

**Juzgado de Primera Instancia nº 08 de Barcelona**

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, Edifici C, planta 6 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549408

FAX: 935549508

EMAIL: instancia8.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168168940

Procedimiento ordinario 657/2016 -1B

Materia: Demandas de acciones individuales a las condiciones generales de contratación

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 08 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: [REDACTED] Concepto: Nº Cuenta

Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: [REDACTED] Concepto: Nº Cuenta

Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: [REDACTED]

Parte demandada/ejecutada: BANKINTER, S.A.

Procurador/a: Marcel Miquel Fageda, Marcel Miquel Fageda

Procurador/a:
Abogado/a:

Abogado/a: ARCADI SALA-PLANELL ESQUE

SENTENCIA Nº 75/2017

En nombre de S.M. El Rey.

En Barcelona, a veintiocho de marzo de dos mil diecisiete.

Vistos y examinados por MARIA TERESA REIG PUIGBERTRAN, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Barcelona los autos de **JUICIO ORDINARIO**, sobre nulidad de cláusulas contractuales, seguidos con el núm. **657/2016-1B** a instancia de [REDACTED] y de [REDACTED] representados por el procurador Don Marcel Miquel Fageda y asistidos del letrado Don Arcadi Sala-Planell Esqué, **contra BANKINTER, S.A.**, representado por el procurador Don Ricard Simó Pascual y asistido de la letrada Doña Paz Barrera Vargas, de los que resultan los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador Sr. Miquel Fageda, en nombre y representación de [REDACTED] y de [REDACTED] presentó demanda de juicio ordinario contra [REDACTED]





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 se dicte sentencia declarando: 1º La nulidad del clausulado multidivisa del préstamo hipotecario, cláusula primera, segunda y tercera, en todo lo referido a la hipoteca multidivisa, por error en el consentimiento o dolo sufrido en su firma o, subsidiariamente, la nulidad parcial de dichas cláusulas por infracción de normas imperativas en sus obligaciones de información, diligencia, transparencia y lealtad, acordando en ambos casos: El recálculo y reliquidación de todas las cuotas de la hipoteca, inclusive las de amortización, desde la suscripción de la misma, referenciando la totalidad al EURIBOR + 0,45 puntos de diferencial, tal y como consta en la escritura de préstamo de 10/03/2008, así como en el informe pericial aportado y, en consecuencia, se exija a la entidad demandada la devolución de 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 19.249,20 euros, sin perjuicio de aquellas que puedan devengarse con posterioridad a la fecha de cálculo, cantidades que, a su vez, devengarán un interés anual equivalente al interés legal del dinero desde la fecha de suscripción del producto y que se determinarán en ejecución de sentencia o, subsidiariamente, devengarán el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda; 2º La nulidad, por abusiva, de la cláusula séptima A), de vencimiento anticipado, contenida en el préstamo hipotecario o, subsidiariamente, la nulidad por error en el consentimiento de los demandantes, con imposición de costas a la demandada, dada la mala fe en la comercialización de un producto de tales características a los actores y por los graves perjuicios causado.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a BANKINTER, S.A. para que, dentro del plazo legal, compareciera y la contestara, con apercibimiento de ser declarado en rebeldía.

Por escrito presentado en tiempo y forma, la entidad demandada contestó oponiéndose a la demandada y se convocó a las partes para audiencia previa.

En dicho acto, los litigantes ratificaron el contenido de sus respectivos escritos y, recibido el pleito a prueba, los actores propusieron documental, testifical de [REDACTED] y pericial de [REDACTED] y la parte demandada solicitó la práctica de documental, interrogatorio de los demandantes y testifical de [REDACTED].

Practicadas en el acto del juicio las pruebas admitidas y declaradas pertinentes, excepto el interrogatorio de la Sra. Doménech y la testifical de la Sra. Vidal, por renuncia de las proponentes, los litigantes formularon alegaciones finales y 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 los litigantes.

_____ y de _____
 _____ solicitan, en primer lugar, que se declare la nulidad parcial (cláusulas 1ª, 2ª y 3ª en todo lo referido a la hipoteca multidivisa) del contrato de préstamo hipotecario suscrito por Bankinter, S.A., como prestamista, y el Sr. Serena y la Sra. Doménech, como prestatarios, por vicio en el consentimiento. Subsidiariamente, interesan la declaración de nulidad por infracción por parte de la entidad demandada de normas imperativas en sus obligaciones de información, diligencia, transparencia y lealtad. Asimismo, solicitan la nulidad, por abusiva, de la cláusula de vencimiento anticipado.

