

Fec. Recepción: 12/04/2017 [13:17:36]
Notificado el: 13/04/2017
Letrado Direc.: SALA PLANELL, ARCADI
Cliente: [REDACTED]
Código: [REDACTED]

Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, Edifici C, planta 9 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549436
FAX: 935549536
EMAIL: instancia36.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168064234

Procedimiento ordinario ([REDACTED])

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Barcelona

Para Ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: [REDACTED] Concepto: Nº Cuenta

Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: [REDACTED] Concepto: Nº Cuenta

Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: [REDACTED]

Procurador/a: Ana Maria Soles Suso
Abogado/a: Arcadi Sala Planell Esque

Parte demandada/ejecutada: CATALUNYA BANC SA,
B.B.V.A.S.A.

Procurador/a: Ignacio De Anzizu Pigem
Abogado/a: Manuel Jesus Ledesma Garcia

SENTENCIA Nº 88/2017

Magistrada: Montserrat Hernando Vallejo

Lugar: Barcelona

Fecha: 10 de abril de 2017

Vistos por Montserrat Hernando Vallejo, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº36 de Barcelona los presentes autos de **Juicio Ordinario 269/16 de nulidad de cláusulas del contrato y reclamación de cantidad**, iniciados en virtud de demanda presentada por la Sra. M^a Ana María Soles, en representación de [REDACTED] asistido por el Sr. Arcadi Sala-Planell, frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. representada por el Sr. Ignacio Anzizu Pigem, y asistida por el Sr. Manuel Ledesma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante este Juzgado se presentó por el procurador de la parte actora demanda de Juicio Ordinario solicitando que se declarase la nulidad por vicio en el consentimiento de las cláusulas 1^a, 2^aC y D en todo lo referido a la hipoteca multidivisa suscrita entre las partes en





fecha 29-08-2008, por error en el consentimiento o dolo o, subsidiariamente, por infracción de las normas imperativas, condenando a la demandada al recálculo y reliquidación de las cuotas de la hipoteca aplicando el Euribor más un punto de diferencial, y a la devolución de 13.050'84€, más el exceso de las cuotas cobradas desde la fecha del cálculo en 27-11-2015, cantidades a las que se deberán aplicar el interés legal del dinero desde la suscripción del producto o, subsidiariamente, desde la presentación de la demanda. También solicitó la nulidad por abusiva de la cláusula SEXTA Bis D) o, subsidiariamente, por vicio del consentimiento, todo ello con expresa condena en costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada para la contestación en el plazo de 20 días. La parte demandada se opuso a lo solicitado alegando: la imposibilidad de declarar nulas solo parte de las cláusulas del préstamo hipotecario, la validez del consentimiento prestado, la no vulneración de normas imperativas, y la no abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

TERCERO.- Convocadas las partes para la celebración de la Audiencia Previa, comparecieron todas debidamente asistidas y representadas. Tras la fijación de los hechos controvertidos, ambas partes propusieron como prueba la testifical y pericial, que fue admitida.

CUARTO.- El día de la vista no se pudo practicar la testifical porque el testigo no fue localizado, y las partes renunciaron a las declaraciones de los peritos, por lo que se procedió a la exposición de las conclusiones de las partes y seguidamente quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el contrato suscrito y la normativa aplicable

No es un hecho controvertido que en fecha 29-08-2008 las partes suscribieron un contrato de préstamo hipotecario en la modalidad de hipoteca multidivisa por el importe de 29.266.164 YENES, equivalentes a 180.000€, a devolver en 30 años. La hipoteca multidivisa ha sido definida por el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 30 de junio de 2.015, que señala que "lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa " es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega





multidivisa.

En orden a la normativa aplicable, la polémica se suscita sobre si este producto está o no dentro del ámbito de la normativa MIFID. El Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 30 de junio de 2.015 se decanta decididamente por la respuesta positiva, pues, según razona, "en tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores , en relación al art. 2.2 de dicha ley . La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto".

