

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9
SALAMANCA**

Laura Nieto Estella
PROCURADORA
25-09-2017
NOTIFICACION

SENTENCIA: 00193/2017

PLAZA DE COLÓN S/N
Teléfono: 923284650/51, Fax: FAX 923284657
Equipo/usuario: 10
Modelo: N04390

N.I.G.: 37274 42 1 2016 0009471

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000967 /2016

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. IS [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. LAURA NIETO ESTELLA
Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. BANKINTER SA
Procurador/a Sr/a. JOSE MIGUEL RAMOS POLO
Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A N° 193/2017

En Salamanca, a veinte de septiembre de dos mil diecisiete.

El Ilmo. Sr. D. GABRIEL MARÍA POLANCO SOLANO, Magistrado en el Juzgado de Primera Instancia Número Nueve de Salamanca, en relación al presente Procedimiento de Juicio declarativo ordinario, registrado con el número 967/2016, en el que figura como demandante, [REDACTED], representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Laura Nieto Estella y asistido por el **Letrado Don Aitor Martín Ferreira**; y como demandada, la entidad BANKINTER, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Don José Miguel Ramos Polo y asistida por el Letrado Don Ignacio Esmorís Ruiz de Alegría; procede al dictado de la presente sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por la representación procesal de la parte actora se presentó demanda de juicio declarativo ordinario frente a la entidad BANKINTER, S.A. en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, terminaba con la súplica de que se dicte sentencia en la que:

1.- *Se declare la NULIDAD PARCIAL del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por las partes el día 28 de julio de 2.008, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa concretamente en "CLAUSULA 3ª A) EN DIVISAS", declarando, asimismo, que la cantidad adeudada por el demandante es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado de CIENTO QUINCE MIL EUROS (115.000 €) las cantidades amortizadas hasta la fecha en concepto de principal e intereses, también convertidas en euros, y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo lo fue por 115.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la Cláusula 3º Apartado B) de la escritura (EURIBOR a un mes + diferencial 0,60%), condenando a la demandada a realizar el recálculo.*

Cantidad que deberá determinarse en EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

Asimismo, se condene a dicha entidad bancaria a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella derivasen.

2.- *SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de que no prosperase la petición contemplada en el punto 1.-; se declare la NULIDAD*

TOTAL DEL CONTRATO de préstamo con garantía hipotecaria firmado por las partes el día 28 de julio de 2.008, y se condene a la entidad demandada a otorgar un nuevo préstamo hipotecario tradicional en euros, aplicando las mismas condiciones pactadas en la escritura objeto de la presente litis, en relación con los intereses que se fijan en EURIBOR a un mes + 0,60 de diferencial, descontando la cantidad ya amortizada hasta la fecha en euros, así como a estar y pasar por esta declaración, asumiendo todos los gastos que de ella se derivasen.

Todo ello, con imposición, en caso de oposición, de las costas generadas a la parte demandada por su temeridad y mala fe, al obligar a mi mandante a acudir a la vía judicial para hacer valer sus derechos, a pesar de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión que nos ocupa.

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda se participó traslado de la misma a la parte demandada para que compareciera y la contestara, lo que efectivamente realizó por medio de escrito presentado por su representación procesal en el que, en base a los hechos y fundamentos que igualmente tuvo por conveniente, se opuso a la demanda interpuesta e interesó la desestimación de la pretensión ejercitada.

TERCERO. Convocada la audiencia previa prevista en la Ley, ésta se desarrolló en la forma que consta en el acta y grabación, y en la que las partes se ratificaron en sus escritos iniciales y propusieron la prueba de que pretendían valerse, sobre cuya admisión decidió el juzgador lo que tuvo por conveniente, señalando día y hora para la celebración del acto del juicio oral.

CUARTO. Y el día señalado se celebró el juicio, en el que se practicaron por su orden las pruebas admitidas en la anterior audiencia, verificado lo cual, y evacuado por las partes el trámite legal de conclusiones, el pleito resultó pendiente de dictar sentencia.

QUINTO. En la sustanciación del proceso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Posiciones de las partes.