Alegan, en síntesis, que tienen la condición de consumidores y clientes minoristas, que, en base a la relación de confianza y asesoramiento directo prestado por la entidad demandada, en fecha 10 de marzo de 2008, suscribieron un contrato de préstamo multidivisa con garantía hipotecaria por un capital de 23.255.506 yenes japoneses, equivalentes a 145.000 euros, con el fin de cancelar el préstamo hipotecario suscrito el 21 de diciembre de 2005 para acceder a su vivienda, habiéndoseles asegurado que, cambiando de operación, pagarían menos de cuota, sin que se les facilitara información suficiente y adecuada, puesto que de otra forma no hubiera suscrito esta segunda operación. Que únicamente recibieron la escritura en el momento de la contratación y no se les facilitó información previa completa y comprensible sobre los riesgos, funcionamiento y efectos del producto. Nunca han efectuado cambio de divisa por cuanto desconocían la forma de realizarlo o qué datos tener en consideración. La entidad disponía de mecanismos para estimar la evolución de los tipos y conocía que, a la fecha de la contratación, existían razones que no la hacían recomendable y se omitió información precontractual y contractual de carácter esencial y la cláusula multidivisa es difícilmente entendible para personas del perfil de los actores y ha implicado el pago de cuotas mensuales cada vez más elevadas y un considerable incremento del capital pendiente cuando, con el préstamo EURIBOR más 0,75% de diferencial, hubieran tenido que pagar 19.249,20 euros en cuotas y les quedaría, a mayo de 2016, menos de 28.958,30 euros de capital pendiente de amortizar.

BANKINTER, S.A. opuso la caducidad de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento y contestó a la demanda alegando que, desde el momento en que los demandantes manifestaron su interés en contratar un préstamo en





yenes, resulta imposible que sufrieran error en cuanto al riesgo de tipo de cambio, que el producto fue solicitado por los clientes, que decidieron endeudarse en yenes porque el tipo de interés para el euro era muy elevado y que, posteriormente, se arrepintieron porque el EURIBOR también se ha desplomado y prefieren volver a euros sin asumir que su actual deuda en yenes tiene un valor en euros que depende del tipo de cambio. Que no es de aplicación la normativa MIFID, que la propia denominación del contrato difícilmente permite pensar que se trate de un préstamo en euros y de la lectura de las cláusulas financieras se aprecia que se concertó en yenes y no es cierto que el préstamo haya supuesto para los demandantes que adeuden más capital sino que adeudan una cantidad en yenes que tendrán un valor determinado en cada momento respecto de otras divisas. Las obligaciones contractuales asumidas por el cliente son idénticas a las de un préstamo formalizado en moneda nacional, el hecho de que la devolución debe realizarse en divisa extranjera implica que el cliente debe conocer y aceptar el riesgo de tipo de cambio y el hecho de que el tipo de interés se calcule de conformidad con el Libor implica que debe conocer y aceptar la referencia a este índice y ese riesgo fue informado a los demandantes, siendo meridianamente claras las cláusulas del préstamo.

Que, en fase precontractual, entregó un documento a los demandantes en el que se informa expresamente acerca del riesgo de divisa que afirman desconocer, que las previsiones en el momento de la contratación eran que el yen seguiría devaluándose en relación al euro y que el Euribor se mantendría a niveles elevados con tendencia alcista, siendo la contraria la situación del Libor y que, con anterioridad a la contratación del producto, los clientes mantenían diversas reuniones con empleados de la entidad en las que se les explicaban las características y riesgos del producto, se hacían comparativas del coste total del préstamo en las divisas principales y se les exhibían los datos históricos de los últimos años de la divisa escogida y el Notario se aseguró antes de la firma de la escritura de que los clientes no tuvieran ninguna duda y tuvo que advertirles del riesgo de contratar el préstamo en divisa, la entidad remitía mensualmente a los demandantes extractos con la información relativa a cada uno de los pagos en los que constaba que el capital del préstamo estaba denominado en divisa extranjera, el tipo de interés aplicado en cada momento y la deuda pendiente de cara al próximo período de interés y los clientes podían acceder a intranet para comprobar los datos de su préstamo en divisa. Asimismo, alegó la inexistencia de cláusulas abusivas e improcedencia de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

SEGUNDO.- Préstamo hipotecario multidivisa.

