



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

FECHA NOTIFICACION

22/2/2017

Pilar Rodriguez Olid

Procuradora

Juzgado de 1ª Instancia Nº1 de Huelva

Alameda Sundheim, nº 17 1ª Planta

Fax: 959 526230. Tel.: 959107251/959107236/662977098

N.I.G.: 2104142C20160004803

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 743/2016. Negociado: TM

Sobre: DECLARACION DE NULIDAD CONDICION GENERAL DE CONTRATACION

De:

Procurador/a: Sr/a. MARIA DEL PILAR RODRIGUEZ OLID

Letrado: Sr/a. JOSE RAMON CORVERA CASTELLANO

Contra:

Procuradora: Sr/a

Letrado: Sr/a

SENTENCIA nº 35/17

En la ciudad de Huelva a quince de Febrero de dos mil diecisiete.

Vistos por la Srª Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de esta ciudad, Dª Susana Caballero Valentín, los autos de Juicio Ordinario nº 414/15, seguidos a instancia de , representado por el Procurador de los Tribunales doña Pilar Rodríguez Olid y asistido del Letrado don José Ramón Corvera Castellano contra : representada por el Procurador de los Tribunales ido del Letrado don sobre nulidad por error en el consentimiento en nombre de S.M. El REY, procedo a dictar la siguiente resolución con base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 5/5//16, tuvo entrada en este Juzgado por turno de reparto, demanda de Juicio monitorio promovida por la referida entidad bancaria en reclamación de nulidad por error en el consentimiento frente a la demandada.

Solicita se declare la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario concertado entre la actora y la entidad suscritas por las partes en escritura pública de fecha 30 de Noviembre de 2007. Cuyo efecto conllevará la declaración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referencia a euros, resultante de disminuir al importe prestado (212.400 euros) la cantidad amortizada, también en euros, en concepto de principal e intereses, estableciéndose que el préstamo lo fue de 212.400,00 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la referencia fijada al Euribor (euribor +1,3) desde el inicio y continuándose así durante la vida del mismo.

Se declare que el plazo de amortización del contrato de préstamo hipotecario concertado entre las partes es de veinte años, mediante ochenta cuotas trimestrales.

SEGUNDO. Admitida trámite la demanda, se acordó emplazar a la parte demandada para que en el plazo de veinte días se personara en autos y contestara a la demanda.

TERCERO. Que emplazada en legal forma la parte demandada, se personó en las actuaciones oponiéndose a la reclamación formulada de contrario, interesa la desestimación de la demanda con imposición de costas a la actora.

1

Código Seguro de verificación: 311+QQFR3b5v/L4Kb21N7A==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SUSANA CABALLERO VALENTIN 17/02/2017 09:36:51	FECHA	20/02/2017
	SONIA MARIA ALONSO VILLALBA 20/02/2017 10:00:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	311+QQFR3b5v/L4Kb21N7A==	PÁGINA 1/9



311+QQFR3b5v/L4Kb21N7A==



CUARTO. Convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio prevista en el artículo 414 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil, asistiendo por la parte actora el Procurador y el Letrado y por la demandada compareció el Procurador, asistida del Letrado.

En dicho acto S.Sª., y mostrando ambas partes su conformidad con el procedimiento entablado, exhortó a las partes para que llegara a un acuerdo, lo cual no se consiguió, y tras efectuar las manifestaciones que consideraron oportunas, ambas partes se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

Por la parte actora se aclaró en cuanto a la impugnación de la demandada de que no se podían acumular ambas excepciones que sí procede acumular las acciones ejercitadas, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Febrero de 2012 sentencia nº 11/12, recurso 141/09, pero en caso de que se considerase que no pueden acumularse plantea como acción principal la nulidad por falta de transparencia y subsidiariamente la nulidad por falta de consentimiento. Por la parte demandada se consideró subsanada la excepción planteada en su contestación.

Visto que no había acuerdo entre las partes ni conformidad en los hechos litigiosos, se acordó la continuación de la audiencia y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba.

Propuestas y admitidas las pruebas documental y testifical se señaló para la celebración del juicio el día 13/2/17 en el que se practicaron las pruebas interesadas y tras el trámite de conclusiones se acordó dejar los autos conclusos para dictar sentencia.

