



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 56 BARCELONA

PROCEDIMIENTO: Juicio Ordinario nº 392/2017

SENTENCIA Nº 152/2018

Barcelona, 10 de julio de 2018.

Vistos por -, Magistrada-Juez en sustitución del Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Barcelona, los presentes autos de Juicio Ordinario en ejercicio de acción de nulidad contractual, instados por -, representado por la Procuradora - y asistido por el Letrado -, contra BANKINTER, S.A., representada por el Procurador - y asistido de la Letrada -, en atención a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales -, en nombre y representación de -, se formuló demanda de Juicio Declarativo Ordinario contra la entidad BANKINTER, S.A., suplicando sentencia por la que se declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 26.9.2008, por error en el consentimiento del prestatario actor, declarando que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 190.000 euros, la cantidad que correspondiera amortizar en concepto de principal e intereses también en euros, y de resultar un saldo a favor del actor, se le reintegre la cantidad que resulte, con sus intereses. Subsidiariamente solicita el actor la nulidad parcial del indicado contrato por incumplimiento de normas imperativas, y subsidiariamente nulidad por abusividad de la cláusula multidivisa inserta en el contrato, con los pronunciamientos que constan en suplico, y todo ello con condena en costas a la demandada.

Admitida a trámite la demanda mediante Decreto, se dio traslado de la misma a la parte demandada. La entidad demandada compareció a las actuaciones presentando escrito de contestación a la demanda por la que se oponía íntegramente a las pretensiones de la parte actora, solicitando su desestimación con condena en costas al demandante. Se convocó a las partes a la Audiencia Previa, que tuvo lugar el día 17.4.2018.

SEGUNDO.- El día de la Audiencia Previa comparecieron las partes debidamente asistidas en su defensa y representadas. Una vez abierto el acto y constatada la imposibilidad de llegar a un acuerdo se dio la palabra a las partes quienes se ratificaron en el contenido de sus escritos de demanda y contestación. Seguidamente, las partes se pronunciaron sobre los documentos aportados con los escritos de demanda y contestación a la demanda y tras fijar los hechos controvertidos propusieron las pruebas que consideraron convenientes, siendo admitidas las que se estimaron pertinentes. Una vez cumplimentados los trámites legales, se cerró el acto convocando a las partes a la celebración del Juicio que finalmente tuvo lugar el día 3.7.2018, tras una suspensión por imposibilidad del testigo -, y tras la práctica por escrito de la prueba de interrogatorio del testigo residente en Colorado (Estados Unidos).





TERCERO.- Llegado el día señalado para la celebración del Juicio, comparecidas las partes, se declaró abierto el acto y se procedió a practicar las pruebas declaradas pertinentes, con el resultado que consta en el medio audiovisual empleado. Tras la práctica de las pruebas, y previo trámite de conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- En las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Según se desprende de la prueba practicada y de las manifestaciones de las partes, el actor y la entidad BANKINTER, S.A. suscribieron en fecha 26 de septiembre de 2008 un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, para adquisición de vivienda, por importe de 29.869.235,00 yenes japoneses, cuyo contravalor era de 190.000,00 euros. La expresada cantidad debía devolverse en 359 cuotas mensuales, y el importe de las cuotas variaría en función de las revisiones del tipo de interés, estableciéndose que los pagos de la cuota de amortización de capital y devengo de intereses, hasta la primera revisión del tipo de interés, serán de 110.866,00 yenes japoneses al mes.

El prestatario, hoy parte actora, en garantía de pago, otorgó hipoteca a favor de la entidad bancaria sobre un inmueble de su propiedad en la población de Gavà (Barcelona).

Todo ello se desprende del documento nº 2 de la demanda. El contrato objeto de acción contiene la cláusula denominada "*MULTI DIVISA*", que disponía, entre otras cosas, que el préstamo podía convertirse, a petición de la deudora y, por cada periodo de interés, a cualquier otra divisa admitida a cotización oficial. Dispone, además, el contrato que el préstamo debía amortizarse en la misma moneda, es decir, en el caso del actor, en yenes japoneses, o en su caso en la moneda convertida.

El demandante argumenta que ha sufrido una importante pérdida patrimonial por haber suscrito un préstamo no convencional, que conlleva riesgos financieros ocultos de imposible conocimiento por el prestatario, que estaba vinculado a poder escoger entre distintas divisas de pago a lo largo de la vida del préstamo. Aduce que la hipoteca *multidivisa* que contrató es un instrumento financiero complejo, cuyos riesgos exceden a los propios de los préstamos hipotecarios con interés variable solicitados en euros, pues no solo debe asumir el riesgo de la variación del tipo de interés, sino también debe asumir el riesgo de la fluctuación de la moneda.

