

ABOGADO: DON JUAN IGNACIO NAVAS MARQUÉS

CLIENTE:

FECHA NOTIFICACION 7-3-18

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Décima**

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035

Tfno.: 914933917

N.I.G.: 28.006.00.2-2013/0014937

**Recurso de Apelación 918/2017**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 01 de Alcobendas  
Autos de Procedimiento Ordinario 1857/2013

**APELANTE:** BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.

PROCURADOR D./Dña.

BBVA

**APELADO:** D./Dña.

PROCURADOR D./Dña.

**MAGISTRADA:** ILMA. SRA. Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

**SENTENCIA Nº 95/2018**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

Dña. MARIA BEGOÑA PEREZ SANZ

En Madrid, a veintiséis de febrero de dos mil dieciocho.

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1857/2013 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 01 de Alcobendas a instancia de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. apelante - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña.

defendido por Letrado, contra D./Dña.

- demandante, representado por el/la Procurador D./Dña.

y defendido por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 18/11/2016.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por Juzgado de 1ª Instancia nº 01 de Alcobendas se dictó Sentencia de fecha 18/11/2016, cuyo fallo es el tenor siguiente:

“ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_ nombre y representación de \_\_\_\_\_, defendido por la Letrado D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_; y dirigida contra BBVA, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. \_\_\_\_\_ y defendida por el Letrado D. \_\_\_\_\_

.- Declarar la nulidad parcial de la escritura de cuenta de crédito hipotecario de fecha 6 de agosto de 2008 y novación suscrita con la entidad demandada en fecha 22 de octubre de 2010, en todos los contenidos relativos a la opción multdivisa.

.- Condenar a la entidad demandada a dejar referenciado el préstamo a moneda Euro y el tipo al Euribor, aplicando el interés pactado; y a recalcular las cuotas pagadas hasta la fecha, aplicando el exceso del pago realizado a partir de la primera cuota a la amortización anticipada del capital, más los intereses legales, con imposición de las costas causadas.”

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** Por providencia de esta Sección, de fecha 14 de febrero de 2018, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 20 de febrero de 2018

**CUARTO.-** En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En fecha 6 de agosto de 2008, se celebró contrato de préstamo hipotecario en divisas o préstamo hipotecario multdivisa (folios 66 y ss.) entre Catalunya Banc, S.A. (hoy BBVA), como prestamista, y D. \_\_\_\_\_ como prestatario, ascendiendo la cantidad prestada a 39.457.145 yenes japoneses, equivalente a 232.000 €, debiendo ser amortizado en 60 cuotas trimestrales, siendo el primer pago en fecha 6 de noviembre de 2008 y el último el 6 de agosto de 2023.

En la escritura de préstamo se indicó lo siguiente: “se anexa cuadro teórico de amortización del préstamo, calculado al tipo de interés inicial, del que resulta el capital pendiente, en la divisa prestada y en euros, después del vencimiento pactado de cada una de

las cuotas”; además, se especificó que “el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que pueden originarse durante la vida del préstamo, exonerando a la Caja, de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción, pueda ser superior al límite pactado”. El prestatario podrá ejercitar la opción multdivisa, notificando al prestamista, antes del comienzo de un periodo de intereses (siendo la duración de cada periodo de tres meses), su deseo de “satisfacer la cuota correspondiente al próximo periodo de intereses, en euros o en una de las divisas alternativas (divisas cuyo cambio haya sido publicado por Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España)”.

Con posterioridad, en fecha 22 de octubre de 2010, se otorgó escritura de novación del préstamo hipotecario multdivisa (folios 113 y ss.), ampliando el plazo de amortización, que se llevará a cabo mediante 88 cuotas trimestrales, efectuándose el primer pago el 5 de noviembre de 2010 y el último el 6 de agosto de 2032.