QUINTO.- En el presente procedimiento se han observado los trámites procesales legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La parte actora ejercita acción de nulidad de condición general al amparo de los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación(en adelante LCGC), alegando, en esencia, que la cláusula es una condición general de la contratación, que el actor es consumidor, y que en la condición general se aprecia ausencia de claridad y transparencia siendo una cláusula abusiva.

Alega la actora que suscribió el 30 de Noviembre de 2007 un préstamo multidivisa con garantía hipotecaria, en el que el capital prestado era 212.400 euros equivalente a 34.65.939 yenes japoneses.

Concertaron el préstamo para que se adaptase a sus necesidades económicas y la directora de la entidad, les comentó que tenía un producto estupendo, facilitándoles una información incompleta, no se les informó del funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa extranjera a la moneda nacional, ni el riesgo de la fluctuación de la divisa extranjera frente a la moneda nacional ni de los incrementos que podía sufrir no sólo las cuotas trimestrales, sino que el riesgo de fluctuación supone un recálculo constante del capital prestado.

Tampoco se le informó que el tipo de cambio usado no sería el oficial sino el que estableciera la entidad, y no el que diariamente publicara el Banco de España en el BOE.

Desde el primer trimestre observa cómo la cuota trimestral va aumentando progresivamente y que el plazo de amortización pasa de 20 a 30 años.

Que la sucursal en la que ella suscribió el préstamo cierra y la situada en el Paseo de las Palmeras le dicen que no saben nada del funcionamiento de la hipoteca multidivisa y no disponen de información referida a su préstamo .

Actualmente adeuda más dinero que el que pidió, después de estar ya ocho años pagando la hipoteca, dándose la circunstancia de que la actora y su marido tienen la condición de consumidores.

Código Seguro de verificación:311+OQFR3b5v/L4Kb21N7A==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SUSANA CABALLERO VALENTIN 17/02/2017 09:36:51	FECHA	20/02/2017
	SONIA MARIA ALONSO VILLALBA 20/02/2017 10:00:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	311+OQFR3b5v/L4Kb21N7A==	PÁGINA 2/9



311+OQFR3b5v/L4Kb21N7A==



Por la entidad demandada se presenta escrito de contestación a la demanda alegando que la hipoteca multidivisa no es un instrumento financiero y que conforme a la Sentencia del TJUE de 3 de Diciembre de 2015 se establece que no se trata de la venta de un activo financiero y que esta operación no constituye en sí misma un instrumento financiero, y que las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto del contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de este y no se aplican las obligaciones que establece MiFID en materia de evaluación de la adecuación del carácter apropiado del servicio de inversión al otorgamiento de préstamos multidivisa.

Solicita la parte actora la nulidad de la cláusula opción multidivisa, lo que en realidad constituye una opción de la parte de devolver el préstamo en alguna otra moneda, considerando la parte absurdo que solicite la nulidad de una estipulación facultad suya, ni puede ser considerada abusiva porque no impone ninguna condición obligatoria al empresario al consumidor.

Sobre la falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula controvertida, si bien considera que los litigantes pudieron conocer observando una diligencia media, el contenido de la cláusula impugnada.

SE opone la parte a la consideración de que sea una condición general de la contratación y por tanto no negociada, considerando que al ser un préstamo hipotecario en divisa extranjera y no en euros implica que existió una negociación.

Por otro lado alude al trámite notarial que proporcionó a la parte un segundo control de transparencia ya que la incorporación de las cláusulas en la escritura de préstamo respondió a un proceder de transparencia y claridad.

SE alude a la necesidad de que la información fuera suficientemente clara para que permita la comprensibilidad real de la importancia de la estipulación.

Así la entidad demandada defiende la validez y licitud de los contenidos de los contratos referidos a su carácter multidivisa pues resultan comprensibles y entendibles dada su simplicidad y cumplen con el canon de transparencia.

Se opone la parte demandada a la consideración del error como vicio del consentimiento, ya que el litigante era conocedor de no estar acordando un préstamo convencional, sino más sofisticado, pero querido y solicitado por él a la entidad ante el convencimiento de ser más provechoso a sus intereses.