En la sentencia de 30 de junio de 2015, el Tribunal Supremo define la hipoteca multidivisa 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 Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)” y señala que “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 sus riesgos, la referida sentencia 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”. Añade que “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”.

El Tribunal Supremo consideró la hipoteca multidivisa como un préstamo, un instrumento financiero derivado relacionado con divisas y complejo, incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores, pero el Tribunal de Justicia de la Unión

Codi Segur de Verificació: 29RHHYWDGLZ90QJ26PY19ZC8TX0ZJK5

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAPI/consultacSV.html>

Signat per Reig Puigbarnan, Maria Teresa;

Data i hora 29/03/2017 13:58





Europea, en sentencia de 3 de diciembre de 2015, declaró que este tipo de préstamo no es un instrumento financiero en tanto que las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un servicio o una actividad de inversión, tratándose de operaciones puramente accesorias a la concesión y reembolso de un préstamo al consumo y concluyó que las entidades financieras no están sometidas a las obligaciones en materia de la evaluación de la adecuación o no del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el art. 19 de la Directiva 2004/39/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID) pero, tal como declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 30 de septiembre de 2016, al margen de la aplicación de la normativa MiFID o su trasposición en la Ley del Mercado de Valores en su redacción dada por Ley 4/2007, existen unos deberes de información que incumben a las entidades bancarias para con sus clientes que es consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia 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.

TERCERO.- Pretensión de nulidad por vicio en el consentimiento.

Son hechos relevantes para la resolución de la presente controversia que resultan de la documental obrante en autos:

1º Que, en fecha 21 de diciembre de 2005, [REDACTED] y [REDACTED], como prestatarios, y Bankinter, S.A., como prestamista, suscribieron un contrato de préstamo hipotecario por un capital de 144.243 euros, a reembolsar en el plazo de veinticinco años contados desde la fecha de la escritura pública, pactándose un interés del 3,10% durante el primer año y un interés variable a partir del 21 de diciembre de 2006, siendo el tipo de referencia el EURIBOR con más un diferencial de 0,45 puntos (doc. 1 de la demanda).

2º Que, el día 10 de marzo de 2008, los litigantes suscribieron "escritura de préstamo en divisa con garantía hipotecaria" en cuyo exponen primero consta que "la PARTE PRESTATARIA, solicita, de forma solidaria, a BANKINTER, S.A. un préstamo de CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL EUROS, disponible por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España..." y en virtud del





cual la entidad bancaria convino con dichos señores la concesión (cláusula financiera primera) de un "préstamo mutidivisa de CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL EUROS, por su contravalor en las divisas convertibles en España. Dicho contravalor se calculará en base al cambio vendedor del EURO que oferte Bankinter, en el momento en que la parte prestataria ordena la primera disposición, en relación a la divisa elegida y en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto la mencionada primera disposición del préstamo...El préstamo inicialmente queda formalizado en VEINTITRES MILLONES DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL QUINIENTOS SEIS YENES, cuyo contravalor en euros a fecha de hoy asciende a CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL EUROS, contravalor en divisas a efectos informativos...La parte prestataria declara haber recibido del Banco el importe de este préstamo, en Euros o en la divisa elegida, mediante ingreso efectuado por el Banco el día de hoy, en la cuenta corriente que mantiene..."

En la cláusula segunda, relativa a amortización, consta que: "Se establecen veinte años, contados a partir de la fecha de la presente escritura, para el reembolso total de su importe...La amortización se efectuará en la divisa inicialmente pactada o variará de acuerdo con el apartado D) de la Cláusula Financiera Tercera. El pago se efectuará a través de doscientas cuarenta cuotas mensuales, por un importe de CIENTO CATORCE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE CON VEINTINUEVE YENS...Si se modificase el tipo de interés y/o la divisa, se ajustarán las cuotas mensuales constantes a las que resulte de dicha variación..."