- El demandante, D. Ismael [REDACTED], alega que es una persona que se dedica laboralmente a la venta de muebles de cocina y electrodomésticos en una empresa familiar, sin poseer conocimientos específicos en materia bancaria o financiera, con un perfil ahorrador y conservador, y que tenía contratado un préstamo hipotecario tradicional con la entidad BANCO SANTANDER S.A. destinado a financiar la adquisición de su vivienda. Refiere que, como consecuencia de la buena relación que el actor y su familia mantenían con los empleados de la entidad demandada BANKITER, S.A., en donde la empresa familiar disponía de sus cuentas profesionales, D. Ismael accedió por iniciativa de los empleados de la entidad demandada a trasladar su hipoteca a BANKINTER, pues así se lo recomendaron tales empleados por razón de las ventajas que suponía para el prestatario la modalidad de préstamo hipotecario que le ofrecía la entidad, ya que le aseguraron

que con dicha modalidad de préstamo el actor iba a pagar una cuota mucho menor, con un interés también más bajo, y unas condiciones en términos generales también mucho más ventajosas. Alega que, en base a esa mera información verbal, y a la confianza que tenía depositada en la entidad bancaria, accedió a trasladar su hipoteca a BANKINTER, quien se subrogó en la posición jurídica que anteriormente ocupaba la entidad BANCO SANTANDER, suscribiendo el día 28 de julio de 2008 con la entidad demandada un préstamo con garantía hipotecaria en la modalidad denominada "MULTIDIVISA", por un importe en concepto de principal de 115.000 euros, cantidad equivalente a 19.633.996 YENES japoneses, siendo que a dicha fecha, 1 euro equivalía a 170,73 YENES. Refiere que por parte de la entidad no se le entregó ejemplar de oferta vinculante, como tampoco se informó al prestatario del carácter complejo de esta especie de productos, ni del riesgo de alta volatilidad que les es inherente, ni tampoco de la alta probabilidad, conocida por la entidad bancaria a la fecha de la firma del contrato, de que el YEN japonés se revalorizase en relación con el EURO a corto y medio plazo, como de hecho así sucedió. En esta línea, refiere que a los solos tres días siguientes a la firma del contrato de préstamo, el EURO ya se había devaluado en relación al valor del YEN, pues pasó a equivaler 169,20 YENES, lo que suponía que tan solo tres días después de la firma de la escritura de préstamo el demandante ya no debía los 115.000 euros que en concepto de principal figuraban en la escritura, sino 116.040 euros, situación que perduró y se fue paulatinamente agravando, hasta el punto de que a fecha 31 de Julio de 2012, el euro se había depreciado todavía más, hasta el punto de equivaler tan solo a 95,93 YENES, lo que suponía que aplicando la misma fórmula de conversión antedicha el prestatario ya no debería los 115.000 euros iniciales, sino 181.597,84 euros, a pesar de todas las cuotas que, por importe

de 450 euros mensuales, el demandante había ido pagando mes a mes hasta ese momento desde la fecha de firma de la escritura de préstamo. Alega que la parte demandada no entregó ni facilitó al actor documentación informativa alguna en fase precontractual, ni se efectuaron simulaciones de escenarios diversos en los que se contemplara la devaluación del EURO y la posible revaloración del YEN, limitándose la entidad bancaria a destacar las virtudes y beneficios de esta modalidad de préstamo hipotecario, pero ocultando los riesgos inherentes al mismo. En consecuencia, solicita la declaración de nulidad parcial del contrato de préstamo en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, concretamente en "CLAUSULA 3ª A) EN DIVISAS", declarando, asimismo, que la cantidad adeudada por el demandante es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado de CIENTO QUINCE MIL EUROS (115.000 €) las cantidades amortizadas hasta la fecha en concepto de principal e intereses, también convertidas en euros, y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue por 115.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros conforme a las previsiones contenidas en el suplico de su escrito de demanda, por considerar que la referida estipulación constituye una cláusula abusiva que implica una vulneración de la normativa de protección del consumidor o, subsidiariamente, solicita que se declare la NULIDAD TOTAL DEL CONTRATO de préstamo con garantía hipotecaria firmado por las partes el día 28 de julio de 2.008, y se condene a la entidad demandada a otorgar un nuevo préstamo hipotecario tradicional en euros, aplicando las mismas condiciones pactadas en la escritura objeto de la presente litis. Refiere también que el incumplimiento por parte de la entidad demandada de sus deberes legales de transparencia e información hacia su

cliente ha dado origen a la existencia de error como vicio de la voluntad en el ánimo interno del demandante, originado como consecuencia de un dolo omisivo imputable al modo de proceder por parte de la entidad bancaria en todos los contenidos relacionados con la multidivisa.

