

ANNA M^a MONTAL GIBERT

PROCURADORA DELS TRIBUNALS
MARTORELL - ST.FELIU LL.
ESPLUGUES - BARCELONA

Notificat: 03/05/2016

ARCADI SALA-PLANELL ESQUÉAINA
ANSO A VALLS CLARA SISTANE

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 5
Sant Feliu de Llobregat
Procedimiento Ordinario 160/2015-A

SENTENCIA nº 57/2016 - A

En Sant Feliu de Llobregat, a 25 de abril de 2016.

Vistos y examinados por Anna Fluvià Fajula, Juez en funciones de refuerzo en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Sant Feliu de Llobregat, los autos de **JUICIO ORDINARIO, sobre nulidad contractual, seguidos con el núm. 160/2015-A** a instancia de [REDACTED] y [REDACTED] representados por la Procuradora Anna María Montalt Gibert y asistidos del Letrado Arcadi Sala Planell Esqué, **contra BANKINTER, S.A.**, representada por el Procurador Ricardo Simó Pascual y asistida del Letrado Joaquín González Roquette, de los que resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. Montalt, en nombre y representación de [REDACTED] y [REDACTED], presentó demanda de Juicio Ordinario contra Bankinter, S.A., en la que, tras exponer los hechos y citar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado que dicte sentencia declarando la nulidad del "clausulado multidivisa, cláusula 1^a, 3^a" de la hipoteca multidivisa suscrita, por error en el consentimiento y/o dolo omisivo, y, subsidiariamente, nulidad de las referidas cláusulas por infracción de normas imperativas en las obligaciones de información, diligencia, transparencia y lealtad y, en ambos casos, se proceda a calcular y liquidar de nuevo las cuotas de la hipoteca, inclusive las de amortización, desde la suscripción de la misma, referenciando su totalidad al Euribor+ 0,5 de diferencial, y se condene a la demandada a abonar a la parte actora las cantidades percibidas en exceso en cada una de las cuotas devengadas y las posteriores que se vayan devengando de acuerdo con nuevo cálculo de los mismas, ascendiendo a 3.574,02 euros en febrero de 2015, y aquellas que se devenguen con posterioridad, que se determinarán en ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 4 de mayo de 2015, se emplazó a la demandada para que compareciera y la contestara, trámite que evacuó en legal forma, y se convocó a las partes para la celebración de audiencia previa.

En dicho acto las partes ratificaron el contenido de sus escritos. La parte actora propuso prueba documental, así como testifical de [REDACTED] y [REDACTED], y pericial de [REDACTED]. La parte demandada propuso prueba documental e interrogatorio de los actores.

Practicada en el acto del juicio la prueba propuesta y admitida, previas alegaciones finales, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alegaciones de las partes.

██████████ y ██████████ ejercitan acción de nulidad relativa por vicio en el consentimiento y/o dolo omisivo y, subsidiariamente, de nulidad radical por infracción de norma imperativa, alegando que el 20 de diciembre de 2007 formalizaron ante Notario la suscripción de un préstamo con garantía hipotecaria referenciado en francos suizos, denominado habitualmente "hipoteca multidivisa", con la entidad demandada, sin conocer las características y riesgos derivados de dicho producto, al haberles sido proporcionada una información deficiente sobre sus elementos esenciales. En concreto, argumentan que el Sr. ██████████ necesitaba financiación para destinarla a un negocio, por lo que desde la entidad demandada, de la que era cliente desde hacía muchos años y en cuyo personal confiaba plenamente, en tanto durante mucho tiempo había existido una relación de confianza y asesoramiento, se le ofreció ampliar el préstamo hipotecario que grababa su vivienda habitual mediante la suscripción de una hipoteca multidivisa, convenciéndole de que suponía una muy buena oportunidad. Después de haber sido informado en la sede de la entidad financiera sobre el préstamo, se suscribió ante Notario en la fecha referida. Desde la entidad se solicitó que a la firma acudiera también su mujer, Sra. ██████████. Alegan que por parte de la entidad financiera existió una omisión de información esencial sobre las características del producto y, en particular, sobre el funcionamiento y riesgos asociados al clausulado multidivisa inserto en el mismo, y que no se entregó folleto informativo alguno, ni oferta vinculante, hoja de riesgos del producto o información de riesgos con simulación de todos los escenarios que podían surgir durante la vigencia del contrato. Asimismo, la redacción de la escritura de préstamo hipotecario es compleja y farragosa, y de la misma, sin conocimientos especializados, no es fácil advertir e identificar los riesgos del producto. Manifiestan tener un perfil conservador y carecer de los medios y conocimientos necesarios para apreciar, según la información proporcionada, riesgo alguno en el producto contratado, más que los propios de una hipoteca regular. Por todo ello, al tiempo de adquirir el producto desconocían las características e implicaciones de la hipoteca multidivisa suscrita, y en especial, la posibilidad de que el capital pendiente de amortizar aumentase.

