituras de préstamo con **hipoteca** y de novación modificativa de préstamo hipotecario, otorgadas ambas ante el Notario de **Madrid** Don Celso Méndez Ureña, con números NUM005 y NUM006 de orden de su protocolo, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, con sus intereses legales, conforme a las bases establecidas en el fundamento de derecho sexto.

2.- Sin hacer declaración sobre las costas causadas en esta instancia.

Contra la presente SENTENCIA CABE RECURSO DE APELACIÓN, a interponer ante este JUZGADO, PARA ANTE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE **MADRID**, en el plazo de veinte días desde su notificación escrita.

PARA LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA INTERPOSICIÓN DEL INDICADO RECURSO DEBERÁ LA PARTE ACOMPAÑAR RESGUARDO DE INGRESO DE 50 EUROS EN LA CUENTA DE ESTE JUZGADO N° 97 5068 0000 04 0304 12, DE LA ENTIDAD BANESTO, BAJO APERCIBIMIENTO DE INADMISIÓN A TRÁMITE Y POR APLICACIÓN DE LA L.O. 1/2009 Disp. Adic. 15<sup>a</sup>.

De igual modo, deberá darse cumplimiento a lo establecido en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Así por ésta, mi SENTENCIA, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: La anterior SENTENCIA, ha sido dada, leída y publicada por el ILMO. SR. MAGISTRADO- JUEZ que la suscribe, hallándose celebrando audiencia pública en el día de su fecha. DOY Fe.