El prestatario formuló la demanda iniciadora del presente procedimiento ante el aumento de la cuota de préstamo, debido a la depreciación del euro frente al yen; interesando la nulidad de las cláusulas de la opción multdivisa por no haber emitido el actor un consentimiento válido, prestado por error y por haber actuado la demandada con abuso de derecho, mediando dolo; solicitando la condena de la demandada a dejar referenciado el préstamo a moneda euros y el tipo al Euribor, aplicando el interés pactado y recalculando las cuotas pagadas hasta la fecha, aplicando el exceso del pago realizado a partir del devengo de la primera cuota a la amortización anticipada del capital, más los intereses legales correspondientes.

La sentencia dictada por el Juzgador “a quo” desestimó la demanda, habiéndose interpuesto por el BBVA recurso de apelación, que es objeto de la presente resolución.

**SEGUNDO.-** El primer motivo de apelación versa sobre la caducidad de la acción ejercitada, debiendo remitirnos al art. 1.301 C.Civil, según el cual “La acción de nulidad sólo durará cuatro años”, empezando a correr el tiempo, en caso de error, “desde la consumación del contrato”. A los efectos del citado precepto, el Tribunal Supremo ha distinguido entre los supuestos de nulidad radical o absoluta y aquéllos de nulidad relativa o anulabilidad, incluyendo dentro de estos últimos la nulidad del consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, a que se refiere el art. 1.265 C.Civil, como pone de manifiesto la Sala Primera en sentencia de 6 de septiembre de 2006, entre otras.

El contrato de suscripción de participaciones, que aquí nos ocupa, no puede ser considerado nulo por falta de consentimiento, objeto o causa, requisitos esenciales exigidos por el art. 1.261 C.Civil para la existencia de una relación contractual; ahora bien, el referido contrato puede ser nulo de pleno derecho por infringir normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3 C.Civil), por contravenir la normativa de protección de consumidores y usuarios o bien por apreciarse vicio en el consentimiento, encontrándonos en este último caso ante un contrato anulable, siendo aplicable el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad que establece el art. 1.301 C.Civil.

Ahora bien, dicho plazo comienza desde la consumación del contrato, no desde su perfección, coincidiendo su consumación con el total cumplimiento de las prestaciones de

ambas partes, momento en que se iniciaría el cómputo del plazo de cuatro años, previsto en el precepto citado. No podemos obviar que nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo, en el que las prestaciones continúan sucediéndose hasta la extinción de la relación contractual. A estos efectos, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno, refiriéndose a los swaps, se pronuncia en sentencia de 19 de febrero de 2018, en los siguientes términos: “En el caso de los swaps, la consumación debe entenderse producida en el momento del agotamiento de la extinción del contrato. En el contrato de swaps el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento. En el caso de los swaps, es solo en el momento del agotamiento cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato, atendiendo el hecho de que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés”.

Previamente, el Alto Tribunal, en sentencia de 12 de enero de 2015, indica que “el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que ‘la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes’. No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio”, añadiendo que “la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce ‘la realización de todas las obligaciones’ (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), ‘cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes’ (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando ‘se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó’ (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983). Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003: ‘Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que “el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo’, y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que ‘la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó’”. La citada sentencia precisa que “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”.

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre el “dies a quo” para el ejercicio de la acción que aquí nos ocupa, así, recientemente en sentencia de fecha 9 de febrero de 2018, se matizó que “el día inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error no puede quedar fijado antes de que el cliente tenga conocimiento de las características riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por error, puesto que 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”, incidiendo en el vacío probatorio existente con respecto a la forma en que se produjo la contratación del préstamo multidivisa y su novación, al no obrar en las actuaciones documentos relativos a la fase precontractual ni acreditativos del cumplimiento por la entidad bancaria de su obligación de proporcionar la información necesaria para celebrar el contrato que nos ocupa; concluyendo que “la actividad demostrativa ejecutada en los autos originales en manera alguna permite colegir que los actores tuviesen conocimiento de las características y riesgos del producto al tiempo de otorgarse la escritura de novación parcial del préstamo el 10/10/2011, por lo que, dada la nebulosa subyacente, en absoluto puede entenderse caducada la acción ejercitada”.

