

Roj: **SJPI 3/2013 - ECLI:ES:JPI:2013:3**Id Cendoj: **28079420972013100001**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Madrid**Sección: **97**Fecha: **04/02/2013**Nº de Recurso: **304/2012**Nº de Resolución: **15/2013**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **SAGRARIO ARROYO GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 97 MADRID

C/ PRINCESA NUM 3 PLANTA 7

91.443.78.86

91.443.78.80

V2984

N.I.G. 28079 30 1 2012 0044032

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 304 /2012

Sobre

De D/ña. Guillermo

Procurador/a Sr/a. JOSÉ RAMÓN CERVIGON RUCKAUER

Abogado/a Sr/a. SIN PROFESIONAL ASIGNADO

Contra D/ña. KUTXABANK,S.A

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

Abogado/a Sr/a. SIN PROFESIONAL ASIGNADO

SENTENCIA N° 15/13

En Madrid a cuatro de febrero del dos mil trece.

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

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Que por la meritada representación del actor, se formuló demanda, que tras su oportuno reparto correspondió a este juzgado, y en la misma, tras los hechos y los fundamentos que estimaba aplicables, terminaba suplicando al juzgado se tenga por entablado juicio declarativo ordinario en ejercicio de la acción de nulidad del clausulado multidivisas, y subsidiaria de anulación del clausulado multidivisas, de las escrituras de préstamo con hipoteca y de novación modificativa de préstamo hipotecario, otorgadas ambas ante el Notario de Madrid Don Celso Méndez Ureña, con números NUM005 y NUM006 de orden de su protocolo, y en ambos casos por ejercitada acción de restitución de las cantidades indebidamente cobradas, y en su día, tras sus trámites, y en mérito de lo expuesto dicte sentencia por la que sirva:

- A) Acordar la nulidad del precitado clausulado multidivisas.
- B) Acordar que a los fines de restitución la cantidad debida es la de 704.691,45 euros, resultado de restar el capital pagado (44.829,58 euros) y la comisión de cambio (8.129,27 euros) que nunca debió ser necesaria, si ha aumentado la deuda es por causa de la demandada que no va a ser premiada por los daños patrimoniales y morales causados al demandado por su culpa.
- C) A estas cantidades habrán de añadirse los intereses indebidos, por lo que de conformidad con la regla de para quien resulta más fácil obtenerlo, presente un cuadro de amortización inicial y otro actual a fin de determinar la diferencia.
- D) Fijar la deuda en euros
- E) Referenciar el tipo al EURIBOR.
- F) Declarar abusivas las cláusulas Sexta bis g), k), n) y decimoquinta.
- G) Condenar en costas a la demandada.

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

SUPLICO AL JUZGADO: Dicte sentencia por la que sirva:

- A) Acordar que se anule el clausulado multidivisas objeto del presente procedimiento.
- B) Acordar que a los fines de restitución la cantidad debida es la de por las razones antedichas.
- C) A estas cantidades habrán de añadirse los intereses indebidos, por lo que de conformidad con la regla de para quien resulta más fácil obtenerlo, presente un cuadro de amortización inicial y otro actual a fin de determinar la diferencia.
- D) Fijar la deuda en euros
- E) Referenciar el tipo al EURIBOR.
- F) Declarar abusivas las cláusulas Sexta bis g), k), n) y decimoquinta.
- G) Condenar en costas a la demandada.

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

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

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



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

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

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

D) La procedencia de fijar la deuda en euros

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

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

G) Condenar en costas a la demandada.

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

SUPLICO AL JUZGADO: Dicte sentencia por la que sirva:

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

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

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

D) La procedencia de fijar la deuda en euros

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

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

G) Condenar en costas a la demandada.

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

SEXTO: Que citadas las partes a la AUDIENCIA PREVIA prevenida en los artículos 414 y siguientes de la L.E.CIVIL , se llevó a efecto en el día y hora señalado, compareciendo debidamente las actoras de los procedimientos acumulados y la demandada, los Procuradores con poder especial, y los letrados; manifestando que el litigio subsiste y que no había posibilidad en que se lograra acuerdo entre las partes; sin que se hayan formulado excepciones procesales; por el letrado de las actoras se efectúan alegaciones complementarias y se aportan documentos, y tras su traslado a la demandada, se unen los documentos aportados excepción hecha del contrato de servicios de inversión de persona ajena a las actuaciones; por los abogados de las partes se efectuaron manifestaciones sobre los documentos aportados de contrario, a los efectos del artículo 427 LECivil , por los letrados de partes procedieron a exponer y fijar los hechos, reiterándose