BANKINTER, S.A., contestó a la demanda oponiéndose a la misma, alegando 1) que no cabe la nulidad parcial del contrato solicitada por la actora, en el sentido de declarar nulas las cláusulas que se refieren al carácter multidivisa de la hipoteca, por cuanto dicho clausulado es un elemento esencial del contrato, por lo que de ser declarado nulo no puede el resto del contrato subsistir; 2) negando que haya existido error en el consentimiento y/o dolo omisivo, por cuanto se proporcionó a los actores toda la información necesaria sobre las características del producto; 3) invocando los efectos del artículo 1.301 CC y la extemporaneidad de la acción ejercitada, siendo el *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad el momento de consumación del contrato, que se produjo el mismo día de su firma ante Notario; alegando

también 4) que los actores son personas con formación que podían comprender las implicaciones del producto que estaban contratando, por cuanto la Sra. [REDACTED] trabaja en banca y el Sr. [REDACTED] en el sector inmobiliario; 5) que, tal y como consta en la escritura pública, con carácter previo a su otorgamiento se facilitó a los actores oferta vinculante del préstamo y folleto de tarifas, condiciones de valoración y gastos repercutibles, y que la escritura es transparente respecto a los riesgos asociados al clausulado multidivisa.

SEGUNDO.- No extemporaneidad de la acción.

Ejercita la parte actora, con carácter principal, acción de nulidad por vicio en el consentimiento. Bankinter alega que dicha acción ha caducado, por cuanto el plazo de cuatro años a que está sometida la acción ha de computarse desde la fecha de la consumación del contrato, debiéndose entender el mismo consumado desde que se produce la entrega al prestatario del precio o cantidad convenida. En el caso de autos, la entrega de la cantidad se produjo el mismo día en que se formalizó ante Notario la escritura pública, el 20 de diciembre de 2007.

El artículo 1.301 del Código Civil establece que la acción de nulidad caduca a los cuatro años y que, en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, este plazo se computa "desde la consumación del contrato". Es jurisprudencia reiterada la que establece que no cabe confundir la perfección del contrato con su consumación, entendiéndose esta producida, en el caso de contratos de carácter sinalagmático, con el total cumplimiento de las prestaciones de ambas partes. En efecto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de febrero de 2008, señaló que el contrato no se consuma hasta la realización de todas las obligaciones derivadas del mismo y hasta que no estén completamente cumplidas las prestaciones de todas las partes. El préstamo hipotecario multidivisa se configura como un contrato sinalagmático y de tracto sucesivo del que, además de la obligación de entregar el precio por parte de la entidad, derivan otras obligaciones, tales como las liquidaciones periódicas que deben realizar los prestatarios. Según resulta de la documentación obrante en la causa, en el caso de autos dichas obligaciones no se han cumplido en su integridad, en tanto los demandantes seguían pagando las correspondientes cuotas en 2015. La cláusula financiera segunda -página 8- de la escritura pública del préstamo en divisa con garantía hipotecaria controvertido dispone que el capital se amortizará en 370 meses contados a partir de la fecha de dicha escritura, debiendo ser reembolsado el importe total antes del 21 de diciembre de 2037.

A mayor abundamiento, el artículo 122-5 CCCat dispone que el plazo de caducidad se inicia cuando nace la acción o la persona titular puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de enero de 2015 declarando que "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 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 error". Los actores alegan que no conocieron el riesgo asociado al préstamo sino hasta hace aproximadamente año y medio. Es más, la Sra. [REDACTED] alega que no fue hasta entonces cuando supo que había suscrito el préstamo hipotecario, por cuanto creía que sólo había prestado consentimiento a que su vivienda habitual se constituyera en garantía del mismo.

TERCERO.- Naturaleza jurídica de la hipoteca multidivisa.

El TS, en sentencia de 30 de junio de 2015, describe la naturaleza jurídica y el funcionamiento económico de la hipoteca multidivisa. Señala en la misma 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".

"Los riesgos de este instrumento financiero 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".

CUARTO.- Marco normativo.

La parte actora ejercita acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento, alegando que existió error al contratar, por cuanto creía estar contratando un producto con riesgos similares a los derivados de una hipoteca regular. Desconocía que según el clausulado multidivisa del préstamo suscrito podía aumentar el capital pendiente de amortizar. La demandada manifiesta que no existió error, por cuanto se proporcionó información suficiente y que, de existir, sería en todo inexcusable, dado que correspondía a la parte actora la diligencia de leer los términos del contrato firmado e informarse del producto contratado.

El artículo 1.300 CC se refiere a la anulabilidad, disponiendo que pueden ser anulados los contratos en los que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 CC (objeto, causa y consentimiento) siempre que adolezcan de alguno de los vicios que lo invalida con arreglo a la ley. Según el artículo 1.266 CC, para invalidar el consentimiento el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo. Para que el error invalide el consentimiento la jurisprudencia viene exigiendo que sea esencial y excusable.

La STS de 10 de septiembre de 2014 establece que “es esencial el error que se proyecta sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración”. Señala también que “el error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre (...) La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba”. Considera el Tribunal Supremo que “la diligencia exigible debe apreciarse valorando las circunstancias de todo tipo que concurren en cada caso, pero teniendo también en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa”. Finalmente, concluye que “en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”.

Es cuestionable si la hipoteca multidivisa puede ser considerada un producto de inversión, en los términos del artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores. En efecto, el TS, en Sentencia de 30 de junio de 2015, calificó la hipoteca multidivisa como un instrumento financiero derivado que debía entrar dentro del ámbito de aplicación de la LMV. No obstante, la STJUE de 3 de diciembre de 2015 planteó dudas sobre esta cuestión.

En cualquier caso, es exigible a la entidad financiera una especial diligencia en la información que debe proporcionar a sus clientes sobre los productos que se proponen contratar, en tanto los mismos pueden afectar a su situación y capacidad económica. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de mayo de 2011 declara que "el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible".

