

JOSE MANUEL LUQUE TORO

Procurador de los Tribunales
E-Mail: jmluquet@telefonica.net
Telf./Fax: 93 338 85 38

LDO.: PATRICIA GABEIRAS VAZQUEZ

NOTIFICADO: 13/12/13

Juzgado Mercantil 4 Barcelona
Gran Via de les Corts Catalanes, 111, Barcelona

Procedimiento ordinario 350/2013 Sección X

Parte demandante **y**
Procurador **JOSE MANUEL LUQUE TORO**
Parte demandada **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**
Procurador **CARLOS MONTERO REITER**

SENTENCIA Nº 193/13

MAGISTRADO D. LUIS RODRIGUEZ VEGA

Barcelona, a 9 de diciembre de 2013

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento se inició mediante demanda presentada el día 1/8/2012 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Sant Boi, en reclamación de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a un préstamo hipotecario mutidivisas suscrito entre la actora y la entidad financiera demandada Banco Popular Español SA.

SEGUNDO.- Emplazado el demandado, compareció para presentar una declinatoria por falta de competencia objetiva y contestar a la demanda y oponerse a las pretensiones del actor, solicitando la desestimación de la demanda y la condena en costas de éste.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Sant Boi acordó inhibirse por falta de competencia objetiva y remitir los autos a este Juzgado. Una vez comparecidas ambas partes, se acordó continuar el procedimiento y convocar a las partes a la audiencia previa.

CUARTO.- La audiencia previa tuvo lugar el día 18/9/2013. En ella actora y demandada propusieron la prueba que consta en el acta para acreditar los hechos controvertidos.

QUINTO.- Los días 27 y 29 de noviembre de 2013 tuvo lugar el juicio, donde se practicaron las pruebas acordadas y se declararon los autos conclusos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son hechos relevantes para resolver el presente litigio y no controvertidos por haber sido reconocidos expresamente por las partes los siguientes:

a) _____ y _____ suscribieron el día 10 de mayo de 2007 un préstamo para la adquisición de una vivienda, en garantía de su devolución constituyeron dos hipotecas, una sobre la vivienda adquirida con dicho préstamo y una segunda hipoteca sobre otra vivienda propiedad del Sr.

b) En la cláusula 1.1, bajo la rúbrica “capital del préstamo”, se dice lo siguiente:
<<1.1. Importe.- Banco Popular Español SA, en lo sucesivo el Banco, (...) conviene con D. _____ y D. _____ la entrega a estos en calidad de préstamo multidivisa de la suma de 390.000 euros en divisa contratada por su contravalor en euros (...). Dicho contravalor se establecerá en base al cambio “comprador” de la divisa elegida, respecto del Euro, que el Banco publique en la fecha que se formalice el presente contrato, salvo que las partes acuerden la aplicación de un cambio distinto. El préstamo inicialmente queda formalizado en 64.194.000 yenes japoneses>>.

<<1.2 Entrega de Capital.- La entrega del capital del préstamo por el banco a la parte prestataria, en euros o en la divisa elegida, ha tenido lugar antes de este acto, por lo que dicha parte prestataria lo declara recibido a su plena satisfacción>>.

<<1.3. Cláusula multidivisas.- Una vez que haya finalizado el periodo de carencia pactado en el apartado 2.1. de esta cláusula primera, la prestataria podrá, con un mínimo de 3 días hábiles de antelación al vencimiento de cada cuota de amortización, solicitar la sustitución de la divisa por otra de las cotizadas en España, incluido el euro, valorándose a estos efectos la divisa que se sustituya al cambio vendedor, y la que se introduce al cambio comprador. La sustitución deberá afectar al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar utilizado y reflejado en una sola divisa>>.

<<La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación de tipo de cambio. Por tanto, la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a B Popular de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo (...).

c) En relación a los intereses pactados, la escritura establece los siguientes:

<<3.1 Hasta el 10/5/2008 se aplicará un tipo de interés nominal de 2'10” anual>>.

<<3.2 Variación del tipo de Interés Inicial:- A partir del 10/5/2008, el tipo de interés anual aplicable a las liquidaciones que se produzcan se determinará de la siguiente manera:

1) La adición, en todo caso, de un margen o diferencia al tipo de interés de referencia, que será de 1'50 puntos porcentuales para disposiciones en euros, y de 1'25 puntos porcentuales para disposiciones en divisas (...)

A) Tipo básico de referencia.

a) Para disposiciones en euros , se establece como tipo básico de referencia el tipo interbancario a un año (Euribor) (...)

b) Para disposiciones en divisas, se establece como tipo básico de referencia el Libro (...).>>

<<3.3. Límites a la variación del tipo de interés aplicable: No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato, si fuera establecido en euros, será del 3'50%.>>

SEGUNDO.- La actora sostiene que el contrato suscrito no puede ser calificado de simple préstamo, sino que es una operación híbrida, conformada por un préstamo de 390.000 euros con garantía hipotecaria y un derivado financiero en divisas. No puedo aceptar esa valoración, la letrado de los actores se basa en un informe pericial que analiza el contenido económico del contrato y que concluye que sus efectos económicos serian semejantes si los contratantes hubieran celebrado esas dos operaciones (un préstamo y un derivado), pero una cosa es que los efectos sean los mismos y otra que los contratantes hayan celebrado efectivamente dichos negocios jurídicos. Para saber lo que suscribieron hay que estar, en primer lugar, a los términos de la escritura.