Afirma el actor que suscribió el préstamo con la cláusula multidivisa, sin recibir la información precontractual y contractual adecuada. Que es cliente minorista, sin conocimientos financieros y que desconocía los riesgos reales del contrato que suscribió. Que al precisar financiación para la adquisición de su vivienda, suscribió el préstamo con cláusula multidivisa, sin conocer la operativa del índice de referencia LIBOR, que, contrariamente al EURIBOR, no es conocido por el ciudadano medio, y sin conocer los factores que intervienen en las variaciones de los tipos de cambio en el mercado de divisas. Que el único asesoramiento que recibió de la entidad demandada consistió en





la recomendación de suscripción de la operación, por la ventaja que suponía respecto a un préstamo convencional en euros, dada la aplicación de un tipo de interés más ventajoso. Que fue el gestor comercial de la oficina de la calle Castilla, 40, de Barcelona, el -, quien recomendó la contratación de este producto destacando las ventajas del ahorro de intereses, sin informar de los graves riesgos del producto, en especial la fácil previsibilidad de revalorización del Yen japonés, que en el tiempo de contratación estaba en mínimos respecto al euro. Mantiene que la entidad bancaria incumplió con sus obligaciones de información y de transparencia. Afirma que ello causó un error en el consentimiento prestado al firmar el préstamo con garantía hipotecaria, error esencial, no imputable a él y excusable.

Y, dentro de este contexto, el actor entabla la presente acción, interesando la nulidad parcial por error vicio del consentimiento, del contrato de préstamo, en concreto de la cláusula *multidivisa* e interesa que la cantidad adeudada por el demandante, es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir del importe prestado 190.000,00 euros, la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses. Subsidiariamente, nulidad por abusividad de la cláusula. A efectos de liquidación se considerará que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a Euros, restando de esta cantidad los importe en euros abonados en concepto de principal e intereses desde aquella fecha, condonando por lo tanto el resto de la deuda que se haya incrementado por la variación de la paridad yenes japoneses/Euros.

Por su parte, la entidad financiera se opone frontalmente a las pretensiones del actor. Niega error en el vicio del consentimiento, afirma que la normativa MIFID no opera en el presente caso y que ha cumplido escrupulosamente con sus obligaciones de información atendiendo a la naturaleza del contrato de préstamo que suscribieron las partes, añadiendo que fue el actor quien solicitó expresamente al banco contraer la deuda hipotecaria en yenes japoneses y no euros, para poder beneficiarse de los bajos tipos de interés asociados al yen japonés. Mantiene que el riesgo de fluctuación de la moneda era evidente cuando se suscribió el contrato y el prestatario conocía el riesgo y también fue informado de ello (expositivo III de la escritura), que las cláusulas del contrato son claras y están debidamente remarcadas y destacadas, en cuanto a la concesión del préstamo en Yenes y obligación de amortizarlo en Yenes. Añade la demandada que no es cierto que el actor ha visto aumentar su capital pendiente, puesto que el mismo ha ido recibiendo periódicamente los extractos y recibos del estado de la operación, en que consta que el capital ha ido disminuyendo. Finalmente opone caducidad de la acción, por transcurso sobrado del plazo de cuatro años desde la formalización del contrato.

SEGUNDO.- En primer lugar nos referiremos a la alegada caducidad de la acción de nulidad por vicio del consentimiento. La entidad bancaria aduce que el actor firmó el contrato hace nueve años y lo ha venido cumpliendo sin oponer pega alguna, habiendo caducado la acción que ejercita por transcurso del plazo de cuatro años.

Sobre este particular, la Sentencia del Pleno del TS de 12.1.2015 es clara cuando establece que no puede privarse de acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, por desconocer los elementos determinantes de la existencia





del error en el consentimiento, circunstancia por la cual establece que *"en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo"*. Según la STS de 19.2.2018, en el caso del préstamo multdivisa, ese momento viene determinado cuando un evento permita la comprensión real de las características y riesgo real del producto, sin que las remisiones de extractos y recibos del pago de las cuotas correspondientes sean suficiente para colegir esa información clara y terminante que pudiera determinar el cabal y completo conocimiento de la causa y perjuicio producido que justificase la acción de nulidad del contrato.

En el supuesto presente, la demandada en prueba de interrogatorio del actor insistió en varias ocasiones sobre el momento en que el mismo se apercibió de su error, sin que el - pudiera precisar un momento exacto, por lo que, no habiéndose acreditado por la demandada cuál sea el día de inicio del cómputo del plazo de caducidad (ya que evidentemente no lo es el momento de contratar, tal como claramente establece el Pleno del TS en su Sentencia de 12.1.2015), procede desestimar tal motivo de oposición, en virtud del principio *pro actione*, según el cual la caducidad es una institución restrictiva de derechos que por ello debe interpretarse en atención a la mayor pervivencia del mismo.