La hipoteca multidivisa objeto de esta *litis* se suscribió el 20 de diciembre de 2007, siendo anterior a la reforma de la Ley del Mercado de Valores operada por la trasposición al ordenamiento español de la Directiva 2004/39/CE mediante la Ley 47/2007, que entró en vigor el 21 de diciembre del 2007. La referida Directiva es denominada también Directiva MIFID y tuvo por objeto mejorar la protección de los inversores, a fin de que las empresas que prestan servicios de inversión fueran más transparentes y adecuasen las ofertas de inversión al perfil del cliente. Supuso un endurecimiento de las exigencias que deben cumplir frente a sus clientes minoristas, tal como la obligación de conocer al cliente para determinar si los servicios que se le ofrecen son idóneos o adecuados, lo que se concreta en la obligación de realizar, cuando se preste servicio de asesoramiento financiero, un test de idoneidad sobre el cliente, en el que debe obtenerse información sobre sus conocimientos, experiencia, situación financiera y objetivos de inversión, no pudiendo la entidad prestarle servicios si no obtiene dicha información; y la obligación de realizar, cuando se presten servicios distintos al de asesoramiento financiero, un test de conveniencia o adecuación, mediante el cual debe recabarse información acerca de los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, pudiendo en el caso de que el servicio o producto no sea adecuado para el cliente, prestarle el servicio u ofrecerle el producto siempre que se le haya advertido previamente de la falta de conveniencia.

Dicha normativa no resulta de aplicación al caso de autos, por cuanto es posterior a la contratación de la hipoteca multidivisa objeto del presente procedimiento y, según se infiere de la STJUE de 3 de diciembre de 2015, las hipotecas multidivisa pueden no ser consideradas un producto de inversión, resultando así excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva MIFID.

Sin embargo, sí resulta de aplicación al caso de autos la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en cuyo artículo 48 se disponía la posibilidad de que el Ministro de Economía y Hacienda, con el fin de proteger los legítimos intereses de los clientes de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, pudiera incluir exigencias tales como la formalización por escrito de los contratos, la obligatoria entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad, la fijación de normas necesarias para que la publicidad de las entidades incluyan todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones así como determinar la información mínima que las entidades de crédito debían facilitar a sus clientes con

antelación razonable a que estos asumieran cualquier obligación contractual con la entidad o aceptaran cualquier contrato u oferta de contrato, teniendo por objeto dicha información permitir que el cliente conociese las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustaban a sus necesidades y, cuando pudiera verse afectada, a su situación financiera. Como bien señala la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 44 de Barcelona, de 17 de diciembre de 2012, el que las referidas obligaciones pudieran ser objeto de un desarrollo reglamentario y el que este fuera posterior a los contratos objeto de esta *litis* (en tanto se hizo mediante la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre), no excluye el que la entidad bancaria tuviera, ya por aquel entonces, el deber de proporcionar información adecuada al cliente, atendiendo a su perfil y conocimiento, a efectos de que este pudiera conocer, en sus exactos términos, las características del producto que contrataba y sus implicaciones y riesgos.

Asimismo, el artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, y del Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, ya establecían que la entidades debían informar de las características de los instrumentos de cobertura del riesgo del aumento del tipo de interés en hipotecas suscritas a un tipo de interés variable en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988. De otro lado, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de préstamos hipotecarios, vigente al tiempo de suscribirse el préstamo controvertido, ya establecía en su artículo tercero, quinto y séptimo, la obligación de las entidades financieras de entregar a quienes pretendían suscribir una hipoteca un folleto informativo con un contenido mínimo regulado en la propia orden, así como la obligación de entregar al potencial cliente una oferta vinculante que informase al mismo del derecho de examinar, durante los tres días anteriores a la formalización del contrato, el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario.

De otro lado, al tiempo de la contratación se encontraba ya en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Dicho texto resulta de aplicación también al caso de autos, por cuanto los contratantes tienen la consideración de consumidores, en los términos expuestos en su artículo 3. Si bien el Sr. ██████ solicitó el préstamo para destinar los recursos obtenidos a fundar su negocio, en la contratación del mismo tanto él, como su esposa, actuaron a título individual, en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional. Prueba de ello es que la garantía del préstamo se constituyó sobre la que era su vivienda habitual. El artículo 60 TRLCyU regulaba la información previa al contrato, disponiendo que "Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

De todo ello se infiere que al tiempo de suscribir el contrato controvertido las entidades financieras tenían ya la obligación de entregar una oferta vinculante y el deber de actuar con diligencia, transparencia y prudencia en la venta de sus

productos, informando adecuadamente a los clientes de las características y riesgos de los mismos, especialmente en el caso de productos complejos cuya comprensión pueda resultar difícil para un consumidor sin conocimientos especializados. Ello se deriva también del propio artículo 7 CC, que impone el deber genérico de negociar con buena fe.

QUINTO.- Procedencia de la acción de anulabilidad.

El artículo 217 LEC establece el principio general según el cual corresponde a las partes la carga de probar los hechos en los que fundamenten sus pretensiones. La parte actora debe probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico pretendido, y la demandada los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los anteriores.

Habiendo alegado la actora vicios en el consentimiento, a ella le corresponde probar la existencia de los mismos, a la vez que corresponderá a la entidad bancaria la carga de probar que actuó con la diligencia exigible a la hora de informar de las características del producto ofertado y, esencialmente, del riesgo asociado al mismo.