En cuanto a la acción de anulabilidad del artículo 1301 del Código Civil, basándose en el supuesto error sufrido al contratar la hipoteca multidivisa, debido al negligente proceder de la demandada que vició su consentimiento, exige que la actora demuestre el error que sufrió, pero en este caso el incumplimiento del deber de información no conllevaría sin más la existencia de error que vicie el consentimiento.

En todo caso el error fue inexcusable, y sólo debido a la escasa diligencia de la actora y por tanto inadecuado para fundar en él la pretendida acción de nulidad.

SEGUNDO.- Declarada su naturaleza de condición general, tal y como destaca el Tribunal Supremo *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”* (artículo 4.2).

En consecuencia, no cabe apreciar la abusividad de la cláusula sobre la base de la falta de equilibrio de las prestaciones derivada de la misma, lo que impide que sea posible declarar su nulidad por falta de reciprocidad, pero si someterla a un doble control de transparencia.

Así, un primer control relativo al **modo de inclusión en el contrato**, que afecta todas las condiciones generales de la contratación, con independencia del carácter de las partes y que se ciñe a examinar el cumplimiento formal de la normativa bancaria que regula la incorporación a

3

Código Seguro de verificación: 311+QQfR3b5v/L4Kb21N7A==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SUSANA CABALLERO VALENTIN 17/02/2017 09:36:51	FECHA	20/02/2017
	SONIA MARIA ALONSO VILLALBA 20/02/2017 10:00:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	3/9
 311+QQfR3b5v/L4Kb21N7A==			



los contratos y que, esencialmente y según los casos, se encuentra en las Órdenes Ministeriales de 12 de diciembre de 1.989, 5 de mayo de 1.994 y 28 de octubre de 2.011, en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación de Préstamos Hipotecarios con Particulares y en la propuesta de Directiva nº2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito bienes inmuebles de uso residencial.

En cuanto al control de inclusión la Directiva 93/13 indica (considerando vigésimo) que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que éstas (artículo 5) deben estar redactadas de forma clara y comprensible. El artículo 4.2 de la Directiva indica que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato siempre que dichas cláusulas se redacten de forma clara y comprensible.

En la normativa interna, las Condiciones Generales de la Contratación pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación al contrato a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5. LCGC, que establece que la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción, y sencillez, y en concreto, el art. 7 que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones en que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, tampoco las ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

La detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 (que regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores que, en lo que aquí interesa y de forma sintética, comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo, sigue con una **oferta vinculante** que incluya las condiciones financieras (entre ellas, en su caso, tipo de interés variable y límites a la variación del tipo de interés), posible examen de la escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento y, por último, se formaliza el préstamo en escritura pública, estando obligado el notario a informar a las partes .

En el presente caso la parte demandada no acredita haber cumplido con la información que debía facilitar a la parte actora, no consta oferta vinculante, ni consta entregado folleto informativo.

Para la resolución de la presente controversia debe analizarse la cuestión tomando como referencia la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en anteriores sentencias, y tal y como indica en su sentencia 705/2015 de 23 de Diciembre “ 2.- Como dijimos en la sentencia del Pleno de esta Sala 138/2015 de 24 de marzo, tratándose de cláusulas que presentan una configuración y un casuismo muy similares, no hay nada reprochable en que las resoluciones de instancia partan en sus argumentaciones de la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo, sin que ello suponga falta de motivación “ .

TERCERO.- La STS de 30 de Junio de 2015 (ROJ: STS 3002/2015) declara: “*La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores en relación al art. 2.2 de dicha ley. La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments*

Código Seguro de verificación: 311+OQfR3b5v/L4Kb21N7A==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/venfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SUSANA CABALLERO VALENTIN 17/02/2017 09:36:51	FECHA	20/02/2017
	SONIA MARIA ALONSO VILLALBA 20/02/2017 10:00:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	311+OQfR3b5v/L4Kb21N7A==	PÁGINA 4/9



311+OQfR3b5v/L4Kb21N7A==



Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto. [...]

8.- Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es 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. [...]


11.- Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente. [...]