La parte demandada opone la contradicción entre las anteriores conclusiones y lo resuelto en la STJUE de 3 de diciembre de 2.015 (asunto C-312/14), que declara que el préstamo expresado en divisas no está incluido en el ámbito de la Directiva 2004/39, de la que dimana la conocida normativa MIFID que dio origen a la modificación de la Ley del Mercado de Valores española. Al respecto debe concluirse que no existe contradicción entre ambos pronunciamientos, tal y como señala la SAP de Madrid, Sección 12, 6/2017 de 18-01-2017 que dice: "como en toda cuestión prejudicial, se ha de considerar con todo detenimiento cuál es la duda que el Tribunal remitente plantea, pues sólo sobre ella se pronuncia el Tribunal de Justicia, de modo que no cabe hacer luego extrapolaciones a otros aspectos no enjuiciados, como no sea que su ligazón con el contemplado sea evidente y palmaria.

Y en este sentido, el supuesto de hecho considerado por el Tribunal Supremo español y el Tribunal de Justicia de la Unión no son plenamente coincidentes, pues en el que se le planteó a este Tribunal por la Justicia húngara no se trataba tanto de una operación en divisas, sino referenciada en divisas, pues éstas representaban lo que el órgano remitente denomina flujo monetario ficticio, mientras que la entrega del capital y el pago por los prestatarios se hacía en la moneda nacional, representando ésta el flujo monetario real (parágrafos 22 y 23 de Sentencia).

Por eso, el Tribunal de Justicia concluye que no habiendo efectivo servicio de cambio, no es aplicable la Directiva en cuestión.





En el caso que se somete a esta Sala, así como el de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.015 ya citada, el flujo en yenes japoneses, si no se optaba en los períodos de cambio de moneda por el euro, se hacía en esa divisa, aunque se entregara luego su contravalor, y ello explica que en este préstamo se refiera incluso el capital pendiente a la moneda extranjera, pudiendo aumentar aunque se hayan hecho efectivos importes a cuenta de capital e intereses”.

Así, la hipoteca multidivisa, como instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores por lo que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto. El derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible. Incluso antes de la entrada en vigor la Directiva Europea de fecha 1 de Noviembre de 2007 existía una normativa reguladora de este deber de información. El RD 629/93 sobre normas de actuación en el mercado de valores, con referencia a la Ley 24/1988, ya obligaba a las entidades a proporcionar toda la información que pudiera ser relevante para que los clientes pudieran tomar una decisión del producto contratado. La Ley 47/07 supuso la modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para 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, 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. La Ley 47/07 hacía referencia a la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros por la que se modificaba la Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), cuya finalidad es proteger a los inversores estableciendo un régimen de transparencia para que los





participantes en el mercado puedan evaluar las operaciones.

Como declara la STS de 10 de julio de 2015 (nº 398/2015), tanto antes como después de la introducción en la legislación española de la Directiva MIFID y la modificación de la LMV, las entidades de crédito que prestan servicios de inversión debían y deben informar al cliente, especialmente al cliente minorista y con más énfasis cuando se trata de productos complejos y de riesgo, de todas las particularidades de la inversión y de sus riesgos, para que el cliente, con perfecto conocimiento, pueda manifestar su consentimiento, pues solo desde la perfecta información se habrá podido lograr la eficaz formación del consentimiento eficaz e irrevocable.

La STS de 7 de julio de 2015 (nº 376/2015) especifica además, interpretando la normativa legal y con cita de la Sentencia nº 460/2014 de 10 de septiembre , el contenido de dicho deber de información: "Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza".

Y por último, tales deberes de información integran el programa prestacional o régimen jurídico del contrato (STS Pleno nº 244/13 de 18 de abril), y si bien su incumplimiento no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error (STS nº 840/2013, de 20 de enero de 2014).

Dichas obligaciones operan incluso considerando que no se hubiese firmado entre las partes específicamente un contrato de asesoramiento, en tanto debe entenderse que la diligencia de la entidad financiera en la explicación de los productos ofertados, especialmente si son de la propia entidad, es totalmente exigible no sólo el cumplimiento del deber de información con los parámetros expuestos, sino la obligación de valorar la adecuación del producto ofertado a los intereses del cliente. En este sentido, la STS 840/13 de 20-01-2014 establece que ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los





productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto

SEGUNDO.- Sobre la posibilidad de declarar la nulidad parcial

La cuestión que constituye el objeto de este proceso es la relativa a la nulidad o validez del préstamo hipotecario en divisa extranjera, concretamente en yenes japoneses, respecto del cual, el demandante considera que se han incumplido las obligaciones de información precontractual y postcontractual que pesaban sobre la entidad financiera prestataria, de donde deduce la nulidad por vicio en el consentimiento (error y/o dolo), o por infracción de normas imperativas, ciñendo esa nulidad únicamente a las cláusulas que se refieren a la funcionalidad de la divisa en el préstamo, de modo que éste quedaría como si se hubiera concedido en euros y con interés variable referido al EURIBOR. Se plantea por la demandada la imposibilidad de declarar la nulidad parcial únicamente de las cláusulas impugnadas, cláusula primera "capital del préstamo" y segunda "amortización", por no ser meras cláusulas accesorias del contrato, sino parte esencial del mismo, sin las que no puede subsistir.

Al respecto la SAP de Madrid 27/2017, Sección 11, de 2-02-2017, entre otras, señala que la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario es compatible con la subsistencia del negocio jurídico, cuyo restante contenido es separable y reúne cuantos requisitos precisa el contrato como esenciales para su formación -consentimiento, objeto y causa-, como en casos semejantes al de autos admite doctrina legal de que es representativa la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 , con antecedente en la de 12 de noviembre de 1987 y reiteración en la de 12 de enero de 2015 , por lo que entra en escena el principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial, sin posibilidad ahora de integración o moderación conforme al artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva.

En este sentido, la SAP de Barcelona 190/16, sección 13, de 29-04-2016, resuelve que la apreciación de la nulidad de las cláusulas





impugnadas no puede volcarse sobre la totalidad del contrato, ya que:

"1.- La apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE y al fin de protección de los consumidores. La *STJUE de 14 de junio de 2012, entre otras muchas, ha declarado que la Directiva 93/13 /CEE "se opone al artículo 83 [en la redacción vigente a la fecha de la demanda que dio lugar a este procedimiento] que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Ello pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por ello hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor".*

2.- Resulta de aplicación, mutatis mutandi, la doctrina expuesta por el *TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013* sobre la nulidad parcial de los contratos. Después de recordar que a diferencia de otros, como el italiano y el portugués que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* [lo válido no es viciado por lo inválido], se indica en el apartado 265 que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del favor *negottio* en tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (*SSTS 488/2010 de 16 julio, RC 911/2006 ; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007 ; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009 ; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009*).

A continuación, la sentencia analiza el principio *utile per inutile* en condiciones generales (cuya legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir) para explicar en el apartado 268 su aplicación en contratos con consumidores: La LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "serán nulas de pleno derecho y se





tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia" y que en el artículo 6.1 dispone que "los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Finalmente, razona en el apartado 274 que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" del contrato y que el tratamiento dado a las cláusulas suelo es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa", para concluir que la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia.

3.- La inaplicación de los contenidos multidivisa es perfectamente posible en la práctica, porque el contrato permite entender que el préstamo lo fue de 221.000 euros y las partes pactaron como una de las posibilidades de ejecución del contrato que las amortizaciones pudieran realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (LIBOR más el correspondiente diferencial).

4.- La solución de la nulidad total del contrato es contraria a la finalidad de protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13/CEE y el TRLGDCU, ya que produciría un efecto mucho más perjudicial para los demandantes-consumidores que para la entidad bancaria demandada-profesional, al verse obligados a devolver es una sola vez la totalidad de un préstamo cuya devolución estaba programada en veinticinco.

Recuerda el TJUE que el artículo 6.1 de la Directiva impide al juez nacional que constata la nulidad de una cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, lo que se justifica; (i) por el interés público que se anuda a la protección de los consumidores: (ii) por la obligación de los Estados miembros de prever





medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas; y (iii) porque si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas se pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el *artículo 7 de la Directiva 93/13*, pues esa facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen (...los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de dichos profesionales.- Apartado 79).

Ahora bien, ello no impide que el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional, que se presume no contiene cláusulas abusivas. Esa medida se justifica, en primer lugar, porque es acorde con la finalidad de la Directiva: reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (apartado 82). Y en segundo lugar, porque en el caso analizado por la sentencia, si se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de su capacidad económica) de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse, porque ese efecto penaliza al consumidor más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca”.