- La parte demandada, por el contrario, se opone a la demanda. Alega que los contratos conocidos comúnmente como "Hipotecas Multidivisa", son contratos plenamente lícitos y ajustados a la legalidad vigente, que no pueden ser calificados como productos complejos, ni como productos de inversión, no sometidos en consecuencia a las exigencias de la Legislación del Mercado de Valores ni a la normativa comunitaria "MiFID", por lo que no es necesaria la práctica de los tests "MiFID" de conveniencia ni de idoneidad, ni la entidad debe prestar en consecuencia labor alguna de asesoramiento, conforme ha declarado recientemente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de diciembre de 2015, expediente C 312/14, y refiere que tales "Hipotecas Multidivisa" simplemente constituyen una modalidad de préstamo que, en el caso del préstamo hipotecario, se caracteriza porque su única especialidad reside en que la entidad concede un préstamo a su cliente en una divisa extranjera, elegida por éste, y el prestatario o cliente asume a su vez la obligación de devolver el importe del préstamo mediante el pago de las cuotas en dicha divisa extranjera, o en cualquier otra divisa, incluida el EURO, que el prestatario determine de manera potestativa para él, y obligatoria para la entidad, a elección del cliente, nueva divisa a la que el prestatario puede cambiar en cualquier momento posterior y durante toda la vida del préstamo, incluido al Euro, en cuyo caso el tipo pasaría

automáticamente a calcularse conforme al Índice EURIBOR establecido para la "Zona Euro" más un diferencial de 0,60 puntos porcentuales, siendo el único riesgo que asume el prestatario en un momento dado si el mercado financiero cambiase, como sucedió en el presente caso, y los beneficios de la divisa elegida por el cliente no se dieran, o podrían incluso ser desfavorables para sus intereses, lo que nada impide a que el prestatario pueda cambiar la divisa elegida originariamente por otra divisa en cualquier momento que le resulte más favorable. Refiere que, en base a este planteamiento, el demandante optó por suscribir su préstamo hipotecario en la modalidad de "Multidivisa" en el año 2008, porque en aquel momento la referencia a la divisa "YENES" le era mucho más favorable que la suscripción de un contrato de préstamo convencional, dado el valor del cambio a EUROS que tenían los YENES en aquel momento, pues en otro caso habría de haber satisfecho mayor cantidad por cuota mensual de haber suscrito un préstamo hipotecario tradicional en euros. Refiere también que no es cierto que la deuda contraída por el demandante haya variado en los términos que traslada en su demanda, pues al concertar el préstamo en referencia a una divisa extranjera, en este caso, en "YENES", siempre será deudor respecto de la entidad de la misma cantidad de YENES prestada, reduciendo siempre la deuda pendiente con cada pago efectuado, que nunca se amplía, mecanismo que también está presente en cualquier otra modalidad de préstamo hipotecario, incluido el convencional. Por ello, y siendo potestad de la parte prestataria solicitar el cambio de la divisa designada en cualquier momento durante la vida del contrato de préstamo, la pretensión ejercitada en la demanda debe decaer, al carecer de todo fundamento instar al órgano judicial a emitir una declaración que el demandante puede realizar por sí mismo conforme a lo pactado en el propio contrato, siendo así que la

demanda presentada, por lo expuesto, únicamente persigue la finalidad de eludir en perjuicio de la parte prestamista el riesgo del tipo de cambio de divisa que el actor había asumido voluntariamente al tiempo de suscribir el contrato de préstamo. En cuanto al perfil que ostenta el demandante, y aun cuando la parte demandada insiste que no resulta relevante la consideración a su perfil al no hallarnos en presencia de un producto complejo ni de alto riesgo, y no ser de aplicación la normativa relativa al Mercado de Valores, refiere que el actor ha constituido y participado en varias sociedades, y por lo tanto es una persona acostumbrada a girar en el tráfico mercantil, y a quien se le debe presumir en consecuencia, no solo la diligencia de un buen padre de familia, sino también la propia de un ordenado empresario que debe velar por los intereses de las sociedades que administra y gestiona, habiendo figurado como administrador único de tres sociedades de naturaleza mercantil, en particular, de las sociedades SURCRISMAR ELECTRO S.L, VISCOMAIS S.L. y JUYGA "DEPORTE Y OCIO" SOCIEDAD LIMITADA, con objetos sociales diversos, e incluso procedió a aperturar el día 16 de septiembre de 2016 una cuenta corriente en "yenes" para ocuparse él mismo de realizar los cambios de divisa con los que hacer frente a sus obligaciones de pago en relación a su hipoteca, datos todos ellos ocultados en la demanda, y reveladores de que conocía y comprendía con absoluta precisión la especialidad inherente a la modalidad de préstamo hipotecario que había suscrito, tal y como se desprende del contenido de la documentación que acompaña junto al escrito de contestación a la demanda. Respecto de la contratación que ahora nos ocupa, refiere que el actor accedió a suscribir el contrato de préstamo objeto de esta litis en la modalidad de "Hipoteca Multidivisa" por recomendación y asesoramiento de su propio hermano, D. Mario [REDACTED] Licenciado este último en económicas y director