En el presente supuesto, tampoco tenemos ninguna evidencia de que la entidad bancaria hubiera informado adecuadamente a D. . . . del producto que estaba contratando, desconociendo el prestatario sus características y sus efectos económicos, ni siquiera cuando se otorgó la escritura pública de novación, puesto que a pesar de haberse llevado a cabo dicha novación ante la depreciación del yen, no se ha acreditado que el actor fuera plenamente consciente y conocedor del comportamiento y evolución del producto, al no habérsele proporcionado por la prestamista la información necesaria para ello.

En consecuencia, no cabe apreciar la caducidad de la acción, ante la ausencia total de información, que impide determinar el momento en que el prestatario tuvo conocimiento pleno de haber incurrido en error al prestar el consentimiento contractual.

**TERCERO.-** La sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 se refiere a la hipoteca multidivisa, definiéndola como “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”; en cuanto a los riesgos que este tipo de préstamo conlleva, indica que “exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa

elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos".

Con posterioridad, en fecha 3 de diciembre de 2015, el Alto Tribunal se pronuncia sobre el préstamo multidivisa en los siguientes términos: "no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad". Esta postura ha sido mantenida en sentencia de 15 de noviembre de 2017, remitiéndose a la anterior y matizando "que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente "hipoteca multidivisa") es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores", dado que "La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa".

**CUARTO.-** Con respecto a la información que ha de proporcionar la entidad bancaria al cliente, la sentencia de 30 de junio de 2015, citada en el fundamento precedente, se remite a otra anterior de 20 de enero de 2014, puntualizando que los "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”.

La Sala Primera ha reiterado que la entidad bancaria prestataria está obligada a proporcionar información clara, minuciosa y comprensible sobre las características y comportamiento del tipo de préstamo que se contrata, en la sentencia de 15 de noviembre de 2017, indica lo siguiente: “faltaba la información clara y comprensible sobre las consecuencias de las cláusulas multidivisas y éstas no permiten conocer al consumidor su posición jurídica ni la carga económica que realmente asume. En concreto, no permite entender que el capital que se amortiza no es el que le fue entregado en euros, sino el calculado en yenes, por lo que el importe a devolver podrá ser renovado de manera constante en función de la evolución del tipo de cambio, de modo que pese a estar pagando las cuotas del préstamo no se va a producir amortización efectiva de la deuda en euros si el contravalor en yenes se ha revalorizado. Tampoco permite conocer las implicaciones de optar por el cambio de divisa”, puntualizando que a este tipo de préstamo “Se aplica la normativa de protección de los consumidores y usuarios sobre cláusulas abusivas”, siendo las cláusulas multidivisas “cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente, cuando se trata de contratos celebrados por consumidores”, de tal forma que “No sólo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas”.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas, exige que las cláusulas contractuales han de redactarse de manera clara y comprensible, debiendo las instituciones financieras facilitar a los prestatarios información suficiente para que puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. En aplicación de dicha Directiva, el TJUE, en sentencia de 20 de septiembre de 2017, Ruxandre Paula Andriciuc y otros, C-186/16, apartado 48, señala que “es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y consecuencias de dicha celebración”, precisando en el apartado 50 lo siguiente: “el prestatario debe estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación determinada en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto, el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa”.

En el caso concreto que nos ocupa, D. [REDACTED] carece de conocimientos sobre cuestiones relacionadas con mercados financieros; habiendo puesto de manifiesto, al responder al interrogatorio, que se dirigió a distintas entidades bancarias con la finalidad de

solicitar un préstamo hipotecario que no fuera excesivamente gravoso; en Catalunya Banc le ofrecieron contratar el préstamo que ahora nos ocupa, explicándole que los pagos había que efectuarlos trimestralmente, reflejándose en cada recibo el capital en euros y en yenes. La entidad bancaria no proporcionó al prestatario oferta vinculante ni folleto informativo, incluso la escritura pública para concertar el préstamo se la entregaron el mismo día de su otorgamiento. Matizó que la novación se llevó a cabo porque fue la solución que le ofrecieron en el banco, cuando acudió a comunicar que le resultaba imposible abonar las cuotas por su elevado importe.