TERCERO.- Entrando en el fondo de la pretensión ejercitada, a fin de poder resolver los hechos controvertidos, conviene hacer referencia a la más reciente jurisprudencia en torno a los préstamos hipotecarios con *cláusula multdivisa*, como el que nos ocupa. Concretamente **la STS de 15.11.2017, que incorpora a su vez la doctrina contenida en la STJUE de 20.9.2017 (caso Andriciuc)**, establece:

"1.- La sentencia del pleno de esta sala 323/2015, de 30 de junio, declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente «hipoteca multdivisa»), es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Esta ley, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, traspone la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID).

2.- La posterior sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank , asunto C-312/14 , declaró, por el contrario, que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que «no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad».





3.- Los argumentos que sirvieron de fundamento a esta decisión del TJUE fueron, sucintamente, que en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A de la Directiva MiFID (apartado 55). Estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago) (apartado 56). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (apartado 57).

Tampoco estarían comprendidas en el concepto de «negociación por cuenta propia» al que se refiere la sección A, punto 3, del anexo I de la Directiva MiFID (apartado 58) ni forman parte de la categoría de «servicios auxiliares» del anexo I, sección B, de la Directiva MiFID (apartado 62), pues esto solo sucedería si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación (apartado 63) y tales operaciones de cambio no están vinculadas a un servicio de inversión (apartado 67), ni se refieren a uno de los instrumentos financieros del anexo I, sección C, de dicha Directiva (apartado 68).

Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71).

Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisoluble de ejecución de éste (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L., asunto C-604/2011 (apartado 73).

Por último, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad (apartado 74)(...).

(...)**7.-** Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Dado que la cuestión de qué debe entenderse por





instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), **este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, del pleno de esta sala, y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.**

8.- Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria.

Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso *Banif Plus Bank*.(...)

(...)**2.-** La sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14, que excluyó la aplicación de la normativa MiFID a este tipo de productos bancarios, declaró:

«47. Dicho esto, es necesario señalar que algunas disposiciones de otros actos del Derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores pueden ser pertinentes en un asunto como el del litigio principal.

»48. Esto sucede, en particular, con las disposiciones de la Directiva 93/13 que instauran un mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esta Directiva (véase, en este sentido, la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 42)».

(...)**4.-** También la STJUE del caso *Andriuc*, declara la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en los contratos de préstamo denominados en divisas.

5.- Como primera cuestión a resolver, no puede estimarse la alegación de la recurrida, que afirma que las cláusulas controvertidas han sido objeto de negociación individual y, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 3.

Ninguna de las sentencias de instancia hace mención a la existencia de tal negociación. En la escritura pública de préstamo hipotecario consta que fue redactada conforme a la minuta facilitada por Barclays y «contiene condiciones generales de la





contratación». Tampoco consta que fueran los prestatarios quienes hicieran la selección inicial de la divisa en la que estaba representado el préstamo.

Que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo (la que los prestatarios necesitaban refinanciar), el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento «divisa extranjera» que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento «divisa extranjera» en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato (...).

(...)9.- Una vez fijada la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores y usuarios que desarrolla la Directiva sobre cláusulas abusivas, el apartado 35 de la STJUE del caso *Andriuc*, afirma que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, a las que hace referencia el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan. Y en el apartado 38 añade:

«[...] mediante un contrato de crédito, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este último se compromete, a su vez, principalmente a reembolsar, generalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos. Las prestaciones esenciales de este contrato se refieren, pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. Por lo tanto, como el Abogado General ha señalado en los puntos 46 y siguientes de sus conclusiones, el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo».

10.- Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar (...) son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.

11.- De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.





12.- En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso *Andriiciuc*, declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas:

«(...) esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

13.- La jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE.

Esta línea jurisprudencial se inicia a partir de la sentencia 834/2009, de 22 de diciembre y se perfila con mayor claridad a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, hasta las más recientes sentencias 171/2017, de 9 de marzo, y 367/2017, de 8 de junio.

14.- En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato.

Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

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

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





16.- Que la normativa MiFID no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos.

17.- En nuestra sentencia 323/2015, de 30 de junio, hemos explicado por qué los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Dijimos en esa sentencia:

«Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, **puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.**

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

18.- También declaramos en esa sentencia, como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, que la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 (...) «debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito [...]».

(...) La obligación de transparencia en la contratación de estos préstamos es preexistente a la entrada en vigor de esta Directiva puesto que deriva de la regulación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. La novedad que en esta materia supone la Directiva





2014/17/UE consiste en establecer una regulación detallada de la información a facilitar y en protocolizar la documentación en la que tal información ha de prestarse así como la forma concreta en la que debe suministrarse.

19.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C92/11, caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51, y de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, párrafo 70.

También lo hace la STJUE del caso Andriuc, cuyo apartado 48 declara:

«Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50).

20.- Esta sentencia precisa cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas:

«49. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).

» 50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras».





21.- En el presente caso, no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, puesto que no se les entregó ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la formación necesaria para poder explicar adecuadamente esos extremos del contrato.