comercial y responsable de expansión de la mercantil [REDACTED] tal y como se desprende igualmente de la documentación que acompaña junto a su escrito de contestación a la demanda, quien estuvo presente en la entidad durante las explicaciones que el empleado de la misma facilitó al actor sobre las especialidades de esta modalidad de préstamo hipotecario, extendiéndose el proceso de negociación del préstamo en varias sesiones, tal y como se desprende del contenido de los correos electrónicos que han mediado entre las partes, aportados también junto al escrito de contestación, que se prolongaron durante un período de tiempo de más de un mes y medio, correos de cuyo contenido se puede colegir que la entidad proporcionó una adecuada y completa información al demandante sobre la hipoteca multidivisa y los riesgos que le son inherentes ante la posible devaluación de la divisa elegida por el demandante respecto al EURO, accediendo el actor como consecuencia de aquellas conversaciones a suscribir el documento de "solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria", como también otro documento posterior denominado "documento de primera disposición", en el que expresamente se hace constar que el prestatario manifiesta conocer y aceptar los riesgos que puede entrañar este tipo de financiación, en concreto el riesgo de cambio, así como también la posibilidad de que el contravalor de la divisa pueda ser superior al límite pactado, documento este último en cuyo reverso se hacen constar también distintos ejemplos de evolución de la financiación, y en el que expresamente se prevé una evolución desfavorable respecto del cambio yen-euro, como también se advierte de manera expresa al prestatario de cuáles son las consecuencias de la evolución negativa en el tipo de cambio, concretándose en un incremento de la cuota, así como un incremento del capital pendiente, tal y como es de ver en la documentación igualmente acompañada

junto al escrito de contestación a la demanda, siendo el contrato de préstamo hipotecario suscrito por el demandante de fecha posterior a aquellos documentos. Riesgos todos ellos igualmente explicados de manera clara y transparente en la propia escritura del préstamo. Alega también que la entidad bancaria ha ido remitiendo periódicamente extractos bancarios al domicilio facilitado por la parte demandante, en los cuales se iba informando siempre al actor del contravalor en euros del importe adeudado a la fecha de cada extracto en divisa extranjera, así como el tipo de cambio existente entre ambas monedas, recordándole asimismo que en cualquier momento podía cambiar la divisa a otra divisa diferente, en los términos previstos en el contrato, situación que ha consentido el actor durante todo este período de tiempo a través de sus propios actos, a los que la parte demandada atribuye un efecto de confirmación del contrato. Para concluir, la parte demandada defiende la improcedencia jurídica de declarar la nulidad meramente parcial del contrato por vicios de la voluntad, como también defiende que no nos hallamos en presencia de ningún tipo de cláusula abusiva, y excepciona la "caducidad" de la acción ejercitada en la demanda por vicios del consentimiento, al haber transcurrido un período de tiempo superior a cuatro años desde la fecha de la consumación del contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.301 del Código Civil.

SEGUNDO.- Respecto de la Hipoteca Multidivisa, en relación con el deber de información y los vicios de la voluntad.

Tal y como pone de manifiesto la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca, en Sentencia, Civil sección 1, del 23 de febrero de 2017 (Sentencia: 94/2017; Recurso: 599/2016;

Ponente: EUGENIO RUBIO GARCIA), en la que se analiza un supuesto fáctico sustancialmente análogo al que ahora nos ocupa, en el cual la parte demandante había invocado también la existencia del vicio del "error" como vicio invalidante de su consentimiento negocial, por no haber sido debidamente informada por la entidad bancaria sobre la mecánica real y completa de funcionamiento del mecanismo multidivisa incorporado a su escritura de préstamo hipotecario, "La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.015 ha definido este tipo de contratos diciendo 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 del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

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

Acto seguido, tras indicar la meritada resolución que este "mecanismo multidivisa" imprime al préstamo hipotecario una serie de riesgos que exceden de los propios y conocidos de los préstamos hipotecarios al uso (es decir, de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros, que mayoritariamente todos conocemos), concreta a continuación cuáles son esos riesgos concretos en particular, riesgos que aparecen determinados sobre la premisa fundamental de que, junto al riesgo conocido y propio de todo préstamo convencional de variación de los tipos de interés, se añade otro, el riesgo correspondiente a la "*fluctuación de la moneda*", riesgo este último que no se agota exclusivamente en la posibilidad (riesgo) de que la cuota mensual del préstamo que debe afrontar mes a mes el prestatario pueda verse incrementada si la divisa elegida (en este caso, el Yen japonés) se aprecia respecto al Euro, sino que también influye de manera directa y principal en la fijación en cada momento del capital pendiente de amortización, de tal manera que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Conforme a esto último, podría darse por lo tanto la posibilidad de que, pasados varios años de vida del préstamo, y aun habiendo afrontado el prestatario todos los meses el pago regular del importe de las cuotas correspondientes en el tipo de moneda pactada en el contrato, sin embargo, el cambio a euros pueda implicar que el prestatario deba todavía más euros que los que debía al tiempo de concertar el préstamo, circunstancia que se producirá si el tipo de moneda elegida se aprecia respecto del euro, o lo que es lo mismo, si el euro se devalúa o se deprecia respecto de la divisa pactada en el contrato.