en sus respectivos escritos de alegaciones, si bien por la parte actora se aclara que respecto del apartado A) del suplico de las demandas ha de estarse al que figura en la demanda acumulada. Seguidamente se acuerda el recibimiento a prueba. Por el letrado de los actores se propusieron las siguientes pruebas; Documental aportada con la demanda, la que se aporta en este acto, testifical de doña Clemencia y pericial de don Primitivo . Por el letrado de la demandada se propusieron las siguientes pruebas: la documental aportada con sus contestaciones, la que se aporta en este acto, interrogatorio de los actores y testifical de da Clemencia y don Luis Manuel ; y tras la declaración de pertinencia de las pruebas propuestas por ambas partes se acuerda señalar fecha para la celebración del juicio.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

"En todo caso la parte prestataria correrá con el riesgo del cambio derivado de las fluctuaciones que pueda experimentar la divisa, en su relación con el euro. Por ello si las obligaciones de pago contraídas por la parte prestataria fuesen satisfechas con posterioridad al día de su vencimiento, las partes convienen como cláusula de estabilización, que la diferencia en contra de BBK, motivada por la variación del cambio entre dicha fecha de vencimiento y el día en que efectivamente se efectúe el pago, ya voluntaria, ya judicialmente, será liquidada adicionalmente y satisfecha por la parte prestataria.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

Con fecha 27 de noviembre del 2009 ante el notario de Madrid don Celso Méndez Ureña, al nº 5932 de su protocolo, entre Bilbao Vizcaya Kutxa (en la actualidad la demandada) y como prestarlo don Guillermo , en su propio nombre y en representación de su esposa doña Brigida , se otorga escritura de novación modificativa del préstamo hipotecario por la que se establece un periodo de carencia de amortización del capital de dos años con efectos desde el 29 de agosto de 2009 (documento 25 de la demanda).

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

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

De conformidad a la transcripción que hemos efectuado nos encontramos ante una hipoteca con opción multidivisa en la que el préstamo se concede en una moneda distinta al euro (en este caso el yen japonés), si bien en cuanto a su devolución los prestatarios pueden optar, en la forma establecida, por convertir, el importe pendiente de amortizar, en Euros, Libras Esterlinas, Francos Suizos, Dólar USA o Yenes Japoneses. De igual manera, la opción multidivisas, también conlleva modificaciones respecto de los intereses variables, pues de optarse por el pago en euros, se aplicará el tipo de interés anual resultante de adicionar al tipo EURIBOR un margen de 0,60 puntos, mientras que en los demás supuestos se aplicará el tipo de interés nominal anual resultante de adicionar al tipo LIBOR un margen de 0,60 puntos.

En consecuencia, por la propia estructura del préstamo con opción multidivisas, nos encontramos ante un producto complejo, tanto respecto de los intereses variables, así el Libor (Mercado interbancario de Londres) en el supuesto de no amortizarse en euros, como respecto a las variaciones en el tipo de cambio de las



diferentes monedas en el mercado de divisas, elementos ambos con múltiples variables y de difícil predicción. De ahí que a los efectos del artículo 19 de la Ley 36/2003 se suscriba un seguro sobre el tipo de cambio, algo que no consta se efectuara en el presente supuesto.

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

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

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

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

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

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1.994, vigente cuando se celebró el contrato de préstamo (pues fue derogada por la de 28 de octubre de 2.011), exigía en su artículo 3 que se entregase un folleto informativo a quienes fuesen a concertar un préstamo hipotecario, ajustado a lo establecido en el anexo I de la orden. El artículo 5 obligaba a entregar también una oferta vinculante, con la información a que se refiere el anexo II de la orden; oferta que debía ser entregada cuando menos tres días antes del otorgamiento del contrato, pues en ella debía advertirse del derecho a examinar el proyecto de documento contractual con la antelación de tres días a que se refiere el número dos del artículo 7 de la repetida orden. Esta imponía su aplicación a las operaciones de préstamo hipotecario con un principal superior a 25 millones de pesetas, pero el apartado a) del artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito determina que la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos. La información previa, se regula en el apartado h) de este artículo 48.2, y evidentemente se refiere a la transparencia de la operación al disponer "Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y,



cuando pueda verse afectada, a su situación financiera" (Letra h) del número 2 del artículo 48 introducida por el número 2 del artículo 1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre).