(...)Dado que las obligaciones de información relativa a los préstamos hipotecarios en que la hipoteca recae sobre vivienda estaban ya desarrolladas por la Orden de 5 de mayo de 1994, la modificación legal significó que, desde su entrada en vigor, esa normativa sobre transparencia pasaba a ser exigible en cualquier préstamo hipotecario en que la hipoteca recayera sobre una vivienda, sin que hubiera que esperar a que se dictara una nueva normativa sobre transparencia en los préstamos hipotecarios, como pretende Barclays.

23.- Para determinar la información que Barclays debió suministrar a los demandantes tiene especial relevancia la diferenciación entre la divisa en que se denominó el préstamo, pues en ella se fijaba el capital prestado y el importe de las cuotas de amortización, a la que podemos llamar «moneda nominal», y la moneda en la que efectivamente se entregó a los demandantes el importe del préstamo y se pagaron por estos las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar «moneda funcional». En la cláusula en la que se especificaba, denominada en divisa, el capital prestado, se fijaba también su equivalencia en euros.

(...) La escritura pública de préstamo hipotecario preveía que el ingreso del capital prestado en la cuenta de los prestatarios se haría, como se hizo, en euros, y fijaba el tipo de cambio aplicado para hallar la equivalencia del capital denominado en divisa (yen japonés) con el capital que se entregó efectivamente en euros, que era el tipo de cambio de venta de esa divisa que tenía fijado el banco. Por tanto, el importe del capital del préstamo denominado en la divisa inicial, el yen japonés, era la equivalencia, al tipo de cambio fijado, del importe que los prestatarios necesitaban en euros.

La valoración del bien hipotecado contenida en la escritura se hizo en euros y la fijación de la extensión de la garantía hipotecaria se hizo también en euros.

Los prestatarios tenían sus ingresos en euros. Aunque el clausulado predispuesto por Barclays preveía la posibilidad de hacer los pagos de las amortizaciones en divisas o en euros y establecía en este último caso el tipo de cambio aplicable (tipo de cambio de compra de la divisa fijado por el banco en un determinado momento), esta segunda opción era la única que podía cumplirse de forma efectiva en la ejecución del contrato puesto que los prestatarios obtenían sus ingresos en euros.

Los apuntes en la cuenta de los prestatarios, en la que el banco ingresó el capital prestado y los prestatarios ingresaban las cuotas de amortización, se hacían en euros.

Ante el impago de las cuotas, el banco dio por vencido anticipadamente el préstamo y fijó el saldo adeudado en euros. La cantidad en euros que Barclays reclamó en concepto de capital pendiente de amortizar, después de que los prestatarios hubieran





estado pagando las cuotas mensuales de amortización durante varios años, superaba la cantidad de euros que fue ingresada en la cuenta de los prestatarios al concederles el préstamo.

Asimismo, el banco solicitó la ejecución de la hipoteca en euros, pese a que en nuestro ordenamiento es posible el despacho de ejecución en moneda extranjera (art. 577 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

25.- Lo expuesto muestra que era exigible a Barclays que hubiera informado a los demandantes sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, el yen japonés, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución (esto es, la entrega efectiva del capital a los prestatarios, el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización y la reclamación por el banco del capital pendiente de amortizar cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo, mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria).

26.- En concreto, Barclays no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa.

(...) **27.-** Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que la STJUE del caso Andriuc , en sus apartados 49 y 50, exija una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa.

28.- Barclays tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos. La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar.

(...) Este riesgo afecta a la obligación del prestatario de devolver en un solo pago la totalidad del capital pendiente de amortizar, bien porque el banco haga uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo cuando concurra alguna de las causas previstas en el contrato (entre las que se encuentran algunas no imputables al prestatario y asociadas al riesgo de fluctuación de la divisa, como veremos más





adelante), bien porque el prestatario quiera pagar anticipadamente el préstamo para cancelar la hipoteca y enajenar su vivienda libre de cargas.

29.- En el caso objeto del recurso, la materialización de este riesgo ha determinado que pese a que los prestatarios han pagado durante varios años las cuotas de amortización mensuales, al haberse devaluado considerablemente el euro frente al yen en el momento en que el banco ejerció su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, los prestatarios adeudan al prestamista un capital en euros significativamente mayor que el que les fue entregado al concertar el préstamo.

30.- Este riesgo de recálculo al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar traía asociados otros, sobre los que tampoco se informó a los demandantes. Tales riesgos estaban relacionados con la facultad que se otorgaba al banco prestamista de resolver anticipadamente el préstamo y exigir el pago del capital pendiente de amortizar si, como consecuencia de la fluctuación de la divisa, el valor de tasación de la finca llegaba a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento y la parte deudora no aumentaba la garantía en el plazo de dos meses o si el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización se elevaba por encima de ciertos límites, salvo que el prestatario reembolsase la diferencia o, para cubrir la misma, ampliara la hipoteca

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

La percepción propia de un consumidor medio que concierta un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo.

Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado considerablemente y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor.

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

(...)**33.-** Por estas razones es esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo.





También debe ser informado de la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera, porque supone también un serio riesgo para el consumidor que, pese a no haber incurrido en incumplimiento contractual, se vería obligado a devolver de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar.

34.- En el caso objeto del recurso, algunos de los riesgos sobre los que no se informó adecuadamente a los demandantes se han materializado y les han causado un grave perjuicio. Los prestatarios no solo han tenido que abonar cuotas de amortización superiores en aproximadamente un 50% al importe de la cuota inicial, pese a la bajada del tipo de interés, y han llegado a un punto en el que no han podido seguir haciendo frente a las cuotas de amortización, sino que además, al haber hecho uso el banco de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo por el impago de las cuotas, la cantidad que ha reclamado a los prestatarios, en euros, como capital pendiente de amortizar, en el proceso de ejecución hipotecaria, supera significativamente la cantidad que les fue ingresada en su cuenta en euros por la concesión del préstamo.

(...)37.- En la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, declaramos que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia.

38.- En el caso objeto del recurso, ha quedado fijado en la instancia que Barclays no hizo entrega a los prestatarios del folleto informativo y la oferta vinculante exigidos en la Orden de 5 de mayo de 1994. Por tanto, que en la escritura se afirme por el notario «que he examinado la oferta vinculante relativa a este préstamo y no he encontrado discrepancia entre sus condiciones financieras y las cláusulas financieras de esta escritura» solo puede significar que Barclays exhibió al notario una oferta vinculante que no había entregado a los prestatarios, como ha reconocido en este litigio, en el que ha negado incluso que tuviera obligación de entregarla.

39.- En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo.

(...)40.- Además de lo expuesto, en la escritura tampoco se informa sobre la naturaleza de los riesgos asociados a la denominación en divisas del préstamo. Barclays predispuso una condición general en la que los prestatarios afirmaban que conocían los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, sin precisar siquiera en qué consistían tales riesgos.

Tal afirmación, como ha resultado probado en el proceso, no se ajustaba a la realidad pues Barclays no entregó a los demandantes ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de Barclays que les atendió





carecía de la formación adecuada sobre el producto que le permitiera informar sobre su naturaleza y riesgos.

(...)**43.-** La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.

La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas, lo que les resultó perjudicial cuando el banco ejerció su facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortizar en un proceso de ejecución hipotecaria, que resultó ser superior al que habían recibido del prestamista al concertar el préstamo.

También se agravó su situación jurídica, puesto que concurrieron causas de vencimiento anticipado del préstamo previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo, por más que la causa de vencimiento anticipado que empleó Barclays para hacer uso de su facultad fuera el impago de las cuotas.

(...) la exigencia de medios de limitación del riesgo tales como la posibilidad de cambiar la divisa en la que está representado el capital del préstamo, y en concreto cambiar a la moneda en que el prestatario tiene sus ingresos, no releva al banco de sus obligaciones de información precontractual. Esta cláusula no se prevé como alternativa a la obligación de informar al prestatario sobre los riesgos. Se trata de exigencias cumulativas.

(...)**46.-** Además, la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo.

(...)**47.-** Solo se evita el hipotético riesgo de una apreciación de la divisa en el futuro. Pero si el prestatario ignora, porque no ha sido informado adecuadamente, que cuando haga uso de esa facultad de cambio de divisa consolidará el aumento de valor de la divisa en que estaba denominado el préstamo, es posible que cuando pretenda hacer uso de esa facultad porque la cuota mensual de reembolso se haya incrementado significativamente, el incremento de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar sea ya considerable.





48.- Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato.

Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización.

(...) **49.-** Por tanto, la posibilidad de cambio de divisa, aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida, ni dispensa al predisponente de sus obligaciones de transparencia en la información precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario.

Para que pueda tener alguna eficacia, el banco debe informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusula y ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato.(...)

(...) La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai , asunto C-26/13 , apartados 83 y 84).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente. (...)”

Conviene hacer referencia a la **Sentencia de la AP de Madrid de 18 de mayo de 2016**, que en referencia a la doctrina del TS y alguna jurisprudencia menor, nos recuerda que en el análisis del control de transparencia de las cláusulas insertas en las escrituras de constitución de préstamos hipotecarios, la **STS de 9 de mayo de 2013** señalaba que "la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre





transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (vigente cuando se formalizó la escritura objeto de autos y hoy sustituida por la O.M. EHA/2899/2011, 28 octubre), garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor".

La Sentencia mencionada hace referencia a la **SAP Pontevedra de 19 de febrero de 2016**, que considera que la finalidad primordial de la citada Orden es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, prestando especial atención a la fase previa o preparatoria de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, a fin de posibilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito. Además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, la Orden pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

A esa adecuada comprensión deberá coadyuvar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiéndolo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas. Al respecto, dicha Orden impone a la entidad financiera dos obligaciones básicas: a) *La entrega del folleto informativo (artículo 3.1)*. Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma. b) *La entrega de la oferta vinculante (artículo 5.1)*. La oferta se formulará por escrito, y, especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega.