Ciertamente, ser cliente minorista implica una presunción de falta de conocimiento de los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las empresas de inversión. Pero no significa, como pretenden los recurrentes, que el cliente sea necesariamente un "ignorante financiero", pues puede ocurrir que clientes que no reúnan los rigurosos requisitos que la normativa MiFID exige para ser considerado como cliente profesional tengan, por su profesión o experiencia, conocimientos profundos de estos instrumentos financieros complejos que les permitan conocer la naturaleza del producto que contratan y los riesgos asociados a él, incluso en el caso de no recibir la información a que la normativa MiFID obliga a estas empresas. [...]

Código Seguro de verificación: 31i+OQFR3b5v/L4Kb21N7A==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SUSANA CABALLERO VALENTIN 17/02/2017 09:36:51	FECHA	20/02/2017
	SONIA MARIA ALONSO VILLALBA 20/02/2017 10:00:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	31i+OQFR3b5v/L4Kb21N7A==	PÁGINA 5/9
			
31i+OQFR3b5v/L4Kb21N7A==			

El error que, siendo excusable, vicia el consentimiento es el que recae sobre la naturaleza y los riesgos del producto. Lo que no vicia el consentimiento, y no es por tanto adecuado para justificar la anulación del contrato, es la conducta de quien, conociendo el componente de elevada aleatoriedad del contrato y la naturaleza de sus riesgos, considera que puede obtener ganancias derivadas de esas características del contrato, yerra en el cálculo y, al contrario de lo que previó, obtiene pérdidas, no ganancias.

Lo expuesto lleva a concluir que no existió error que viciara el consentimiento y permitiera la anulación del contrato, pues, de haber existido una representación errónea por parte del contratante, lo que es más que improbable a la vista de su cualificación profesional y de las comunicaciones escritas que mantuvo con la entidad financiera demandada, tal error no sería excusable en atención a esa cualificación profesional.”

En cambio, la STJUE de 3 de diciembre de 2015 (Asunto C-312/14) considera: “72 Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste.

73 Así, un asunto como el del litigio principal es fundamentalmente distinto del que dio lugar a la sentencia [...] que se refería a un [...] « swap» ...

74 Por otra parte, en el marco de un contrato de préstamo como el controvertido en el litigio principal, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad.

75 De ello resulta [...] que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio.”

En un caso similar al presente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 21 de Diciembre de 2016 (Recurso Apelación nº 108/16), hace referencia a que “ Sin desconocer que existen algunas resoluciones en sentido contrario, la mayoría de las Audiencias Provinciales, aplicando la doctrina sentada por la citada STS de 30 de junio de 2016, vienen pronunciándose en el sentido de declarar la nulidad de la cláusula multidivisa y el mantenimiento del resto del préstamo en euros, pudiendo citarse entre las mas recientes las sentencias de 4 de octubre de 2016 de la Sección 3ª de la AP de Valladolid (ROJ: SAP VA 986/2016), de 26 de septiembre de 2016 de la Sección 11 de la AP de Madrid (ROJ: SAP M 12945/2016), de 15 de septiembre de 2016 de la Sección 21ª de la AP de Madrid (ROJ: SAP M 13197/2016), de 20 de julio de 2016 de la Sección 3ª de la AP de Baleares (ROJ: SAP IB 1371/2016) y de 29 de abril de 2016 de la Sección 13ª de la AP de Barcelona (ROJ: SAP B 4681/2016).

Alega la parte demandada la inaplicabilidad de la normativa MDIF al préstamo multidivisa de que tratamos, en atención a lo que se recoge en la Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 , que concluía que el artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 , relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidades.

6

Código Seguro de verificación:311+OQFR3bSV/L4Kb21N7A==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SUSANA CABALLERO VALENTIN 17/02/2017 09:36:51	FECHA	20/02/2017
	SONIA MARIA ALONSO VILLALBA 20/02/2017 10:00:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	311+OQFR3bSV/L4Kb21N7A==	PÁGINA 6/9
			
311+OQFR3bSV/L4Kb21N7A==			



Frente a esta interpretación del TJUE, el Tribunal Supremo, en aparente contradicción, ha señalado que la hipoteca multidivisa como un producto derivado, complejo debe incluirse en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores y se indica que es en "aparente contradicción" porque una Directiva comunitaria y la ley estatal que la transpone son instrumentos diferentes, de tal manera que la Ley estatal tiene que respetar el contenido mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación más amplio permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye. Además debe ponerse de manifiesto que la propia Sentencia del TJUE hace referencia a la obligación de los Jueces nacionales de comprobar, en cada caso concreto, si en una hipoteca multidivisa hay un servicio de inversión y eso es precisamente lo que lleva a cabo el Tribunal Supremo que concluye en el sentido señalado anteriormente.