El contenido de la información precontractual prestada es de especial relevancia en los productos financieros, en tanto estos pueden afectar de forma relevante la situación económica de los clientes. Dicha información debió de haber aclarado todas las circunstancias relativas al funcionamiento y riesgos de un producto como la hipoteca multidivisa, que se encuentra vinculada al riesgo de fluctuación de la moneda en la que esté referenciado el préstamo y sometida, en consecuencia, a un recálculo permanente del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de liquidación periódicas.

El Sr. ██████ manifestó que el producto le fue ofrecido por el personal de la oficina de la entidad financiera. Del producto le dijeron que se trataba de una hipoteca, que estaba referenciada en francos suizos, y que las cuotas podían tener pequeñas variaciones, tal como cualquier otra hipoteca. No le informaron de la posibilidad de hacer un cambio de divisas ni de la posibilidad de que el capital pendiente de amortizar pudiera aumentar de forma ilimitada. Durante la vida del producto fue pagando las cuotas, creyendo que estaba amortizando el capital pendiente y sin conocer que este había aumentado. Durante los primeros años recibía recibos en papel a su domicilio, pero dejaron de llegarle pasado un tiempo. Antes de la firma de la escritura ante Notario acudió dos veces a la oficina de la entidad financiera. No firmó nada en la oficina, sólo el día que acudieron a la Notaría. No le dieron documentación para evaluar el producto y llevársela a casa, no le hicieron preguntas sobre su perfil ni rellenó formulario alguno, y no le entregaron simulaciones sobre la variación de la divisa ni oferta vinculante, únicamente las dos primeras páginas del folleto que consta en autos como documento 5 de la contestación, en el que se basó el director de la oficina para aconsejarle sobre el producto. Sólo él se informó y habló con la oficina, su mujer fue directamente al Notario, el día de la firma, por cuanto desde la oficina les pidieron que la Sra. ██████ acudiera a la Notaría para dar su consentimiento a que la vivienda habitual del matrimonio se constituyera en garantía del préstamo suscrito.

Ello resulta confirmado por la deposición en juicio de la Sra. [REDACTED], quien manifestó que no intervino en la comercialización del préstamo, sino que únicamente acudió a la Notaría en la creencia de que no estaba contratando el préstamo, como hizo, sino que debía dar su consentimiento para que la garantía del mismo fuera la vivienda habitual de los cónyuges. Se enteró de que el préstamo estaba también suscrito a su nombre hace año y medio. Manifestó que no firmó el documento 4 de la contestación, y que todo lo que firmó lo hizo en la misma Notaría. Su marido no trajo a casa documentación alguna sobre el préstamo. Ella no acudió a la oficina bancaria, por lo que no le informaron sobre el producto ni los riesgos del mismo, ni mucho menos de la posibilidad de que el capital pendiente de amortizar pudiera aumentar de forma ilimitada.

Tanto ella como el Sr. [REDACTED] coincidieron en señalar que la lectura que de las condiciones del préstamo se hizo ante Notario fue muy rápida, y que no alcanzaron a comprender el funcionamiento y características del producto.

Se alega de contrario que la información proporcionada en la oficina por parte de su director, Sr. [REDACTED], fue minuciosa, y que se entregó a los demandantes el folleto comercial del préstamo -documento 5 de la contestación-, en el que constaban las características y funcionamiento del mismo, así como solicitud de préstamo de divisas -documento 4 de la contestación-, en el que constan las características y riesgos del mismo y un "ejemplo de cómo afecta al préstamo la evolución desfavorable de la divisa", y que con anterioridad a la firma de la escritura les fue entregada copia de la misma, para su lectura previa.

En efecto, la demandada aporta, como documento 4 de la contestación, solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria, de fecha 17 de diciembre de 2007. En el mismo constan dos firmas de la parte prestataria. La Sra. [REDACTED] manifestó no haber firmado dicho documento, alegando que la firma que en él consta no es suya. En efecto, dicha firma difiere de la que consta en su DNI. Por otro lado, el Sr. [REDACTED] reconoció haber firmado el documento, aunque manifestó no haberlo leído, en contra de la diligencia que le era exigible.

Bankinter alega que en dicho documento se explica las características y riesgo del producto contratado. No obstante, de la lectura del mismo se infiere que en la medida en que el cliente no tenga formación especializada, para la completa comprensión del funcionamiento y riesgos del producto es necesario contar con más información de la que consta en el mismo, por cuanto la información del referido documento no es clara, comprensible, e induce fácilmente a error. El último párrafo de la primera página señala que "Los prestatarios abajo firmantes conocen y aceptan que la sustitución de la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto, el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a Bankinter de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor de la divisa de deposición del préstamo, en caso de ser esta última diferente al Euro, pueda ser superior al límite pactado...". De la expresión "~~la sustitución de la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente~~" parece inferirse que el capital pendiente de amortizar no puede

aumentar, si bien de las explicaciones dadas en el acto del juicio por el Sr. Maestre se infiere que precisamente el cambio de divisas que puedan hacer los prestatarios implica la consolidación del capital pendiente de amortizar, lo que puede suponer el aumento ilimitado del mismo. Y si bien posteriormente se alude a la posibilidad de que el contravalor de la divisa de deposición del préstamo pueda ser superior al límite pactado, no se reconoce expresa y claramente que sea el capital pendiente de amortizar lo que pueda aumentar, ni se alude tampoco a la posibilidad de que lo pueda hacer de forma ilimitada.