El art. 7 de la Orden Ministerial añade otro elemento de protección: *el prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, si bien puede renunciar expresamente a este plazo ante el Notario autorizante que, en todo caso, deberá comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiéndolo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.*

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

a) El artículo 7.3.6 señala que en cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento





público, el Notario deberá, en el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

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

Como señala Rincón Andreu en el nº 9230 del Diario La Ley de 3.7.2018, “(...) *independientemente de alegar error o abusividad entrará en juego el deber de información de la entidad bancaria, en tanto que lo determinante será apreciar una asimetría informativa entre parte débil (consumidor) y experto (banco). Por consiguiente, este deber de información, inclusive precontractual, es una obligación que por facilidad probatoria recae a la entidad bancaria. Además, será determinante delimitar el perfil del consumidor. En este sentido, si el cliente tiene los conocimientos adecuados para comprender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, ya no concurre asimetría informativa, por lo que difícilmente prosperará la acción de nulidad.*

Sin embargo, en caso de alegar error en el consentimiento, el onus probandi incumbe al consumidor, debiendo quedar cumplidamente probado por aquel quien lo invoque que concurren los requisitos imprescindibles para la apreciación de un error-vicio invalidante del consentimiento, lo cual dificulta y puede poner en jaque la propia viabilidad de la acción. A corolario de cuanto expuesto, a la luz de la STS de 15.11.2017 que declara con una argumentación sólida la nulidad del préstamo multidivisa por la no superación del doble control de transparencia, se vislumbra que el petitum principal más plausible para los consumidores es invocar la nulidad por abusividad, dejando de lado —o relegando a petición subsidiaria— la nulidad por error en el consentimiento o por vulneración de normas imperativas”.

CUARTO.- Sentada la naturaleza del contrato que nos ocupa, con arreglo a la jurisprudencia emanada por el TJUE, hemos de destacar que aunque incumbe al actor la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado como fundamento de la acción ejercitada, corresponde, en todo caso, al Banco demandado acreditar que dio al prestatario información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación del préstamo hipotecario con la opción “*multidivisa*”, en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado. Siendo tal principio general una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, contenido en el artículo 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información





acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar.

En el presente supuesto el perfil del cliente prestatario es claramente de consumidor minorista, que trabaja por cuenta ajena en un almacén frigorífico, y no tiene más que estudios primarios, ya que dejó de estudiar en 2º de BUP, y sin que se haya acreditado que tuviera especiales conocimientos en el ámbito financiero e inversiones. Sobre la iniciativa en la contratación, el testigo -, comercial independiente que formaba parte de la “red agencial” de Bankinter, declara tajantemente que fue el actor quien solicitó realizar dicha operación, que tenía muy claro que quería este tipo de producto para su hipoteca. Añade que no promocionaba de forma activa ese tipo de operaciones, que era el cliente el que se empeñaba en cerrar ese tipo de operaciones. Valoradas estas respuestas por sí mismas, pareciera que efectivamente fuera el actor quien acudiera a la entidad (es de presumir que debida y cumplidamente informado) en demanda de la operación que finalmente suscribió, pero si atendemos a sus explicaciones en el acto de la vista, resulta fácilmente comprensible que tal iniciativa viniera mediatizada por la previa operación de hipoteca multidivisa que suscribió unos meses antes que él su ex esposa -. Así, el actor explica en el juicio que se divorció de su esposa, que vendieron la que había sido su vivienda familiar, y que ambos, por tanto, debían buscarse otra vivienda, que los compradores de la vivienda común ofrecieron su anterior vivienda a su ex esposa, que aceptó el trato, necesitando financiación para adquirirla. Fue en estos tratos con el banco para conseguir su esposa una hipoteca, cuando indica que se les habló de ese producto, por las ventajas respecto de lo reducido de la cuota de amortización porque los intereses eran más bajos que si se contrataba una hipoteca “tipo” a interés variable. Afirma el actor que su ex esposa le dijo que fuera a una reunión por una oferta de una “buena hipoteca”, ya que él también tenía previsión de financiar su futura compra, que asistió a dos reuniones con el - y que para suscribir su hipoteca sólo vio a dicho señor una vez para llevarle la documentación.