La cláusula tercera, relativa al "Devengo y cálculo de intereses. Tipo de interés aplicable", establece que: A) En divisas, el tipo de interés se determinará mediante la adición de dos sumandos, el tipo de referencia constituido por el LIBOR y el diferencial y que a dicho tipo de interés se añadirán cuantos gastos, corretajes, comisiones e impuestos de todo tipo se originen y deban ser pagados por BANKINTER para la obtención de dichos recursos; B) En Euros, el tipo de interés se determinará mediante la adición de dos sumandos: el tipo de referencia constituido por el EURIBOR y el diferencial, al que se añadirán los conceptos anteriormente indicados para el tipo de interés en divisas, siendo el diferencial de 0,45 puntos netos durante el período de vigencia del préstamo, con la salvedad del diferencial establecido para el sobregiro en la cláusula financiera sexta.

Dicha cláusula, apartado D), contiene la "OPCION DE CAMBIO DE MONEDA Y COMUNICACIONES" y establece que "Al vencer cada período de amortización, le (sic) parte prestataria podrá sustituir una divisa por otra de las cotizadas en España. El contravalor de la divisa saliente se calculará en base al cambio comprador del Euro publicado por Bankinter en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto el cambio de divisa y la divisa





entrante se calculará en base al cambio vendedor del Euro publicado por Bankinter en el mismo plazo. Igualmente podrá convertirse a Euros. La sustitución afectará al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar dispuesto en una sola divisa. A estos efectos, se harán los oportunos trasposos y BANKINTER reflejará el préstamo en el tipo de cuenta, en divisas o Euros que haya determinado la parte prestataria, quedando los diferentes saldos amparados por la presente escritura...La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, 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, S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en Euros pueda ser superior al límite pactado...”

Habiéndose opuesto la excepción de caducidad de la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento, procede analizar dicha cuestión con carácter previo.

El art. 1301 del Código Civil establece que la acción de nulidad caduca a los cuatro años que, en los casos de error, dolo o falsedad de la causa se computan “desde la consumación del contrato”. Tratándose de contratos de tracto sucesivo, podemos afirmar, conforme declaró el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de febrero de 2008, que no se consuman en el momento de la perfección sino hasta la realización de todas las obligaciones y están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes (STS de 11 de junio de 2003), por lo que no cabe considerarlos consumados y, a efectos de cómputo del plazo para el ejercicio de la acción, debe estarse a lo dispuesto en el art. 121-23.1 del Código Civil de Cataluña y a lo declarado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de enero de 2015 en el sentido de que “el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijado 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”.

La demanda se presentó en fecha 9 de septiembre de 2016 y si bien es cierto que, desde la fecha del contrato de préstamo hipotecario multdivisa, habían transcurrido más de cuatro años, no queda acreditado el transcurso de dicho plazo desde que los prestatarios hubieran podido conocer realmente las características y riesgos del producto, por cuanto en los recibos emitidos por la entidad demandada no constan datos suficientes para que aquellos, consumidores sin conocimientos financieros, pudieran calcular, tal como hizo el





perito en su informe, y conocer el alcance del riesgo del tipo de cambio materializado en un perjuicio económico cifrado en 19.249,20 euros, que corresponde a la diferencia en más de cuotas abonadas en relación a un préstamo hipotecario en Euros según la pericial presentada por la actora y no desvirtuada por la demandada, y en otros 28.958,31 euros correspondientes a capital pendiente de amortizar que hubiera sido liquidado en caso de préstamo en Euros, por lo que procede desestimar la excepción de caducidad de la acción de anulabilidad.

Conforme declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1996, incumbe a la parte actora demostrar la concurrencia de los vicios o la falta de los elementos esenciales que permitan la estimación de su demanda. Para que pueda estimarse error invalidante en la formación del contrato, como causa de anulación del mismo, es necesario que el error recaiga sobre condiciones esenciales incorporadas al negocio jurídico y que sea excusable, considerándose por la Jurisprudencia inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media, pues cada parte debe informarse de las condiciones que son relevantes para ella (STS de 18 de febrero de 1994 y de 14 de julio de 1995, entre otras).

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 declara que "hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta...Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea", que "es lógico que un elemental respeto a la palabra dada -"pacta sunt servanda"- imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado" y, para que quepa hablar de vicio, señala que "es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias". Añade que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre las condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo y ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse sobre aquellas presuposiciones que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa y que si los motivos o móviles del contratante no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta del contrato, el error en la representación de las circunstancias pasadas, concurrentes o esperadas resulta irrelevante como vicio del consentimiento, ya que se entiende que quien contrata asume un riesgo de que sean acertadas o no sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses. Señala, además, que "lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual" y que "si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano".