CUARTO.- En el presente caso, los prestatarios tienen la consideración de consumidores y el préstamo suscrito para la adquisición de su vivienda tiene la consideración de instrumentos financiero derivado y de riesgo.

Por otro lado los prestatarios tienen la consideración de clientes minoristas lo que conlleva una presunción de falta de conocimiento de los elementos financieros complejos y la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de la entidad financiera demandada, sin que se haya acreditado por la entidad demandada que los actores disponían de los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del instrumento financiero contratado y los riesgos asociados al mismo, siendo así que la actora trabaja en una gasolinera y su marido en conservación de carreteras, sin que se haya acreditado que precisamente fueran ellos los que solicitaran la contratación de este concreto tipo de préstamo siendo su finalidad adquirir su vivienda habitual.

En definitiva no se ha acreditado por la entidad financiera demandada, a quien corresponde la carga de la prueba, que cumpliera con los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.

QUINTO.- Tal y como se expone en la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva :
" Esta grave consecuencia económica es lo que no se ha explicado de ninguna manera al contratante, que el ejercicio de la opción de cambiar de divisa (multidivisa, el euro en su caso, ya que se incluye como opción), con el objeto de corregir los efectos de una desfavorable evolución de la divisa hasta entonces aplicada, supone "adquirir el importe equivalente del capital pendiente no vencido, al tipo de cambio ..." (apartado b) de la cláusula C) titulada "OPCION MULTIDIVISA"). Tampoco es de fácil comprensión ni se han explicado previamente las consecuencias económicas de la cláusula D), según la cual "El ejercicio de la opción multidivisa no supone, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo" junto con "la posibilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción pueda ser superior al límite pactado" y que "el prestatario se obliga a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener dicha equivalencia". Son graves limitaciones que pueden llegar a hacer económicamente inviable el ejercicio de la opción no sólo porque pueda al cabo de un cierto número de pagos llegar a deber un importe en euros superior al percibido sino porque se le exija el pago de la diferencia para ejercitar tal opción, máxime cuando la moneda que recibió y de pago de las cuotas es el euro y no hay justificación de que la entidad realizara un cambio en yenes (no lo es el doc. núm. 2 de la contestación que cita, mera autorización) sino que más bien su tipo de cambio era una mera referencia. El no haber acreditado la entidad esa información lleva a presumir la existencia del error, pues de conocer esas circunstancias posiblemente no habría accedido a contratar, y debe decretarse la nulidad por vicio del consentimiento de las cláusulas multidivisa C) y D), sin las cuales el

7

Código Seguro de verificación:31i+OQFR3bsv/L4Kb21N7A==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SUSANA CABALLERO VALENTIN 17/02/2017 09:36:51	FECHA	20/02/2017
	SONIA MARIA ALONSO VILLALBA 20/02/2017 10:00:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	7/9
	31i+OQFR3bsv/L4Kb21N7A==		



31i+OQFR3bsv/L4Kb21N7A==



contrato puede continuar funcionando ya que en definitiva lo que se pide es la opción de cambio a euros sin esas consecuencias desventajosas de que no había sido previamente advertido. “

Así sucede en el presente caso en el que consta acreditada la falta de transparencia que determina la apreciación de nulidad de la referida cláusula, no habiendo acreditado en modo alguno la parte demandada que la inclusión de la referida cláusula obedeciera a negociación entre las partes, no habiendo aportado documental acreditativa de la referida información ofrecida a la actora y sin que la inclusión de la misma en la escritura pública sea suficiente para entender cumplido el deber de información que incumbe a la entidad de crédito y más en el presente caso en el que en la escritura no hay referencia a este producto.