Si comparamos estas respuestas con las respuestas dadas por el testigo al pliego de preguntas planteadas por las partes, el hecho de que la iniciativa de la contratación partiera del cliente aquí queda diluido. Y ello porque, tal como refiere el -, los agentes estaban presionados por el banco para conseguir clientes, “el banco quería crecer y cualquier operación era buena”, “lo importante era captar clientes y engordar el balance”, “como sólo éramos comisionistas puros y sólo se nos pagaba por operación cerrada y aprobada por el propio banco, el sistema estaba viciado y sólo se primaba el cerrar operaciones, cualesquiera que fuesen, y la de multidivisa era una más que pasaba a generar comisión al agente”. Es un hecho importante que el actor no era cliente del banco con anterioridad, y de ahí podemos presumir que los agentes ofrecieran operaciones “a priori” ventajosas para poder captarlo. El testigo declara con claridad que se trata de operaciones difíciles y con poca explicación o detalle por parte de las entidades financieras, lo que hace que el público en general no entienda muy bien el funcionamiento y operativa de las mismas con lo que es muy raro que sea el propio cliente quien las pida, y si lo hace es porque tiene un nivel de conocimiento financiero muy elevado, o ha sido manipulado con la información en los medios de comunicación y se deja “engatusar con información poco contrastada de las posibles ventajas de operar con dichas operaciones multidivisas sin saber exactamente el riesgo que conlleva” (respuesta a la pregunta 15 que formula el banco).





Continúa el testigo declarando que desde el banco se dio poca información detallada y real al cliente, que al agente no se le dieron informaciones contrastadas ni escenarios de volatilidad sobre los riesgos de cambio para entregar y comunicar al cliente, que en caso de operaciones complicadas, el banco tenía recursos formativos suficientes (o al menos era lo que anunciaba en las reuniones con los agentes) para dar información, pero que primaba cerrar las operaciones. El testigo indica que no tenía herramientas para dibujar escenarios posibles ni sacudidas extremas del mercado de divisas, que posiblemente el banco no ofreció la correcta información que la operación requería, que la confusión del cliente en este caso estriba en que cree que sólo contrata el tipo de interés de la divisa, y no el tipo de cambio frente al euro. Que no se dio importancia a la volatilidad del tipo de cambio y no se aportó documentación sobre el posible futuro comportamiento de la divisa: “no se me facilitó ninguna información, ni herramientas ni documentación sobre la materia”. “Se le ofreció un cuadro con el pago de la cuota de cada mes, pero sin variación alguna de la misma porque nadie podía prever el cambio de divisa”. La documentación precontractual que el testigo indica que se entregó al actor consistió en las fichas comerciales del producto, sin explicaciones detalladas, similares a los “poster que hay en las entidades bancarias”. Ello es claramente insuficiente.

En suma, el que el cliente se interese en concreto por un producto no significa que el banco no tenga que informar cumplidamente sobre los contornos y riesgos del producto, lo que no hizo, como claramente asevera el testigo. Y ciertamente el banco no acredita haber facilitado por escrito y con suficiente antelación la información completa, clara, comprensible, veraz y suficiente, sobre el producto a contratar, como exige la jurisprudencia, no bastando el contenido de la escritura de hipoteca (y mucho menos el Expositivo Tercero de dicha escritura, en que se exonera de responsabilidad al banco, y se indica que el prestatario asume “los riesgos de cambio”, cuando no se ha acreditado que se informara específicamente, ni se entregara documentación alguna, sobre el significado de estos riesgos), que se firma el mismo día que se suscribe, como bien señala la parte actora.

En cuanto al *error como vicio del consentimiento*, el artículo 1.261 del CC establece como requisitos para la existencia del contrato la concurrencia del consentimiento de los contratantes, el objeto del contrato y la causa de la obligación, señalando el artículo 1.265 del expresado cuerpo legal que *será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*. Y, el artículo 1.266 de la norma de continua referencia establece 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.

Al respecto, la **Sentencia de TS de fecha 21 de noviembre de 2012**, haciendo referencia a una serie de sentencias anteriores, ha fijado una serie de pautas a la hora de analizar la concurrencia o no del vicio de consentimiento denunciado. Particularmente su fundamento de derecho cuarto señala 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. 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 quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. En definitiva, el contrato





constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo 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: I) En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. II) Que para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer además de sobre la persona, en determinados casos, sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo; y, además, el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos de incorporados a la causa. III) Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas-, y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de 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 un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses. IV) Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. V) El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que 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 a la esperanza de una ganancia. VI) El error ha de ser, además de relevante, excusable, la jurisprudencia exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

QUINTO.- Sentado todo lo anterior, debe indicarse que la parte demandada, a quien le incumbía la carga de la prueba por aplicación del apartado 6) del artículo 217 de la LEC, no ha acreditado haber efectuado simulaciones o ejemplos en cuanto a la información y las consecuencias derivadas del riesgo de fluctuación de la moneda y la paridad yen japonés/euro.