Alegada la existencia de vicio del consentimiento e incumbiendo a la parte actora la demostración del mismo y a la demandada acreditar que dio a los prestatarios información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación del préstamo multidivisa objeto de esta litis, procede analizar si [REDACTED] y [REDACTED] tuvieron conocimiento de las características y riesgos del producto, por cuanto el deber genérico de negociar conforme a las exigencias de la buena fe conforme al art. 7 del Código Civil conlleva el deber de valorar los conocimientos y experiencia financiera del cliente a fin de precisar el tipo de información que la entidad bancaria ha de proporcionarle en relación con el producto concreto y, en su caso, emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, ya que la omisión en el cumplimiento de los deberes de información permite presumir en el cliente la falta de conocimiento, pudiendo ser desvirtuada dicha presunción mediante prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza y los riesgos asociados al producto, siendo inexcusable el error en ese caso.

El testigo [REDACTED] empleado de la demandada, manifestó que se acordaba "levemente" de los demandantes y que, viendo la documentación, comprobó que intervino en esa operación pero, debido al tiempo transcurrido, no pudo concretar la información facilitada a los prestatarios, habiendo realizado manifestaciones genéricas relativas a su forma de proceder en contrataciones como la que es objeto de esta litis.

La contratación del préstamo en divisas se realizó en un contexto de subida del EURIBOR, como un préstamo con un tipo de interés mucho más bajo, con ahorro de intereses importante al ser el tipo de interés del yen japonés en los años anteriores al contrato muy bajo y estar el EURIBOR por encima.

No consta la información que en su día facilitó Bankinter, S.A. a los demandantes, por cuanto no se aportó expediente acreditativo y el empleado de la entidad que comercializó el producto no pudo recordar la información concreta que transmitió [REDACTED]

Como documento nº 15 de la contestación a la demanda, la entidad demandada aportó "Documento de Primera Disposición" suscrito por los litigantes y fechado el 6 de marzo de 2008 en el que consta la solicitud de "un préstamo en divisas con garantía hipotecaria de 145.000 euros, por su contravalor en YENES JAPONESES", la forma de cálculo del contravalor y un último párrafo con el siguiente tenor literal: "Los Prestatario/s 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, S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad





de que el contravalor en la divisa de disposición del préstamo pueda ser superior al límite pactado”.

Si bien es cierto que, a tenor del contenido de la escritura de préstamo hipotecario en divisas y de dicho documento, no puede considerarse acreditado que los prestatarios demandantes desconocieran que estaban contratando un préstamo multidivisa, dicho documento y la escueta mención contenida en la escritura pública no acreditan que la prestamista ofreciera información clara y precisa de las características y riesgos específicos del producto así como de las previsiones para los años siguientes de que disponía la entidad acreedora, por cuanto se trata de documentos redactados por la Bankinter, S.A. de cuyo tenor resulta que tienen por finalidad exonerar a la entidad de posibles responsabilidades.

El riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente en divisa actúa como factor de recálculo del contravalor en euros correspondiente al montante del capital en divisa, lo que supone que el riesgo de fluctuación afecta al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada y también al capital, que puede verse incrementado pese al pago de cuotas. Además la opción de cambio de divisa supone una previa consolidación en euros del capital prestado, materializándose en euros el incremento que la fluctuación de las monedas produce en el capital prestado. No consta que los prestatarios fueran previamente advertidos de ello y la cláusula multidivisa contenida en el contrato no concreta ni explica los riesgos derivados de la fluctuación de la divisa y tampoco indica que el cambio de moneda implica consolidación de posibles pérdidas, por lo que los deudores no pudieron prever un resultado tan adverso como el producido pues, adeudando inicialmente un capital equivalente a 145.000 euros y habiendo transcurrido ocho años hasta mayo de 2016, último mes tenido en consideración en el cálculo realizado por el perito [REDACTED] el capital pendiente se cifra en 118.928,93 euros, por lo que durante dicho período de tiempo los demandantes únicamente lograron amortizar 26.071,07 euros cuando, según se desprende de la pericial aportada, de haberse tratado de un préstamo convencional en euros, hubieran amortizado 55.029,38 euros.