Ciertamente, como pone de manifiesto la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda de este proceso, la

Sentencia del T.J.U.E. de fecha 3 de diciembre de 2015, declaró que el "mecanismo multidivisa" no constituye un servicio o una actividad de inversión a los efectos de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros.

Ello no obstante, y como advierte la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca, antes citada, en su Fundamento Jurídico Cuarto, *"Ahora bien, sentada la naturaleza del producto contratado con arreglo a la jurisprudencia emanada por el TJUE, hemos de destacar que aún cuando incumbe al actor la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, como fundamento de la acción ejercitada, corresponde en todo caso al Banco demandado acreditar que dio al prestatario información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación del préstamo hipotecario con la opción "multidivisa" en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado. Siendo tal principio general una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta*

el instrumento financiero que se pretende contratar (STS 20 de enero de 2014)".

A continuación, la misma resolución acentúa la importancia de llevar a cabo un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre el precio y retribución, poniendo de manifiesto *"que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC-). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio"*.

Es decir, no basta con la mera afirmación de que la cláusula es comprensible al tiempo de su lectura. Es necesario, además, que haya sido previamente explicada al consumidor, a fin de que quede constancia (a criterio de este juzgador, "documental") de que éste ha podido conocer y comprender adecuadamente las consecuencias económicas que, de

acuerdo con el servicio o producto ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato. En el caso concreto del "mecanismo multidivisa", dicha transparencia se habría de traducir en que del contenido de la documentación contractual, pueda apreciarse una exposición explicativa al consumidor del funcionamiento del mecanismo multidivisa en el marco de todos y cada uno de los riesgos que la "fluctuación de la divisa" conlleva para las obligaciones económicas del consumidor, información clara y comprensible para cualquier persona media, que debe ir orientada de manera expresa y directa, no solo a informar al consumidor de que la cuota mensual de su préstamo hipotecario se puede ver aumentada como consecuencia de la fluctuación de la moneda, y para el caso de que la divisa elegida se aprecie respecto al euro, sino que también deberá extenderse dicha exposición informativa a explicar de manera igualmente clara y comprensible, para cualquier ciudadano medio, de la posibilidad (riesgo) de que, pasados varios años, pudiere deber aún más número de euros que los que debía al cambio al tiempo de suscribir el contrato de préstamo, para el caso de que el euro se deprecie respecto de la divisa o moneda elegida, como consecuencia de la incidencia directa que el tipo de cambio produce sobre el importe en euros del capital pendiente de amortizar en cada momento; de tal manera que, no constando dicha información, que desde luego incumbe probar a la entidad bancaria que ha sido proporcionada, el órgano judicial deberá presumir la existencia de un vicio de la voluntad, pues la parte prestataria (consumidor), firmó el contrato adoleciendo de un error esencial sobre uno de los

elementos esenciales del contrato, vicio estructural que determinaría la nulidad.

De este modo, y por lo que se refiere a la doctrina del error como vicio invalidante de la voluntad, la premisa o regla general que impera en materia de contratación civil en nuestro ordenamiento radica en el principio básico de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (art. 1.258 del Código Civil) regla que, a su vez, constituye uno de los tres pilares fundamentales que inspiran todo el ordenamiento jurídico privado en su conjunto. Es el denominado "*Principio de la Autonomía de la Voluntad*", cuyos orígenes se remontan al mismo Derecho Romano, que a su vez inspira la práctica totalidad de nuestro Derecho Civil actual.

Hay en nuestro Código múltiples manifestaciones de este principio, por poner un ejemplo, en el artículo 1.261 del Código Civil que, al enumerar los elementos esenciales que han de concurrir en todo contrato, comienza por enumerar, como el primero de ellos, "*el consentimiento de los contratantes*". Y obvio resulta, pues, que para que la voluntad o consentimiento produzca plenos efectos, necesita ser consciente y libremente emitida. Faltando estas condiciones, se dice que la voluntad está viciada.

Entre los vicios de la voluntad, la doctrina y legislación hablan de cuatro tipos de vicios, a saber: error, violencia, intimidación y dolo. El "*error*", de este modo, se podría definir como el "*conocimiento equivocado de una cosa o un hecho, basado en la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de esa cosa o de ese hecho, o de la regla jurídica que lo disciplina*".