En la siguiente página del documento 4 de la contestación consta un ejemplo de cuadro de amortización en una divisa distinta del franco suizo. En el mismo se señala que en caso de apreciarse la divisa a la que está referenciado el préstamo respecto del euro el contravalor en euros del capital pendiente de la hipoteca "podría llegar a superar incluso el contravalor inicial de la hipoteca", disponiendo a continuación que "el efecto o riesgo divisa sobre el capital vivo sólo se produce realmente, es decir se materializa, si y sólo si concurren una de las siguientes circunstancias: a) al amortizar anticipadamente la hipoteca; b) por cambio de la divisa de su capital pendiente". No se hace referencia a la posibilidad de que el capital aumente de forma ilimitada, y parece derivarse de lo anterior que el aumento de capital pendiente sólo dependerá del cliente, por decidir cambiar la divisa, o amortizar anticipadamente la hipoteca. No se alude a que dicha amortización anticipada de la hipoteca puede producirse por decisión unilateral del banco de resolver de forma anticipada el préstamo, y tampoco a que el capital pendiente de amortizar en ningún caso es fijo, sino que varía constantemente en función de los cambios en la cotización de la divisa a la que esté referenciado, por lo que todo cambio en su cotización es un riesgo que se traslada, en exclusiva, al cliente, variando no sólo las cuotas de liquidación, sino el mismo capital prestado.

Bankinter alega que se entregó a los demandantes folleto comercial del producto, que consta como documento 5 de la contestación, y que en el mismo constan las características y funcionamiento de la hipoteca multidivisa. Del examen del mismo resulta que la información que en dicho documento se proporciona es escasa, y no se alude en ningún momento a los riesgos del producto.

Alega la demandada que la información precontractual fue completa, entregando el documento 4 y 5 de la contestación, así como copia de la escritura del préstamo. Pues bien, no ha acreditado que se entregara copia de escritura del préstamo con anterioridad a su firma en Notaría, y del examen de los documentos 4 y 5 se infiere que sólo con la entrega y lectura de los mismos un consumidor sin conocimientos especializados no puede alcanzar a comprender el funcionamiento y riesgos de una hipoteca multidivisa, siendo necesario complementar dicha información con otra información o explicaciones por parte del personal de la oficina.

En este sentido, Bankinter alega que la información proporcionada en la oficina por parte de su director, Sr. [REDACTED], fue minuciosa. No obstante, de su deposición en juicio no puede ello tenerse por acreditado. En primer lugar, reconoció que la Sra. Azcarate no intervino en la comercialización del préstamo, a pesar de constar en el mismo como prestataria solidaria -véase escritura pública-, con lo que se reconoce que no se informó sobre el producto a uno de los dos contratantes. La ausencia de información respecto de la Sra. Azacarete es, pues, absoluta.

Manifestó el Sr. [REDACTED] que entregó al Sr. [REDACTED] simulaciones, folleto comercial, y demás documentación que se pudo llevar para estudiarla y analizarla. No obstante, no constan en la causa dichas simulaciones ni información, más que el folleto y la solicitud del préstamo, cuyo contenido insuficiente se ha constatado.

En cuanto a la información verbal y explicaciones que se dieron al Sr. [REDACTED], fue el Sr. [REDACTED] preciso ante las preguntas formuladas por la defensa técnica de Bankinter, entidad de la que es trabajador, manifestando que se explicaron los riesgos del producto y cómo seguir la evolución de las divisas -a través de determinadas páginas web y acudiendo a la misma oficina-. Señaló que fue el Sr. [REDACTED] quien se mostró interesado en el producto, dado que su socio también lo había adquirido con anterioridad, y que fue suya la decisión de referenciar el producto a francos suizos. Al respecto cabe decir que el socio del Sr. [REDACTED] Sr. [REDACTED], reconoció en juicio que contrataron dicho producto casi al mismo tiempo, que no lo hizo con carácter anterior al Sr. [REDACTED], y que del informe pericial del Sr. [REDACTED] -página 12-, se infiere que, dado la situación del cambio del franco suizo a la fecha de contratación, a la primera liquidación, el mes de enero de 2008, el capital pendiente de amortizar había aumentado ya en 10.000 euros, por lo que aún de haber sido decisión del Sr. [REDACTED] haber referenciado el préstamo en francos suizos -extremo que no ha sido acreditado-, el que a la primera liquidación ya existiera un aumento del capital pendiente conduce a pensar que los riesgos del producto no le fueron oportunamente advertidos.

A las preguntas de la defensa técnica de la parte actora el Sr. [REDACTED] fue vago e impreciso, evitando responder a aquellas que podían perjudicar a la entidad, de la que es trabajador, y reiterando repetidamente que la hipoteca multidivisa era un producto más de la entidad y que como producto ofertado por la entidad era recomendable. Evitó responder a preguntas tales como si el producto era, en efecto, recomendable, o si se analizó el perfil del cliente, o si daban facilidades para cambiar de divisa, o si se informó al cliente de la existencia de riesgos ilimitados. Al tiempo de intentar explicar las características y riesgos del producto sus explicaciones fueron poco claras y pedagógicas. Manifestó que no recuerda como estaba la cotización del franco suizo al tiempo de contratar la hipoteca y que este tipo de producto tiene la ventaja de que permite conseguir cuotas más asequibles, cuando de lo expuesto reiteradamente por el Sr. [REDACTED] se infiere, no obstante, que el que existan cuotas más o menos favorables dependerá, en todo caso, de la evolución del tipo de cambio de la moneda en que está referenciada la hipoteca.