La entidad bancaria debió facilitar a los prestatarios toda la información necesaria sobre las características y riesgos del contrato de préstamo hipotecario multidivisa y asegurarse de que [REDACTED] habían comprendido el funcionamiento del producto y la incidencia que podía tener en su economía una probable evolución al alza del valor de la divisa contratada en relación al Euro, dato del que disponía la entidad demandada a través de Bloomberg y de Reuters, plataformas que permiten a las entidades bancarias conocer las previsiones de las cotizaciones de diferentes derivados.

BANKINTER, S.A. no ha acreditado la entrega de folleto informativo alguno y no consta que el Notario advirtiera a los prestatarios de forma clara y comprensible





del riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

La falta de información precontractual y contractual clara, completa y en términos comprensibles sobre las características y riesgos del préstamo multidivisa determina la concurrencia de error sobre las condiciones esenciales del negocio jurídico pues, tal como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de enero de 2014, para prestar el consentimiento libre, válido y eficaz es necesario haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren y la falta de información adecuada impide considerar que se tuviera conciencia de lo que se contrataba. Dicho error es excusable, atendida la relevancia de la información omitida y dado que [REDACTED] no tenían conocimientos bancarios y financieros suficientes para saber cuáles eran las características del préstamo y los riesgos que asumían. Como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, la falta de conocimiento de los productos contratados y de los riesgos asociados a los mismos vicia el consentimiento, puesto que determina en el cliente minorista que contrata una representación equivocada sobre el objeto del contrato y la existencia de los deberes de información sobre la entidad bancaria incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, "pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero contratado en que consiste el error le es excusable al cliente".

Concurriendo error esencial y excusable, vicio invalidante en la prestación del consentimiento, en virtud de lo dispuesto en los arts. 1266 y 1300 del Código Civil, procede la estimación de la demanda, puesto que el acceso a los extractos emitidos por la entidad bancaria no pueden ser considerado acto confirmatorio del contrato cuya nulidad se pretende por cuanto, conforme al art. 1311 del Código Civil, para que se pueda entender tácitamente confirmado el contrato se requiere que el contratante tenga conocimiento de la causa de nulidad, que ésta hubiere cesado y que ejecute un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo, requisitos que no concurren en el presente caso.

CUARTO.- Efectos de la nulidad.

La consecuencia de la nulidad del clausulado multidivisa no puede ser la nulidad total del contrato porque no supone la imposibilidad de que subsista, sino la contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, sobre nulidad parcial de los contratos por aplicación del principio de conservación del negocio jurídico puesto que, conforme a lo indicado en la misma y en la STS de 9 de enero de 2015, cabe declarar la nulidad parcial de un contrato siempre que los contenidos afectados sean indivisibles o separables del resto y haya base para afirmar que, aun con la amputación y sin necesidad de una nueva voluntad acorde, las partes lo hubiesen querido igualmente.





Siendo nulas las cláusulas de opción multivisa, así como las relacionadas con las mismas, procede, conforme a lo interesado, dejar referenciado el contrato de préstamo hipotecario a moneda Euros y recalcular las cuotas pagadas en Euros, aplicar como tipo de interés de referencia el Euribor con más un diferencial de 0,45 puntos y la devolución de la cantidad percibida en exceso hasta mayo de 2016, 19.249,20€, sin perjuicio de aquellas que puedan devengarse con posterioridad a la fecha de cálculo efectuado en el informe pericial acompañado a la demanda, cantidades que deberán ser incrementadas con el interés legal del dinero desde la fecha de cada uno de los cobros, a determinar en ejecución de sentencia, subsistiendo el contrato sin los contenidos declarados nulos.

QUINTO.- Cláusula de vencimiento anticipado.

Los demandants solicitan que se declare la nulidad, por abusiva y, subsidiariamente, por error en el consentimiento, de la cláusula séptima A), que contempla como causa de resolución del contrato que "Los prestatarios incumplan el plan de amortización del capital o del pago de los intereses establecido en la presente escritura, o por el sobregiro del saldo que pueda producirse en cualquiera de las cuentas asociadas al producto contratado, cualquiera que sea la causa que lo haya motivado, incluso el originado por cargo de intereses".