De este modo, el error admite varias distinciones, según el elemento del negocio sobre el que recae sea de la índole misma del negocio que se realiza (*error in negotio*), sobre las cualidades secundarias (*error in qualitate*), sobre la cantidad (*error in quantitate*), sobre la persona del otro contratante (*error in persona*), etc.

Ante la existencia de múltiples formas de "error", y dado que no todas ellas producen las mismas repercusiones sobre el consentimiento, nuestro Código Civil, en su artículo 1.266, establece que "*para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo*". Así, nuestro Alto Tribunal, ha declarado en sentencia de 14 de julio de 1995 que "*para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.265 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, que se derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, y que exista nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado*" (también sentencias de 16 de diciembre de 1.923; 27 de octubre de 1.964; 1 de julio de 1.915; 26 de diciembre de 1.944; 21 de octubre de 1.932; 16 de diciembre de 1.957; 14 de junio de 1.943, entre otras muchas).

Al tiempo, para que el error invalide el consentimiento, deber ser "excusable", en el sentido de que por sus características concurrentes no hubiere podido superar el

error aquél contratante que lo ha padecido aplicando una diligencia media o normal, pues constituye jurisprudencia consagrada que no merece protección del ordenamiento jurídico aquella persona que no ha observado el cuidado y diligencia mínima debida en el diligenciado de sus propios intereses.

TERCERO. Valoración de la prueba.

Dicho lo anterior, procede ahondar en el análisis del supuesto que nos ocupa.

Analizando la documentación relativa al contrato de préstamo hipotecario unida por la parte demanda a este procedimiento, configurada esencialmente por los documentos número 6 a 16 del escrito de contestación a la demanda, el órgano judicial ha apreciado que no existe ni un solo documento, ya sea previo, coetáneo, o posterior, a la fecha de la celebración del contrato, que aclare y explique, de una forma medianamente comprensible, la presencia en el mecanismo multidivisa asumido por el actor, del riesgo concreto de que el tipo de cambio de la divisa elegida pudiese conllevar, respecto del capital pendiente de amortización en cada momento de la vida del préstamo. Es decir, no se explica en ninguna parte el riesgo de que el actor, pese a haber abonado varias mensualidades del préstamo, abono que en el caso presente, incluso se ha prolongado nada menos que durante nueve años aproximadamente, pueda llegar a deber finalmente, a fecha actual, todavía más cantidad de euros a la entidad bancaria que los que le debía a la fecha de la celebración del contrato como contravalor.

No existe documento informativo previo a la fecha de la celebración del contrato.

Tampoco se aporta al procedimiento ejemplar de oferta vinculante.

Respecto del contenido del documento número 9 de la contestación a la demanda, consistente en el ejemplar de "Solicitud de Préstamo" suscrito por el actor, únicamente se contiene una mera alusión, más que exposición o explicación, del riesgo que el tipo de cambio puede suponer sobre el capital pendiente de amortización, pero empleando una terminología que en nada puede ser considerada como mínimamente clarificadora, y que permita inferir razonablemente que el consumidor pueda, a través de aquella somera referencia, conocer y comprender adecuadamente el riesgo en cuestión. Lo mismo sucede con el documento de primera disposición obrante al documento 10 de la contestación a la demanda, que no hace sino reproducir en idénticos términos la terminología del documento anterior, debiendo destacarse respecto de este último documento, que únicamente figura firmado por el demandante en su primer folio, que no en el segundo, donde se incluyen las gráficas y las mayores explicaciones que la entidad dice haber proporcionado al consumidor, sin acreditarlo.

Tampoco puede estimarse cumplido el deber de información que pesa sobre la entidad por virtud del contenido de los extractos del préstamo aportados al procedimiento. El actor, Don Ismael, puso de manifiesto durante el acto de su interrogatorio, que el motivo de acudir a la entidad BANKINTER, S.A., y suscribir el préstamo en su modalidad de hipoteca multidivisa que nos ocupa, residió en el hecho de que

dicho banco era el que trabajaba con la empresa familiar regentada por sus padres, y con la finalidad principal de conseguir reducir las cuotas mensuales que venía pagando el demandante como consecuencia de un préstamo hipotecario anterior que tenía suscrito con Banco Santander. El actor relató que en aquél momento había roto la relación sentimental que mantenía con su entonces pareja, como consecuencia de lo cual se quedó él solo con el préstamo hipotecario que la pareja compartía, ascendiendo las cuotas que venía pagando a la cantidad de 900 euros mensuales aproximadamente, que por sus ingresos no podía afrontar, motivo por el cual acudió a BANKINTER, S.A. a través de su familia para conseguir negociar un préstamo que le redujera las cuotas mensuales. Observando el contenido de los correos electrónicos aportados como documento número 8 bis del escrito de contestación a la demanda, correos en los que la parte demandada al parecer pretende amparar haber dado cumplimiento a su deber de información, se puede apreciar con absoluta claridad que las únicas cuestiones tratadas son las típicas de todo préstamo hipotecario, a saber: el capital prestado, la duración y, finalmente, coincidiendo con lo aducido por el actor, la cuantía mensual en que habrían de quedar las cuotas en función de las dos variables anteriores. En ningún momento se hace referencia en dichos correos a los riesgos del tipo de cambio respecto del capital pendiente de amortización.