Tras el análisis de la prueba practicada (documental y testifical) e interpretación del propio clausulado del contrato de préstamo objeto de acción que regula la opción multidivisa, a la luz de las normas legales y la jurisprudencia expuestas en el presente fundamento y en los precedentes, no puede concluirse que su redacción sea lo suficientemente clara y comprensible a fin de que el prestatario consumidor, hoy actor, pudiese conocer con sencillez tanto la carga económica como jurídica que suponía el mecanismo *multidivisa* y los riesgos concretos asociados a su concreto funcionamiento, que desde luego exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Asimismo, poner de manifiesto que al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda, y que, pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódicas, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir, como ha ocurrido en el presente caso, que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario adeude al prestamista un capital muy poco inferior al inicialmente recibido al concertar el préstamo (es decir, después de casi diez años, apenas se han amortizado poco más de 6.000 euros –tras hacerse la conversión de Yenes japoneses- de capital, de los 190.000,00 euros –tras hacerse la conversión de YJ- contratados inicialmente –ver documento nº 14 septies de la documental de la contestación-) , y ello es debido a que el tipo de cambio se aplica no sólo a las cuotas periódicas de amortización, sino que supone también un recálculo constante del capital prestado en función del tipo de cambio.

Debe, finalmente, añadirse que no puede afirmarse que la cláusula multidivisa tenga un redactado sencillo y claro, que permita al común de las personas, entre las que se encuentra el demandante, apercibirse del riesgo que conlleva la contratación de un préstamo en una divisa distinta a la que usa y tiene sus ingresos habitualmente.

SEXTO.- Por lo expuesto en los precedentes fundamentos, puede afirmarse que ha quedado acreditado que ni en la fase precontractual ni en la fase contractual se ofreció al actor una información suficiente y adecuada sobre los riesgos que asumía, máxime cuando no era persona experimentada y no tenía un conocimiento financiero adecuado para comprender este tipo de contrato que firmaba, lo que implica la existencia de vicio en la prestación del consentimiento.

Consecuentemente, acreditada que la falta de una información completa y adecuada por parte de la entidad demandada sobre las características del producto suscrito por la parte actora, así como del alcance de los riesgos asumidos, de conformidad con las normas legales y jurisprudencia analizada en el fundamento cuarto anterior, entiende esta Juzgadora que se dan los presupuestos legales para afirmar que, en el presente caso, concurren los requisitos necesarios para afirmar la existencia de un *error excusable* en el actor *sobre la esencia del negocio contratado con aptitud suficiente para invalidar su consentimiento*.

Partiendo de lo expuesto, procede concluir la procedencia de la nulidad parcial del préstamo hipotecario de autos, nulidad parcial que conlleva que, sin la parte afectada, el contrato pueda subsistir, toda vez que se considera que los contenidos afectados son divisibles y separables del resto y existe base para afirmar que aún siguen concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. No hay





motivo, por tanto, para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial.

En consecuencia, deberá por no puesta la *cláusula multidivisa* y el efecto de dicha *nulidad parcial* será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la hipoteca, si bien referenciada en Euros y resultante de disminuir al importe prestado de 190.000,00 euros, las cantidades amortizadas en concepto de principal e intereses también en su conversión a Euros, tomando como tipo de referencia los fijados en la propia escritura.

SEPTIMO.- Finalmente, no resultan aplicables al presente supuesto las SSAP Barcelona, de 22.1.2018, 5.2.2018, 6.2.2018., 8.3.2018 y 13.3.2018, que invoca la parte demandada, por no concurrir en este caso los supuestos de hecho que conforman la totalidad de las circunstancias tenidas en cuenta en dichas resoluciones para desestimar la demanda del consumidor, ya que, por ejemplo, en el presente supuesto no ha quedado suficientemente acreditado que la iniciativa de la contratación partiera del actor, ni se ha acreditado de ningún modo que el demandante estuviera previamente informado por otra u otras entidades bancarias sobre la naturaleza y riesgos de operaciones como el préstamo de autos.

OCTAVO.- Conforme al art. 394 LEC, a pesar de haber estimado la demanda, no procede hacer expresa condena en costas, al considerarse que el caso enjuiciado resulta un tema jurídicamente complejo, hecho que se desprende de la jurisprudencia emanada por el ***Tribunal Supremo en sentencias del Pleno de 30-06-2015 y 15.11.2017, y del TJUE sentencias de 3 de diciembre de 2015, 20 de septiembre de 2017.***

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

FALLO

Que **ESTIMANDO INTEGRAMENTE** la demanda formulada por - contra BANKINTER, S.A., **DECLARO** la NULIDAD PARCIAL de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 26 de septiembre de 2008 en cuanto a los **contenidos relativos a la opción multidivisa**, de manera que la cantidad adeudada sea el saldo vivo de la hipoteca referenciado a Euros, y resultante de la disminución del importe prestado de 190.000,00 euros, de las cantidades amortizadas en concepto de principal e intereses también convertidos a Euros, de manera que el préstamo quede referenciado a Euros y el tipo de interés al EURIBOR y, todo ello, sin hacer expresa declaración sobre las costas del procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Barcelona (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 458 LEC).

Así por esta mi sentencia, lo acuerdo, mando y firmo.