Atendiendo a este criterio, sí se considera posible declarar la nulidad de las cláusulas impugnadas manteniendo la validez del contrato, de concurrir los requisitos necesarios para apreciar la existencia de vicio del consentimiento, lo que se procederá a analizar en el siguiente fundamento de derecho.

TERCERO.- Sobre la existencia de vicio del consentimiento

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 contratantes merecen toda la información necesaria para valorar cuál es su interés en el contrato y actuar en consecuencia,





Con mayor precisión se manifiesta la LMV tras la reforma operada por la ley 47/2007 citada. En efecto, el artículo 78 bis de la ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la ley 24/1988 del Mercado de Valores, dispone que las empresas de servicios de inversión "clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas" e "igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios". El artículo 78 ter regula las operaciones con contrapartes elegibles.

Según el art. 78 bis "Tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se presuma experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos". En particular, y conforme al texto legal, tendrán la consideración de cliente profesional, las entidades financieras (i), los Estados y Administraciones regionales (ii), los empresarios que reúnan al menos dos de las siguientes condiciones, que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros, que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros, que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros (iii), los inversores institucionales (iv), los demás clientes que lo soliciten con carácter previo y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas (v).

A contrario sensu, se consideran clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales. En el presente caso no existe prueba alguna de que el actor fuera un avezado inversor que estuviera familiarizado con el comportamiento del mercado de divisas y que supiera, ya antes de ser informado por la demandada, de los riesgos de tal mercado. Tampoco consta que se valorase por la entidad la conveniencia del producto para el actor, en tanto exige unos especiales conocimientos y no es indicado, según la pericial aportada con la demanda, para operaciones a largo plazo, en caso de personas que obtengan sus ingresos en divisa distinta a la del crédito.

Por lo que respecta a la **información proporcionada**, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exige a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de dicha Orden -artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo -artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las





cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento -artículo 7-". En el presente caso no se acredita que se proporcionara la escritura de préstamo hipotecario con carácter previo a su firma, ni que se entregase información que detallase de forma minuciosa los riesgos, ni Oferta Vinculante Completa, Folleto Informativo ni ningún documento precontractual que incidiera de forma expresa, concreta y suficiente sobre las características y riesgo de la operación.

En cuanto a la información que consta en la escritura, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 3ª), de 20 de julio de 2016, "la redacción de la cláusula multidivisa de autos no permitía a los prestamistas hacerse una idea completa de las consecuencias que la fluctuación del valor de cambio de la moneda podía tener en las obligaciones que asumían. No es de comprensión fácil, sino más bien una idea contra intuitiva, que el prestamista haya de restituir, como consecuencia del préstamo una cantidad mayor a la que resulta de sumar capital e intereses inicialmente pactados, y esto es, precisamente, lo que podía ocurrir con el préstamo multidivisa, y que la cláusula en cuestión no explica con suficiente claridad. La continua referencia al "contravalor del préstamo" no advierte a los prestatarios con la suficiente claridad -recuérdese que el TJUE exige una claridad más allá de lo gramatical- sobre las consecuencias de la volatilidad del cambio de divisas, sujeto a frecuentes altibajos, y de que la fluctuación de la moneda podía afectar no solo a la cuota sino también al capital".

Por lo que respecta a la información verbal, no se ha acreditado de ningún modo que se explicase al cliente los concretos riesgos de fluctuación de la divisa, ni se hicieran simulaciones sobre posibles escenarios de variación de divisas.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Tal y como se señala en la STS 840/2013 de 20-01-2014, por sí mismo el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se

Datos de identificación: Notario de Mallorca, ICA3, Calle de la Constitución, 1, 07100, Palma de Mallorca, Islas Baleares. Teléfono: 971 22 22 22. Fax: 971 22 22 22. Correo electrónico: notario@notario.mallorca.es. Web: www.notario.mallorca.es.





apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba no era correcta. En cuanto a la excusabilidad, la STS 210/2016 de 25-02-2016 señala que quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como se resuelve en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 460/2014, de 10 de septiembre , «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».