Si ello es así, resulta perfectamente lógico que el demandante, recibidos los extractos bancarios relativos al préstamo en su domicilio, no prestase mayor atención a su contenido, más allá de comprobar el importe de la cuota que, mes a mes, iba a tener que abonar y que había abonado, pues ninguna otra explicación se le había proporcionado sobre el funcionamiento del mecanismo multidivisa en lo que a su

incidencia sobre el capital pendiente de amortización se refiere, siendo las meras referencias numéricas que se pudieren hacer constar en aquellos extractos, sin mayores explicaciones, y por lo expuesto, insuficientes, para permitir al actor alertarse del alcance real y completo del riesgo que la cláusula multidivisa suponía para el capital pendiente de amortizar.

Si bien el sr. empleado de la entidad que intervino en la negociación del préstamo, D. Rafael [REDACTED], insistió durante el acto de su interrogatorio como diligencia final, que explicó los riesgos del producto al demandante en varias reuniones, sin embargo, no figura aportado al proceso ningún documento que así lo acredite, como tampoco el ejemplar de exposición de simulaciones de escenarios diversos que el referido empleado dijo haber realizado al actor para que éste pudiese comprender en sus propios términos, es decir, de manera completa, el funcionamiento del mecanismo multidivisa. Además de lo anterior, el mero testimonio de dicho empleado es insuficiente para acreditar haber dispensado la entidad bancaria adecuada información al demandante, dado, no solo la relación de dependencia que mantiene dicho empleado con la entidad bancaria, sino también porque, de admitir como medio de prueba suficiente la mera declaración de los empleados de la parte profesional para acreditar el cumplimiento del deber de información hacia los consumidores, estaríamos dejando vacía de contenido la protección que las normas de protección de los consumidores y usuarios dispensan.

Finalmente, el hecho de que el actor pudiese poseer mayor o menor grado de conocimientos en materia financiera, circunstancia ésta tampoco probada, en nada afecta a la valoración que debe realizar el órgano judicial. Ostentando el

demandante la condición de consumidor en el contrato objeto de esta litis, lo único relevante consiste en valorar si la entidad bancaria, como profesional o parte fuerte en la contratación, ha acreditado o no haber informado adecuadamente al actor de todos y cada uno de los riesgos inherentes al mecanismo multidivisa, extremo éste que, como decíamos, la entidad demandada no ha demostrado.

Por todo ello, acreditada la ausencia de dicha información, ha resultado probado que el demandante, Don Ismael, ha experimentado un error excusable sobre uno de los elementos esenciales del contrato, generado por la falta de información y de transparencia imputable a la entidad bancaria, error con trascendencia suficiente para invalidar el consentimiento, en los términos que han sido interesados, es decir, procedencia de declaración parcial de nulidad, toda vez que, como expone la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca citada en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución, *"Sin duda la aquí debatida cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato. Más no formando parte inescindible de su objeto y causa, no cabe concluir sin embargo que nos encontremos ante una condición esencial toda vez que con los precisos ajustes (como préstamo en euros y referenciado al Euribor), el negocio puede subsistir. No hay motivo, por tanto, para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial.*

En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula multidivisa y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la hipoteca si bien

referenciada en Euros, operando por ello como un préstamo en Euros, referenciado al Euribor”.

CUARTO.- Caducidad

Finalmente, la parte demandada se opone igualmente a la demanda en base a la concurrencia del instituto de caducidad de la acción ejercitada, toda vez que habría transcurrido en todo caso un plazo superior de cuatro años desde la consumación del contrato.