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

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

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

Con relación al error, hemos de distinguir entre el error obstativo y el error como vicio de consentimiento, pues aquél sí produce la inexistencia (o nulidad radical o absoluta) del negocio jurídico, al respecto Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 Abril 2001, recurso 335/1996 "CUARTO. Ha de añadirse a lo dicho, que según ya tuvo ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 22 diciembre 1999 , es preciso establecer una sustancial diferencia entre el error-vicio de la voluntad, regulado en el artículo 1266 del Código Civil , el cual provoca la anulabilidad de los contratos, que únicamente puede ser instada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos -salvo que sean quienes han producido dicho error- y el error obstativo, con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales". En cuanto al error como vicio del consentimiento a los efectos del artículo 1266 Código Civil , respecto del mismo se ha de exigir que sea esencial y a su vez no imputable a quien lo padece, en la interpretación reiterada por la jurisprudencia, así STS 23 de junio 2009, recurso 230/2005 "Debemos precisar que, para anular el contrato por error de uno de los contratantes, no exige expresamente el artículo 1.266 del Código Civil que aquel sea excusable, pero sí lo hace la jurisprudencia - sentencias de 7 de abril de 1.976 , 21 de junio de 1.978 , 7 de julio de 1.981 , 4 de enero de 1.982 , 12 de junio de 1.982 , 15 de marzo de 1.984 , 7 de noviembre de 1.986 , 27 de enero de 1.988 , 14 de febrero de 1.994 , 6 de noviembre de 1.996 , 30 de septiembre de 1.999 , 12 de julio de 2.002 , 24 de enero de 2.003 , 12 de noviembre de 2.004 , entre otras muchas - al examinar el vicio no sólo en el plano de la voluntad, sino también en el de la responsabilidad y la buena fe - en su manifestación objetiva - y al tomar en consideración la conducta de quien lo sufre. Por ello, se niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto producida, se concede dicho amparo a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida", y STS 22 de mayo de 2006, recurso 3355/1999 "Se sitúa por tanto la discrepancia de la parte recurrente con la sentencia impugnada en el ámbito de la interpretación de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil , ya que el primero considera nulo el consentimiento prestado por error y el segundo exige para que el error invalide el consentimiento que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre



aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Es cierto que dichos artículos no declaran la inexcusabilidad del error como requisito para que produzca efectos invalidantes. Como ya señaló la sentencia de esta Sala de 4 de enero de 1982, con cita de las de 14 junio 1943, 11 marzo 1964, 8 junio 1968 y 7 abril 1976, se trata de un elemento que la jurisprudencia exige pese al silencio del Código Civil y que está presente en el campo del derecho foral (Ley 19, párrafo 2º, del Fuero Nuevo de Navarra), en virtud del cual se niega al error la eficacia invalidante del contrato cuando pudo ser salvado empleando una diligencia media o regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el artículo 1.484, in fine, del Código Civil para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (artículo 1.258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar. Como la misma sentencia se encarga de advertir, las particularidades del caso en orden a la excusabilidad del error han de ponderarse "desde el ángulo de la "bona fides" y del principio de confianza, a los que habrá de darse la relevancia que merecen en el tráfico jurídico", teniendo en cuenta siempre que la necesidad de excusabilidad del error - supuesta la existencia del mismo- tiene como finalidad primordial la protección del lógico y lícito interés negocial de la otra parte. A tal respecto la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2004 que recoge textualmente la doctrina sentada, entre otras, por la de 12 de julio de 2002, señala que el error "será determinante de la invalidación del contrato únicamente si reúne dos fundamentales requisitos: a) ser esencial porque la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste; y b) que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración", como ya señalaban las sentencias de 18 de febrero y 3 de marzo de 1994".

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

La ausencia de información respecto de doña Brigida es absoluta, y no sólo porque así lo manifieste en el interrogatorio efectuado en el acto del juicio, sino porque también se reconoce por doña Clemencia (representante de la entidad demandada) y que como directora de la sucursal llevó los trámites de concesión del préstamo hipotecario multidivisas, reconociendo, de manera expresa, que nunca conoció a doña Brigida personalmente. Respecto del Sr. Guillermo la indicada doña Clemencia manifiesta que el préstamo hipotecario multidivisas es un producto residual a petición del cliente, la concesión se inició en otoño del 2007 (septiembre-octubre) para la cancelación de las hipotecas de sus viviendas en Madrid y Estepona, reconoce el correo electrónico de 20 de febrero del 2008 (aportado en el acto de la audiencia previa) en el que se les apremia para suscribir el préstamo multidivisa, documento que también ha sido reconocido por el Sr. Guillermo en el interrogatorio efectuado. El testigo don Luis Manuel, empleado de la demandada, nada añade pues fue a partir del 1 de enero del 2011 cuando toma contacto con los actores por el impago de cuotas.