La actuación de la entidad bancaria determina que se pueda hablar en este caso de un error invalidante del consentimiento imputable a la demandada que no actuó con la diligencia exigible ni de acuerdo con la normativa aplicable a la hora de informar al cliente acerca del riesgo del producto, teniendo en cuenta los concretos conocimientos y experiencia inversora de la parte actora. Por todo ello, procede declarar la nulidad de las cláusulas 1ª, 2ªC y D en todo lo referido a la hipoteca multidivisa suscrita entre las partes en fecha 29-08-2008, por error en el consentimiento, por lo que deberá procederse al recálculo y liquidación de todas las cuotas de la hipoteca, inclusive las de amortización, desde el momento de suscripción de la misma, referenciando su totalidad al EURIBOR más 1 punto de diferencial, tal y como consta en la escritura de préstamo. La suma a pagar hasta el 21-11-2015 será de 13.050'84€, más las cantidades percibidas por la demandada en exceso desde la referida fecha de cálculo, con los intereses legales desde la presentación de la demanda.

CUARTO.- Sobre la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado

En segundo lugar se solicita la nulidad de la cláusula SEXTA BIS contenida en la escritura de autos relativa a las causas de resolución anticipada en el que se señala en el punto d) que la falta de pago de





una cuota de intereses o amortización o de la prima del seguro, una vez transcurridos 30 días desde su respectivo vencimiento permitiría a la demandada dar por vencido el crédito hipotecario y reclamar las cantidades que correspondan.

La sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 , y en relación con la cláusula de vencimiento anticipado , había señalado en su apartado 73 que: "*En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo*".

En igual sentido, el auto del Tribunal Superior de Justicia Europeo de 14 de noviembre de 2013, había indicado que: "*La directiva 93/13/ CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, que no permite al juez que conoce de la ejecución, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria , ni examinar, ya sea de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato del que se deriva la deuda reclamada y que sirve de fundamento al título ejecutivo, ni adoptar medidas cautelares, en particular la suspensión de la ejecución, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del correspondiente proceso declarativo, quien es competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula.*

El artículo 3, apartados 1 y 3 de la Directiva 93/13 y los puntos 1, letras e) y g) y 2 letra a), de su anexo deben interpretarse en el sentido de que, con el fin de examinar el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario, como la controvertida en el litigio principal, reviste en particular una importancia esencial:

- La cuestión de si la facultad del profesional de resolver





unilateralmente el contrato depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate;

- La cuestión de si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo;

- La cuestión de si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que resulte más difícil para el consumidor, a la vista de los medios procesales de que dispone, el acceso a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa, y

- La cuestión de si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos de la resolución unilateral del contrato de préstamo.

En consecuencia, los parámetros a tener en cuenta en el examen, en abstracto, del posible carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado son los siguientes:

- a) Naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato.
- b) Carácter esencial o no del incumplimiento tomando en cuenta la duración y cuantía del préstamo
- c) Legislación nacional para determinar si el consumidor sujeto a la aplicación de esta cláusula puede evitar los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Tal y como se señala en la *Sentencia del Tribunal Supremo Nº 79/2016 de 18 de febrero de 2016*, sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares pues, aunque pueda ampararse en disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, como el pago de intereses, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o





temporalmente graves.

Por ello, procede acceder a la petición de la actora y declarar nula la referida cláusula por abusiva.

QUINTO.- Costas

En cuanto a las costas, dada la estimación total de la demanda y en virtud de lo dispuesto en el art. 394 LEC, procede su imposición a la parte demandada.

SEXTO.- Recurso

Por lo que respecta al recurso procedente será de aplicación lo establecido en los Art. 455 y siguientes de la LEC.

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

FALLO

Que estimando la demanda presentada por la Sra. M^a Ana María Soles, en representación de [REDACTED] asistido por el Sr. Arcadi sala-Planell, frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. representada por el Sr. Ignacio Anzizu Pigem, y asistida por el Sr. Manuel Ledesma.

1. Declaro nulidad de las cláusulas 1^a, 2^aC y D en todo lo referido a la hipoteca multidivisa suscrita entre las partes en fecha 29-08-2008, por error en el consentimiento, por lo que deberá procederse al recálculo y liquidación de todas las cuotas de la hipoteca, inclusive las de amortización, desde el momento de suscripción de la misma, referenciando su totalidad al EURIBOR más 1 punto de diferencial, tal y como consta en la escritura de