Esta causa de oposición debe ser igualmente desestimada. Sobre este extremo, el Tribunal Supremo, en sentencias por ejemplo de 5 de junio de 2006 y de 23 de octubre de 2002, puso de manifiesto que el artículo 1.301 no es aplicable para los contratos radicalmente nulos o inexistentes por falta de consentimiento. Y en esta misma línea, la sentencia nº 392/2012, de 3 de septiembre, dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (Recurso de apelación 831/2011), en su Fundamento de Derecho Tercero, pone de manifiesto, que *“el vicio de nulidad de que adolecen los contratos litigiosos lo es de nulidad absoluta o inexistencia (art. 1261 Cc.), por tratarse de un error excusable atinente a las condiciones esenciales del contrato, que actúa como error obstativo de la prestación del consentimiento, invalidante de la declaración negocial. En consecuencia, se trata de un vicio radical e insubsanable, que provoca la inexistencia del negocio con efectos ex nunc, pudiendo instarse su nulidad sin sujeción a plazo de caducidad”.*

Pero incluso para el caso de que pudiéremos considerar que el vicio invocado por la parte demandante fuere un vicio de

anulabilidad, la acción tampoco habría caducado. En este sentido, podemos citar la Sentencia dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Badajoz, Civil sección 3, del 29 de octubre de 2015 (Sentencia: 245/2015 | Recurso: 291/2015 | Ponente: JOAQUIN GONZALEZ CASSO), o la Sentencia dictada por esa misma Audiencia Provincial, Civil sección 3, del 01 de junio de 2016 (Sentencia: 130/2016 | Recurso: 171/2016 | Ponente: MARIA DOLORES FERNANDEZ GALLARDO). En esta última, se pone de manifiesto, tras una amplia exposición de la interpretación del artículo 1.301 del Código Civil, que, sin perjuicio de que el inicio del cómputo del plazo para ejercer la acción de nulidad comienza desde que tiene lugar la consumación del contrato, sin embargo, *"no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error."*

En el presente supuesto, acreditado como lo ha sido que D. Ismael no fue informado convenientemente del riesgo que

suponía el tipo de cambio respecto del capital pendiente de amortización, ni antes, ni durante ni después de suscribir el contrato de préstamo hipotecario objeto de esta litis, este motivo de oposición planteado por la parte demandada debe ser desestimado de plano, pues a ella le correspondería en todo caso acreditar desde qué fecha, anterior a los cuatro años inmediatamente previos a la interposición de la demanda, el actor pudo adquirir conocimiento perfecto del funcionamiento del "mecanismo multidivisa", circunstancia y fecha que la demandada no prueba.

Fue el actor quien, durante el acto de su interrogatorio, expuso que el año pasado, es decir, el año 2016, quiso proceder a vender su vivienda, momento en el cual se percató de que debía a la entidad prestamista más euros que los que debía al tiempo de suscribir el contrato en el año 2008. Fue entonces cuando D. Ismael pudo conocer y comprender con precisión todos los riesgos asociados a la opción multidivisa por la que se había decantado.

Por ello, y dado que la parte demandada no acredita que la fecha de esa toma de conocimiento se haya producido con anterioridad a los cuatro años inmediatamente previos a la interposición de la demanda, la acción de nulidad no habría caducado.

QUINTO.- Costas

En materia de costas, dispone el artículo 394 apartado 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que *"En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho."*

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares".

En el presente caso, y por aplicación de lo dispuesto en el referido precepto, las costas procesales deberán ser impuestas a la parte demandada, por aplicación del criterio objetivo del vencimiento, al no haber sido atendido ninguno de sus pedimentos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación, en nombre de su S.M. el Rey y por el poder que me confiere la Constitución,

FALLO

ESTIMO LA DEMANDA interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Laura Nieto Estella, en nombre y representación procesal de DON I [REDACTED] y, en consecuencia, **DECLARO LA NULIDAD PARCIAL** del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por las partes el día 28 de julio de 2.008, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa concretamente en "CLAUSULA 3ª A) EN DIVISAS", declarando, asimismo, que la cantidad adeudada por el demandante es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado de CIENTO

QUINCE MIL EUROS (115.000 €) las cantidades amortizadas hasta la fecha en concepto de principal e intereses, también convertidas en euros, y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue por 115.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la Cláusula 3º Apartado B) de la escritura (EURIBOR a un mes + diferencial 0,60%), condenando a la demandada a realizar el recálculo.

Cantidad que deberá determinarse en EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

Asimismo, se condene a dicha entidad bancaria a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella derivasen.

Las costas procesales deberán ser impuestas a la parte demandada, por aplicación del criterio objetivo del vencimiento, al no haber sido atendido ninguno de sus pedimentos.

La presente sentencia no es firme y contra la misma cabe recurso de apelación a interponer directamente en este mismo Juzgado, en el plazo de los VEINTE DÍAS a contar desde el siguiente a su notificación, y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca, conforme a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Ley 1/2.000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.



Notifíquese esta resolución a las partes, cuyo original quedará registrado en el Libro de sentencias quedando testimonio de la misma en estos autos.

Así lo acuerdo, mando y firmo.