TERCERO.- Creo que de la lectura de la escritura no cabe la menor duda que los actores y el Banco demandado suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, su especialidad reside en la divisa en la que fue concertado. Según los términos de la cláusula 1.1 el importe del préstamo se fija inicialmente en yenes japoneses, concretamente 64.194.000 yenes, equivalentes en aquel momento a 390.000 euros, y se pactó que los prestatarios, es decir, los demandantes, podrían cambiar la divisa en la que estaban obligados a devolver el capital prestado, cláusula 1.3. Por lo tanto, como he dicho, a mi juicio el préstamo se pactó en yenes y, en consecuencia, se tenía que devolver en yenes, con la peculiaridad de que los prestatarios podían haber cambiado la divisa del capital pendiente, cambio que no han efectuado. En consecuencia, no se puede tratar este préstamo como si fueran dos negocios diferentes, el préstamo y el derivado.

CUARTO.- El actor pretende que se declare la nulidad parcial del contrato, centrado en las cláusulas relativas a la determinación de la divisa en la que queda formalizado del capital prestado y la obligación de devolver. Entre otros motivos, el actor alega la falta de consentimiento válido respecto de dichas cláusulas.

QUINTO.- A mi juicio el motivo fundamental por el que los demandantes piden que se declare la nulidad parcial del contrato, concretamente de aquella cláusula de divisa, es por no haber comprendido correctamente el alcance los riesgos asumidos al haber concertado un préstamo en yenes y no en euros. Esta operación presenta dos riesgos fundamentales, el primero, el derivado de la variación de los tipos de interes, el segundo derivado de las variaciones del cambio yen/euro. Indudablemente los demandantes sabían que los valores de cambio de las divisas podrían variar, pero lo que defienden es que no eran concientes de la posibilidad de que dicha variación podía incrementar su deuda en más de un 50%, como realmente ha sucedido. Así, según el recibo de la

cuota de 10 de febrero del 2012, después de estar amortizando el préstamo durante casi cinco años (mayo 2007- febrero 2012), de deber inicialmente 390.000 euros (64.194.000 yenes), los prestatarios pasan a deber 555.497 euros (56.008.279 yenes) de capital, debido a la inesperada apreciación del yen sobre el euro. Según el informe pericial de la demandada (pag. 18) entre la fecha de suscripción del préstamo y la fecha de interposición de la demanda (30/7/2012) el yen se apreció en un 37'7%, cuando su perspectiva en el momento en que se suscribió el contrato era que la apreciación fuese del 13'5%.

SEXTO.- Un contrato puede ser anulado, cuando el consentimiento ha sido prestado por error, art. 1265, CC, éste ha de recaer “sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”, en este tipo de contratos financieros, corresponde a la entidad crediticia proporcionar al cliente la información necesaria para que éste pueda “conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera”, art. 48.2.h) de la Ley 26/1988 de 29 julio 1988 (EDL 1988/12662). Si la entidad no prueba que ha cumplido con dicha obligación, puede presumirse que el cliente sufrió un error a la hora de valorar los riesgos del producto y cómo podía llegar a afectar a su situación financiera.

SÉPTIMO.- El Tribunal Supremo, en su sentencia 683/2012, de 21 de noviembre (FJ 4), cuyos fundamentos han sido reiterados en la sentencia 626/2013, de 29 de octubre (FJ 7) (ponente Sr. Ferrándiz) expone cual es la doctrina clásica sobre el error vicio del consentimiento, art. 1265 y 1266 CC.

<<Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta - sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

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. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad - autonomía de la voluntad -, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos - sentencia de 15 de febrero de 1977-

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio 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.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer - además de sobre la persona, en determinados casos - 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 - sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato - artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil-. Además el error ha de 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.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978y 21 de mayo de 1997, entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. 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.

V. Se expuso antes que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia - sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo - exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida>>.

OCTAVO.- Los demandantes suscribieron el contrato en la creencia errónea de que podían asumir el pago del préstamo, ya que no eran realmente conscientes del riesgo que supondría una extraordinaria apreciación del yen sobre el euro.

Es evidente que los demandantes sabían que el valor del cambio de las divisas podía cambiar, pero lo que no eran realmente conscientes de los riesgos que asumían con el enorme factor de aleatoriedad que estaban introduciendo en un contrato de préstamo, en el que normalmente el único dato variable es el del tipo de interés. Al suscribir el contrato en yenes, no fueron realmente conscientes de que una eventual apreciación del yen sobre el euro, podría incrementar su deuda en más de un 50%. Quiero remarcar que no se trata de que los demandantes no pudieran prever esa apreciación, es decir, que los demandantes erraran en sus previsiones de evolución de la paridad de esas divisas, previsión que no podían hacer ni los demandantes ni la entidad financiera, sino que el error se centra en la aleatoriedad del contrato de préstamo en divisas, en un elemento esencial de estos contratos.