El testigo D. \_\_\_\_\_, director de la sucursal donde acudió e \_\_\_\_\_, manifestó que no recuerda con exactitud las circunstancias en que se desarrolló la contratación, pero asegura que explicó el producto al cliente, siendo la intención de la mayoría de los clientes buscar un producto que conllevara la reducción de la cuota de amortización. El testigo añade que no se entregó al cliente documentación precontractual, dado que el producto no estaba sujeto a oferta vinculante, ni existía folleto informativo, habiéndole entregado, tan sólo, una hoja impresa donde se indicaba el capital, la cuota y el cambio de divisa, tratándose de un resumen sintético; además, se explicaba el producto verbalmente, aunque no llegó a advertir al cliente de que, dependiendo de la fluctuación de la moneda, podía llegar a pagar mucho más de capital.

A la vista del resultado de las pruebas practicadas, esta Sala entiende que la entidad bancaria no proporcionó al Sr. \_\_\_\_\_ la información necesaria para conocer las características del tipo del préstamo contratado, así como la evolución y consecuencias económicas del mismo, ausencia de información que generó la concurrencia de error en el consentimiento prestado, error esencial y excusable. A estos efectos, no podemos obviar que “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo” (art. 1.266 C.Civil); precepto que ha sido interpretado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de septiembre de 2002, cuando ante la alegación de infracción de los artículos 1.265 y 1.269 C.Civil, que establecen la nulidad del consentimiento prestado como consecuencia de una conducta insidiosa, dirigida a provocar una determinada declaración de voluntad, puntualiza que “la actuación dolosa de la entidad bancaria ha determinado un error en el consentimiento, que ha de calificarse de esencial y excusable, y que en definitiva, dichos vicios de la voluntad determinan la nulidad de tal consentimiento”; en sentencia de 22 de diciembre de 2009, con respecto a los contratos celebrados con entidades bancarias, considera que la nulidad del contrato por vicio del consentimiento ha de fundarse en argumentos relevantes, entre otros se encuentra “la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil”; manteniendo en la actualidad la misma postura de interpretación restrictiva de los vicios del consentimiento, pronunciándose en sentencia de 20 de febrero de 2012 en los siguientes términos: “los vicios del consentimiento (error, violencia, intimidación o dolo), requieren una cumplida prueba, sometida a la apreciación de los Tribunales de instancia. El consentimiento tiene naturaleza de hecho y su existencia corresponde declarararla al Tribunal tras la apreciación de las pruebas, y la misma naturaleza de simple hecho, la tienen los vicios del consentimiento (STS 21 de junio de 1998)”.

**QUINTO.-** En cuanto a la declaración de nulidad parcial del contrato del préstamo hipotecario multdivisa y de su novación, la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 15 de noviembre de 2017, remitiéndose a la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, “declara la



nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros” y, añade que “La nulidad total del contrato de préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicar más que al predisponente”, en definitiva, supone “la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros)”, sustitución que se considera “posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en que se contienen las cláusulas abusivas para no perjudicar al consumidor”.

Esta Sala ha declarado la nulidad parcial en sentencia dictada el 9 de febrero de 2018, siguiendo el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017.

**SEXTO.-** En virtud de lo preceptuado en los arts. 394 y 398 L.E.Civ., se impondrán a la parte apelante las costas procesales causadas en esta instancia.

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

### **FALLO**

La Sala, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora . . . en representación de Catalunya Banc, S.A., hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 18 de noviembre de 2016 por el Juzgado de 1º Instancia nº 1 de Alcobendas, en autos de procedimiento ordinario nº 1857/2013; acuerda confirmar dicha resolución en todos sus pronunciamientos.

Con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas en esta instancia.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2577-0000-00-0918-17, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso

formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala Nº 918/2017, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