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

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

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



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

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

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

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

De todas estas pruebas se ha de derivar que la demandada no cumplió con el deber de información, y esto con independencia del poder adquisitivo de los actores, o que por doña Brigida se abonase la tasación de la vivienda, o los hechos posteriores, así el cambio de yenes a francos suizos el 2 de diciembre de 2008, o que se pretendiera un nuevo cambio en abril de 2009, siempre y cuando todas estas circunstancias no pueden suplir la falta de información tanto precontractual como en el momento de suscribir el contrato.

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

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



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

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

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

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

Al estimar que nos encontramos ante un supuesto de nulidad relativa, en cuanto a la opción multidivisa, que por la relevancia o esencialidad de la misma claramente se expande y está vinculada a todo el negocio, y su supresión altera por completo la economía del contrato, ello nos ha de llevar a aplicar la nulidad de la totalidad del préstamo hipotecario y su novación (en cuanto a la carencia de amortización de capital por dos años), con los efectos del artículo 1303 Código Civil , al respecto así STS 15 de abril 2009, recurso 1365/2005 "y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la ley (sentencias de 10 de junio de 1952 , 22 de noviembre de 1983 , 24 de febrero de 1992 , 6 de octubre de 1994 , 9 de noviembre de 1999). Por consiguiente cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de la celebración (sentencias de 29 de octubre de 1956 , 22 de septiembre de 19889 , 28 de septiembre de 1996 , 26 de julio de 2000), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (sentencias de 7 de octubre de 1957 , 7 de enero de 1964 , 23 de octubre de 1973). El art. 1303 del Código Civil se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (sentencias de 9 de febrero de 1949 y 18 de febrero de 1994) y el precio con sus intereses (sentencia de 18 de febrero de 1994 , 12 de noviembre de 1996 , 23 de junio de 1997), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta su aplicación a otros tipos contractuales", Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 22 Mayo 2006, recurso 3002/1999 "La acción emprendida es, a criterio de la Sala, de nulidad, y se ha de aplicar el artículo 1303 del Código Civil , a tenor de cuanto ha establecido la más reciente jurisprudencia (Sentencias de 11 de febrero de 2003 , de 13 de diciembre de 2005 y de 24 de marzo de 2006). Como dice esta última "... el régimen jurídico que establece el artículo 1303 CC , mediante el que se trata de conseguir que las partes vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante (Sentencias de 26 de julio de 2000 y de 13 de diciembre de 2005), nace de la ley y no necesita petición expresa (Sentencias de 24 de febrero de 1992 , de 20 de junio de 2001 , de 11 de febrero de 2003), por lo que es apreciable de oficio, no exasperando el ámbito del principio iura novit curia por "no representar alteración en la armonía entre lo suplicado y lo concedido" (Sentencias de 22 de noviembre de 1983 , de 24 de febrero de 1992 , de 13 de diciembre de 2005, y las que allí se citan)..." y Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 24 Febrero 1992 "Es doctrina reiterada de esta Sala sentencias de 7 de octubre de 1957 , 7 de enero de 1964 , 23 de octubre de 1973 , 22 de noviembre de 1983 , 17 de junio de 1986 y 22 de septiembre de 1989 que declarada la nulidad de un contrato procede la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, a tenor del art. 1303 del Código Civil , habiendo declarado la sentencia de 18 de enero de 1904 que "corroboraba este criterio la jurisprudencia de esta Sala, referida a la nulidad absoluta o inexistencia, que ha declarado que las restituciones a que se refiere el art. 1303 sólo proceden, incluso tratándose de contrato nulo o inexistente, cuando ha sido declarada la nulidad", obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato sentencia de 10 de junio de 1952 , por lo cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio "iura novit curia", sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito, el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra sentencia de 22 de noviembre de 1983 . Al no haber acordado la sentencia recurrida, confirmatoria de la de primer grado, la



recíproca restitución que impone el art. 1303 citado, ha incurrido en la infracción denunciada por lo que procede la estimación del motivo así como la casación y anulación parcial de la sentencia de apelación y la revocación parcial de la de primera instancia y acordar la restitución de la cosa y precio, objeto de la compraventa que se declara nula, con sus frutos e intereses que se determinarán en ejecución de sentencia".

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

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

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

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

FALLO

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

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

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

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

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

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

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



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