Es evidente que el incumplimiento de la obligación de pago de las cuotas de un préstamo hipotecario puede revestir carácter esencial en el marco del contrato, pues constituye la principal obligación del prestatario y la Jurisprudencia, con base en los arts. 1124 y 1255 del Código Civil, ha declarado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa, verdadera y manifiesta dejación de obligaciones de carácter esencial (STS de 9 de marzo de 2001 y de 12 de noviembre de 2008), pero la facultad de declarar el vencimiento anticipado constituye una excepción respecto a las normas aplicables a la materia, por lo que debemos atender a las circunstancias concretas del caso. No reviste dicho carácter esencial el incumplimiento indicado en el apartado transcrito en los términos en los que está redactado, por cuanto el impago de una sola cuota o parte de la misma o un sobregiro del saldo en cuentas asociadas al préstamo hipotecario facultarían a la entidad bancaria para instar la resolución del contrato.

Las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013 y de 26 de enero de 2017 declaran que, por lo que respecta a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez comprobar si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave





con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Tal como señala el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de enero de 2016, el TJUE, en el auto de 11 de junio de 2015, disocia la valoración del carácter abusivo de la cláusula tanto de que el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma (actualmente, tres meses), como del hecho de que la cláusula respetara este tiempo mínimo, evidenciando de este modo que el número de cuotas pactado para permitir el vencimiento anticipado de la obligación y/o el número de cuotas incumplidas no son los únicos elementos a considerar a los efectos de declarar el carácter abusivo de la cláusula, sino que esta conclusión precisará de un examen valorativo de la obligación concertada que permita apreciar concurrente un incumplimiento esencial que justifique la resolución anticipada.

El Tribunal Supremo ha declarado que, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios de esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia (STS de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016).

Atendiendo a que la cláusula transcrita no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación, al permitir la resolución con el incumplimiento de un solo vencimiento o por un sobregiro del saldo en una cuenta asociada al préstamo, procede la declaración de abusividad y nulidad de la misma, al no vincularse a la gravedad cuantitativa ni cualitativa.

SEXTO.- Intereses y costas.

Son de aplicación los intereses del art. 1108 del Código Civil desde las fechas de los pagos, sobre los excesos abonados, hasta la fecha de esta resolución y los del art. 576 desde la fecha de esta sentencia hasta la del pago.

En virtud de lo dispuesto en el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas han de imponerse a la parte demandada.





Codi Segur de Verificació: 25RHYW2DGLZ9QOJ26PY19ZC8TX0ZJK5

Signat per Reig Puigberran, Maria Teresa.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Data i hora 29/03/2017 13:58

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

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por [REDACTED]

contra BANKINTER, S.A., declaro la nulidad parcial del contrato de préstamo en divisa con garantía hipotecaria suscrito por los litigantes en fecha 10 de mayo de 2008, por error en el consentimiento, concretamente, del clausulado multivisa, cláusulas primera, segunda y tercera, en todo lo referido a la hipoteca multivisa y que procede recalcular y reliquidar todas las cuotas del préstamo hipotecario, inclusive las de amortización, desde la suscripción del mismo, referenciando su totalidad al EURIBOR + 0,45 puntos de diferencial, tal y como consta en la escritura de préstamo, y, en consecuencia, condeno a la entidad demandada a devolver las cantidades percibidas en exceso en cada una de las cuotas devengadas y las posteriores que se vayan devengando de acuerdo con el recálculo efectuado en el informe pericial aportado por los demandantes y, en total, la cantidad de 19.249,20 euros, sin perjuicio de aquellas que puedan devengarse con posterioridad al mes de mayo de 2016, cantidades que, a su vez, devengarán un interés anual equivalente al interés legal del dinero desde la fecha de suscripción del contrato hasta la de esta resolución y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta la del pago, y que se determinarán en ejecución de sentencia.

Asimismo, declaro la nulidad, por abusiva, de la cláusula séptima A) del contrato de préstamo en divisa suscrito por los litigantes en fecha 10 de marzo de 2008.

Se imponen las costas del procedimiento a BANKINTER, S.A.

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 su resolución por la Audiencia Provincial de Barcelona.

Dicho recurso no será admitido si no se deposita 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



MARCEL MIQUEL FAGEDA

>> ARCADI SALA-PLANELL ESQUE

Tlf. 934672872 - Fax. 934672889

Tlf. 932327011 - Fax. 932322212

m-miquel@barcelona.cgpa.net

16/17



1/2009.

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

[Faint signature and stamp area]

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Codi Segur de Verificació: 25RHYW2DGLZ9QOJ38PY19ZC8TX0ZJK5

Signal per Reig Puigberran, Maria Teresa.

Data i hora 29/03/2017 13:58