En cuanto a la comprensión con sencillez de la carga económica que supone para los prestatarios, no puede entenderse referida a una mera comprensión gramatical, sino la incidencia que la referida cláusula tenía en el desarrollo del contrato y la carga económica que representaba para los actores, sin que la parte demandada haya acreditado que por los prestatarios llegó a alcanzarse ese nivel de comprensión, debiendo por tanto estimarse la demanda declarando la nulidad de la referida cláusula por falta de transparencia.

SEXTO.- Una segunda petición formulada por la parte actora se refiere al plazo de amortización, que según consta en la escritura es de 20 años y así solicita se declare en la sentencia.

En la estipulación segunda de la escritura de préstamo firmada por las partes se hace referencia al plazo de amortización y en concreto se establece que “ el prestatario se obliga a devolver el capital del préstamo en el plazo de VEINTE AÑOS a partir del TREINTA DE NOVIEMBRE DE DOS MIL SIETE. Mediante OCHENTA cuotas TRIMESTRALES comprensivas de capital e intereses, pagaderas el último día de cada periodo de intereses, correspondiendo efectuar el primer pago el VEINTINUEVE DE FEBRERO DE DOS MIL OCHO y el último el TREINTA DE NOVIEMBRE DE DOS MIL SIETE, debiendo pagarse precisamente en la misma divisa en que se haya efectuado el último pago, salvo lo dispuesto en el apartado c, siguiente. “

Atendiendo a la lectura de la referida cláusula debe estimarse la petición acreditando que le periodo de amortización son veinte años, ya que se prevé el pago en 80 cuotas trimestrales, lo que supone 240 cuotas, que divididas en 12 meses, da un resultado de 20 años como periodo de amortización pactado entre las partes.

SÉPTIMO.- Conforme al Art. 394 de la Ley Procesal Civil, procede imponer las costas del juicio a la parte demandada.

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

FALLO


Que en la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales doña Pilar Rodríguez Olid en nombre y representación de contra

1º.- Estimo íntegramente la demanda y declaro la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario concertado entre la actora y la entidad

suscritos por las partes en escritura pública de fecha 30 de Noviembre de 2007. Cuyo efecto conllevará la declaración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referencia a euros, resultante de disminuir al importe prestado (212.400 euros) la cantidad amortizada, también en euros, en concepto de principal e intereses, estableciéndose que el préstamo lo fue de 212.400,00 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando

8

Código Seguro de verificación: 311+0QfR3bav/L4Kb21N7A==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SUSANA CABALLERO VALENTIN 17/02/2017 09:36:51	FECHA	20/02/2017
	SONIA MARIA ALONSO VILLALBA 20/02/2017 10:00:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	PÁGINA	8/9
		311+0QfR3bav/L4Kb21N7A==	
			
311+0QfR3bav/L4Kb21N7A==			



como tipo de interés la referencia fijada al Euribor (euribor +1,3) desde el inicio y continuándose así durante la vida del mismo.

2º.- Declaro que el plazo de amortización del contrato de préstamo hipotecario concertado entre las partes es de veinte años, mediante ochenta cuotas trimestrales.

3º.- Con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Contra esta resolución cabe recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de HUELVA (artículo 455 L.E.C.). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 458 L.E.C.).

Para la admisión a trámite del recurso previamente deberá efectuarse constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de Banco Santander nº 1913 0000 04 0779 13 , indicando en las Observaciones del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación seguido del código '02', de conformidad en lo establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

E./

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia ha sido dictada y publicada por la Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha. Doy fe.

Código Seguro de verificación: 31i+OQfR3bSv/L4Kb21N7A==. Permite la verificación de la integridad de una copia de este documento electrónico en la dirección: <https://ws121.juntadeandalucia.es/verfirmav2/>
Este documento incorpora firma electrónica reconocida de acuerdo a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

FIRMADO POR	SUSANA CABALLERO VALENTIN 17/02/2017 09:36:51	FECHA	20/02/2017
	SONIA MARIA ALONSO VILLALBA 20/02/2017 10:00:32		
ID. FIRMA	ws051.juntadeandalucia.es	31i+OQfR3bSv/L4Kb21N7A==	PÁGINA 9/9



31i+OQfR3bSv/L4Kb21N7A==