Manifestó también el Sr. [REDACTED] que la operativa de cambiar de divisas era una operación absolutamente sencilla, y reconoció que no se informó de la posibilidad de que el banco pudiera resolver anticipadamente el préstamo y que en los recibos enviados periódicamente al cliente no consta que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar aumente, sino que se trata de una información que se proporciona únicamente al tiempo de comercializar el producto.

Por último, alega Bankinter que aún de haber sido deficiente la información precontractual facilitada, deberían los actores haber conocido las características del producto contratado a partir de la lectura de la escritura pública del mismo. A este respecto cabe señalar que Bankinter no ha acreditado que se entregara a los

demandantes copia de la escritura con carácter previo a la firma ante Notario, tal y como les obligaba la normativa vigente. De otro lado, la escritura, en los términos en que está redactada, no proporciona y facilita, a un ciudadano medio, sin conocimientos especializados de carácter financiero, una comprensión plena sobre el producto y, especialmente, sobre sus riesgos.

En efecto, la cláusula financiera 1ª dispone que la parte prestataria recibe un préstamo multidivisa de 230.000 euros, por su contravalor en las divisas convertibles en España. No es hasta el siguiente párrafo cuando se señala que el préstamo queda inicialmente formalizado en 385.385,7 francos suizos. La cláusula 2ª dispone que el pago se efectuará a través de 370 cuotas mensuales, de 1.770 "euros francos suizos", y no es hasta el párrafo siguiente cuando se dispone que si se modifica el tipo de interés y/o la divisa, se ajustarán las cuotas mensuales constantes a las que resulte de dicha variación.

La cláusula tercera se ocupa del devengo y cálculo de intereses y tipo de interés aplicable, previendo tanto el que se haga en divisas como en euros, y el apartado D de la misma se ocupa de la opción de cambio de divisas, estableciendo el procedimiento que debe seguirse para cambiar la divisa a la que esté referenciado el préstamo y señalando que "la sustitución afectará al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar dispuesto en una sola divisa". Tal y como explicó el perito Sr. [REDACTED], al cambiar de divisa se consolida el capital pendiente, pudiendo este aumentar ilimitadamente en caso de una evolución desfavorable de la cotización de la misma. De dicho riesgo no se hace mención clara en la escritura.

Es más, en el párrafo 23 se señala que "la sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del límite pactado inicialmente ni la reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización", lo que parece ser contradictorio con lo que sigue: "Por tanto, el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a Bankinter de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros pueda ser superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso, el banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula séptima de las financieras". En dicha cláusula séptima se relacionan todas las circunstancias por las que el banco puede considerar vencido el préstamo y exigir la inmediata devolución del capital, con intereses, demoras y gastos, sin necesidad de requerimiento previo. Entre las mismas no consta expresamente que ello pueda producirse por elevarse el capital como consecuencia de una evolución desfavorable de la divisa en la que esté referenciado el préstamo.

Por todo ello, no puede tenerse por acreditado que la información precontractual proporcionada por la entidad financiera fuera suficiente para que un cliente sin conocimientos especializados pudiera comprender las características y, en especial, los riesgos del producto, incumpliendo así el deber de actuar con diligencia, transparencia y prudencia en la venta de sus productos, informando adecuadamente a los clientes de las características y riesgos de los mismos. Si bien es cierto que era exigible cierto grado de diligencia en la parte actora a la hora de estudiar e investigar el producto contratado, reitera el Tribunal Supremo que esta diligencia debe

apreciarse valorando las circunstancias del caso y teniendo en cuenta las condiciones de las personas. El caso de autos es el de una persona inexperta que entra en negociaciones con una experta, y de la reiteración por parte del Sr. [REDACTED], en su deposición en juicio, que la hipoteca multidivisa era un producto ofertado por la entidad para la que trabaja, y que por ser ofertado por la entidad ya de por sí es recomendable parece inferirse, sin llegar a apreciar dolo, que la entidad coadyuvó a que al tiempo de contratar los clientes no conocieran con exactitud los riesgos derivados del préstamo suscrito.

Se alega de contrario que la formación de los actores -la Sra. [REDACTED] es empleada de banca, y el Sr. [REDACTED] trabaja en el sector inmobiliario- "impide que puedan alegar desconocimiento del funcionamiento de un préstamo en divisas ni tampoco de la evolución y comportamiento de la divisa". De su deposición en juicio resulta que al tiempo de contratar la Sra. [REDACTED] era cajera en una entidad financiera, y que tiene formación de administrativa; y que el Sr. [REDACTED] tenía un negocio de venta de pisos. De ello no resulta que posean conocimientos financieros o matemáticos específicos superiores al de un ciudadano medio, en cuyo caso la diligencia que les hubiera sido exigible hubiera sido superior, por tratarse de expertos. Tampoco se ha probado que tuvieran, en diciembre de 2007, más productos de riesgo, por lo que no cabe inferir que su perfil no fuera conservador ni la existencia de causa alguna que pueda justificar los defectos en la información precontractual proporcionada y la falta de advertencia de los riesgos asociados al producto.

De la pericial del Sr. [REDACTED] -página 13 de su informe- se concluye que a fecha 2 de febrero de 2015 el capital pendiente de amortizar por el efecto tipo de cambio había aumentado en un 72% respecto del capital inicial suscrito. De 230.000 euros había aumentado a 289.587,97 euros, a pesar de haber sido amortizados 61.737,54 euros. Si bien la cotización del franco suizo puede haber hecho variar dicho capital a la fecha de esta resolución, el que el capital pendiente de amortizar hubiera aumentado tan considerablemente, en un 72%, evidencia la incertidumbre e imprevisibilidad asociada al producto, de la que no fueron informados los prestatarios.