NOVENO.- Cuando se suscribe un contrato de préstamo en euros, moneda nacional, con un interés variable, la aleatoriedad del negocio se limita a las variaciones del tipo de interés, variaciones que dependen de factores previsibles e imprevisibles, pero la cantidad adeudada permanece inalterable durante toda la vida del contrato o, mejor dicho, se irá reduciendo en función de las amortizaciones periódicas. Sin embargo en un préstamo en divisas el valor en euros del capital prestado varía constantemente y, en ocasiones, sustancialmente, en función de las variaciones del tipo de cambio, sometidos nuevamente a factores imprevisibles para las partes. El prestatario, en este caso, ha de ser perfectamente consciente de ese nuevo factor de aleatoriedad, debe de ser capaz de representarse que supondría para su situación financiera una apreciación de la divisa del capital en un 37%, como ha sucedido, aunque después descarte que se vaya a producir y decida celebrar el contrato, ya que en ese caso será perfectamente consciente del riesgo que está asumiendo, es decir, de la aleatoriedad del contrato. Pero si el prestatario no es consciente de esa aleatoriedad, su consentimiento estará equivocado. Si al cliente bancario se le ponen ejemplos de cómo puede evolucionar su deuda partiendo de ligeras modificaciones del mercado, lo que se le estará es informando de cómo funciona normalmente el préstamo, pero su riesgo real no está en esas modificaciones poco significativas, sino en apreciaciones relevantes de la divisa contratada frente a la moneda en la que percibe sus ingresos y va a hacer el pago de las amortizaciones. Si el banco no ejemplifica al cliente esos escenarios, no está informando al cliente del riesgo que realmente asume.

DÉCIMO.- La única información que consta que el Banco hiciera a sus clientes sobre estos riesgos es la cláusula en la que se dice lo siguiente:

<<La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación de tipo de cambio. Por tanto, la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los **riesgos de cambio** que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a B Popular de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo (...)>>.

UNDÉCIMO.- Esa información es insuficiente para que el cliente asuma conscientemente los riesgos del cambio, ya que no ejemplifica que puede suponer una apreciación constante de la divisa del préstamo para el capital adeudado y sobre las cuotas periódicas, información con la que el prestatario podría haber valorado la adecuación del producto y las ventajas de la operación frente a sus importantes riesgos. Ese error sería inexcusable, por lo tanto, irrelevante, si el Banco hubiera cumplido con su obligación y hubiera informado correctamente a sus clientes, pero al no haberlo hecho el error es excusable.

DUODÉCIMO.- No se trata de pedir al Banco que prevea el futuro e informe a su cliente de dichas previsiones mágicas, sino de pedirle algo mucho más sencillo, información leal y completa. El Banco debía haber informado correctamente de los riesgos de la operación, proporcionando al cliente ejemplos de escenarios perfectamente posibles, positivos y negativos, para que el cliente pudiera conscientemente aceptar o rechazar los riesgos, al no haberlo hecho, el consentimiento de los prestatarios está viciado y por lo tanto las cláusulas sobre las que recae el error son nulas, por lo que procede estimar íntegramente la demanda.

DÉCIMO TERCERO.- Ello supone que el préstamo es de 390.000 euros y que los tipos de interés aplicables son los previstos para el caso que la divisa fuera el euro.

DÉCIMO CUARTO.- Procede desestimar la petición de nulidad de la cláusula suelo 3.3 antes trascrita:

<<3.3. Límites a la variación del tipo de interés aplicable: No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato, si fuera establecido en euros, será del 3'50%.>>

Entiendo que dicha cláusula no es abusiva por sí y es perfectamente clara, por lo que no requiere un control de oficio, y la petición de nulidad se ha hecho en conclusiones, en un momento procesal en el que la demandada ya no podía formular alegaciones sobre su validez.

DÉCIMO QUINTO.- Las costas han de imponerse al demandado por aplicación del principio del vencimiento, art. 394 LC.

FALLO

Estimo la demanda presentada por el procurador Sr. Luque, en representación de _____ y _____ contra el Banco Popular Español, y en consecuencia, declaro la nulidad de las cláusulas referidas a las divisas del préstamo suscrito entre las partes, ordenando su cancelación en el Registro de la Propiedad, así como que el capital pendiente de pago a fecha 30 de julio de 2012 era 354.389'14 euros, condenando al demandado al pago de las costas.

Firmado, Luis Rodríguez Vega, magistrado-juez.

PUBLICACIÓN. La presente resolución ha sido leída en audiencia pública por el Sr. Juez que la firma en el día de su fecha, doy fe.

Recursos.- Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días ante este Juzgado, para su resolución por la Audiencia Provincial.

Para interponer el recurso será necesario la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banesto con el número 2239 0000 05 350/2013, consignación que deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.