Reitera el TS -STS 12 de febrero de 2016- que lo que vicia el consentimiento no es, por sí solo, el incumplimiento del deber de información, sino la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados. No obstante, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

La demandada no ha acreditado que proporcionara información completa, rigurosa y comprensible a los clientes sobre la naturaleza y riesgos del producto, infringiendo así el deber que sobre la misma pesaba e impidiendo, en consecuencia, que los actores, al tiempo de contratar, se hicieran una representación mental correcta de las características esenciales del préstamo multidivisa y, en especial, de sus riesgos.

Tal y como se ha manifestado, para que el error vicie el consentimiento e invalide el contrato el TS viene señalando que debe ser esencial, en el sentido de proyectarse,

precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa; y excusable, en el sentido de que no sea imputable a quien lo padece y no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia medio o regular teniendo en cuenta la condición de las personas (STS 12 noviembre de 2004).

En el caso de autos, y a tenor de todo lo expuesto, resulta acreditado que la información proporcionada por la entidad financiera a los actores, suscriptores de un préstamo hipotecario multidivisa, fue defectuosa e incompleta, lo que motivó que su consentimiento no estuviera correctamente formado y se emitiera, en consecuencia, viciado por error sustancial y excusable. Se puede tener por acreditado que los actores no conocían en toda su extensión los riesgos inherentes al producto, y que la entidad financiera no cumplió con el deber de informar debidamente sobre el mismo. El error es esencial, en tanto se proyecta sobre el riesgo, característica básica de los productos financieros, y excusable, en tanto si bien es exigible al cliente que se informe debidamente del producto que contrata, cierto es también que en el ámbito financiero se produce una asimetría informativa que lleva a presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto, debiendo esta asimetría ser compensada con el cumplimiento de los deberes de información que pesan sobre la entidad financiera.

Existiendo error esencial y excusable que vicia el consentimiento prestado, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.265, 1.266 y 1.300 CC, procede estimar la pretensión de anulabilidad ejercitada.

SIXTO.- Nulidad parcial.

Dice el artículo 1.303 CC que, declarada la nulidad de un contrato, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del mismo, con sus frutos, así como el precio, con los intereses.

La parte actora interesa, en el suplico de la demanda, que se declare la nulidad de la cláusula 1ª y 3ª de la escritura de constitución del préstamo, en todo lo referido a la hipoteca multidivisa, que se proceda al recálculo y reliquidación de todas las cuotas de la hipoteca, inclusive las de amortización, desde el momento de suscripción, referenciando su totalidad al Euribor+0,5 de diferencial, y que se condene a la demanda a devolver al actor las cantidades percibidas en exceso en cada una de las cuotas devengadas y las posteriores que se vayan devengando de acuerdo con el recálculo mencionado y, en total, la cantidad de 3.574,02 euros, sin perjuicio de aquellas que puedan devengarse con posterioridad a la fecha de cálculo (febrero de 2015), cantidades que a su vez devengarán un interés anual equivalente al interés legal del dinero desde la fecha de su devengo y que se determinarán en ejecución de sentencia.

Bankinter alega que no puede existir una nulidad parcial del contrato, por cuanto las cláusulas del mismo relativas a las divisas tienen carácter esencial, y su supresión impediría la continuación del negocio jurídico. Dice en el escrito de contestación a la demanda que "la supresión de cualquiera de las cláusulas relacionadas con las

divisas anularía la esencia del préstamo, lo cual no es jurídicamente compatible con el mantenimiento del contrato y, en consecuencia, con una pretensión de nulidad parcial, lo que de por sí, debería conducir sin más a la desestimación de la demanda”.

La demandada no sólo no acredita las razones por la que no podría subsistir el préstamo sin el clausulado relativo a las divisas, sino que las afirmaciones anteriores, negando la posibilidad de que el contrato pueda substituir sin dichas cláusulas, parecen ser incongruentes con la propia naturaleza del préstamo y las características que del mismo se promocionaban. Así, el Sr. ██████ manifestó que el cambio de divisas era una operativa absolutamente simple, a la vez que la posibilidad de cambiar de divisas se prevé expresamente en la escritura pública de constitución del préstamo y se contempla como una de los rasgos propios del producto en el folleto de comercialización del mismo, aportado como documento 5 de la constatación a la demanda. En efecto, en el mismo se establece que la hipoteca multidivisa es una hipoteca que “le permite a usted pagar su casa cambiando una divisa por otra”. De ello se infiere que, del mismo modo que puede cambiarse una divisa por otra, debe poder cambiarse la divisa inicial por el euro. De otro lado, la cláusula tercera de la escritura pública del préstamo en divisas se ocupa del devengo y cálculo de intereses y tipo de interés aplicable, previendo tanto el devengo, liquidación y pago de intereses que se haga en divisas como en euros, siendo el tipo de interés de referencia en el primer caso el LIBOR y en el segundo el EURIBOR. Se infiere, pues, la posibilidad de que el contrato subsista estando referenciado en euros.

Es cierto que la jurisprudencia admite la nulidad parcial sólo cuando la nulidad recae sobre un elemento accesorio o cuando no alcance la esencia del negocio, de forma que sólo pueda tomarse en consideración cuando conste que el contrato se habría celebrado sin la parte nula y cuando la nulidad no trasciende a la totalidad del negocio, pudiendo este subsistir sin lo declarado nulo (STS de 16 de mayo de 2000). No obstante, el TS, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, después de recordar que “a diferencia de otros, como el italiano y el portugués que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* [lo válido no es viciado por lo inválido]”, indica que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del favor *negotiorum tutela* de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido.

En el caso de autos no se aprecia ni acredita que la supresión de las cláusulas o contenidos relativos a las divisas impida la subsistencia del préstamo con garantía hipotecaria, en tanto este podrá desplegar plenos efectos entre las partes aún de estar referenciado al euro, puesto que de las condiciones del mismo se infiere que se trata, en realidad, de una de las opciones contempladas para su desarrollo.

Entiende la que suscribe que el contrato controvertido puede subsistir sin el clausulado multidivisa y, en concreto, sin la referencia que a los francos suizos y al contravalor en euros del capital prestado se hace en la cláusula financiera primera,

debiéndose entender en el sentido de que el préstamo concedido es de 230.000 euros, quedando inicialmente formalizado en esta cantidad, y no en su contravalor en francos suizos; sin la cláusula que establece que la amortización se efectuará en la divisa inicialmente pactada u otra de las cotizadas en España por la que los prestatarios la hayan querido sustituir -a partir del párrafo tercero de la cláusula segunda-; así como sin la que establece la opción de cambio de divisa - apartado D de la cláusula tercera-; la relativa al tipo de interés aplicable cuando el préstamo se referencia a una divisa -apartado A y C.1 de la cláusula tercera-, subsistiendo el apartado B, que hace referencia al tipo de interés aplicable cuando el pago se hace en euro, así como el C.2; así como sin cualquier otra disposición prevenida para cuando el préstamo se haya referenciado en divisas.

La anulación de las cláusulas anteriores no impide la subsistencia del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en tanto conserva los elementos esenciales del mismo, tales como la entrega por el banco a los prestatarios de un capital de 230.000 euros, debiendo estos amortizar el mismo antes del 21 de diciembre de 2037, en un máximo de 370 cuotas mensuales, que incluyen la parte destinada a la amortización del capital y la que se aplica al pago de intereses, la fijación del tipo de interés previsto en la cláusula 3ª apartado B y la constitución de una hipoteca sobre la vivienda de los prestatarios en garantía del reembolso del capital del préstamo y todas las cantidades previstas en la cláusula de garantía.

Subsistirán el resto de cláusulas accidentales que no guarden relación con el carácter multdivisa del préstamo, tales como las relativas a la amortización anticipada, comisiones, gastos, intereses de demora, resolución del préstamo, entre otras.

Por todo ello, procede declarar la nulidad parcial de las cláusulas "multidivisa" en la escritura de préstamo en divisa con garantía hipotecaria otorgada el 20 de diciembre de 2007, debiendo la entidad demandada referenciar el préstamo en euros y recalculer el capital que, según las liquidaciones realizadas, quede pendiente de amortizar, así como los intereses que hubieran debido de ser abonados, de ser referenciado al euro.

No procede la condena de la demanda a abonar a la actora la cantidad de 3.574,02 euros en concepto de cantidades percibidas en exceso, por cuanto dicho importe no ha sido acreditado debidamente, siendo únicamente el resultado de comparar, por parte del perito Sr. [REDACTED] las cantidades que se habrían liquidado en una hipoteca estándar respecto de las efectivamente liquidadas en la hipoteca multdivisa suscrita. Las cantidades que se hubieran percibido de más y resulten acreditadas después del recalcule de los intereses devengados en aplicación del tipo de interés previsto en la cláusula tercera apartado (b) se imputarán al capital pendiente de amortización.

SÉPTIMO.- Costas.

Siendo estimada sustancialmente la demanda, en virtud del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas deberán imponerse a la demandada.

Vistos los preceptos legales citados, demás de general y pertinente aplicación y en atención a lo expuesto,

FALLO

Que ESTIMO sustancialmente la demanda interpuesta por [REDACTED] y [REDACTED] contra BANKINTER, S.A., y en consecuencia:

1. Declaro la nulidad parcial del préstamo en divisas con garantía hipotecaria suscrito por las partes en escritura pública el 20 de diciembre de 2007, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, de modo que el préstamo subsistirá sólo respecto de aquellas disposiciones que no hubieran sido prevenidas para el caso de que el préstamo hubiera estado referenciado en divisas distintas al euro, en los términos descritos en los párrafos 7 y siguientes del fundamento de derecho sexto de esta resolución.
2. En lo sucesivo, pues, el préstamo deberá entenderse referenciado en euros, siendo el capital inicial prestado de 230.000 euros, las amortizaciones se realizarán en euros y se aplicará el tipo de interés previsto en el apartado (b) de la cláusula financiera tercera.
3. Bankinter, S.A. deberá proceder a recalcular los intereses devengados y el capital pendiente de amortizar, que resultará de deducir al capital en euros inicialmente prestado -230.000 euros- las cantidades liquidadas hasta la fecha, tanto en concepto de principal como de intereses.
Las cantidades percibidas de más por la entidad se imputarán al capital pendiente de amortizar.
4. Condeno a la demandada, Bankinter, S.A, a estar y pasar por las declaraciones anteriores, y a soportar los gastos que puedan derivarse de su cumplimiento.

Se imponen a la demandada las costas del presente procedimiento.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación, a presentar ante este Juzgado, en el plazo de veinte días a contar del siguiente al de su notificación.

Para que dicho recurso sea admitido será necesario depositar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado la cantidad fijada en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 1/2009.

Así por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

