



Roj: **SAP M 17836/2016 - ECLI: ES:APM:2016:17836**

Id Cendoj: **28079370212016100486**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **21**

Fecha: **30/11/2016**

Nº de Recurso: **405/2015**

Nº de Resolución: **486/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **RAMON BELO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoprimera

C/ Ferraz, 41 , Planta 6 - 28008

Tfno.: 914933872/73,3872

37007740

N.I.G.: 28.013.00.2-2013/0002608

Recurso de Apelación 405/2015

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 01 de Aranjuez

Autos de Procedimiento Ordinario 465/2013

APELANTE:: BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

APELADO:: D./Dña. Camila

PROCURADOR D./Dña. FELISA MARIA GONZALEZ RUIZ

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

D^a. ROSA MARÍA CARRASCO LÓPEZ

D. RAMÓN BELO GONZÁLEZ

D^a. ALMUDENA CÁNOVAS DEL CASTILLO PASCUAL

En Madrid, a treinta de noviembre de dos mil dieciséis. La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación, los autos de juicio ordinario procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Aranjuez, seguidos entre partes, de una, como Apelante-Demandado: Bankinter s.a., y de otra, como Apelado-Demandante: doña Camila .

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. RAMÓN BELO GONZÁLEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.



PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Aranjuez, en fecha siete de enero de dos mil quince, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimo la demanda presentada por Camila, contra Bankinter S.A. y en consecuencia:

DECLARO la nulidad parcial del préstamo hipotecario **multidivisa** de fecha 4 de agosto de 2008, suscrito entre Bankinter S.A., por un lado, Genaro y Camila, en el siguiente contenido:

Cláusula Financiera PRIMERA- CAPITAL DEL PRÉSTAMO.- Salvo en lo que hace al valor en euros 342.000,00.

Cláusula SEGUNDA.- AMORTIZACIÓN en lo que refiere la escritura pública: "La amortización se efectuará en la divisa pactada inicialmente o variará conforme al apartado D) de la cláusula financiera tercera.

El pago se efectuará a través de 300 cuotas mensuales de 2728,33 francos suizos que incluyen la parte destinada a amortización del capital, y la que se aplica al pago de intereses, en la cuenta corriente señalada en la cláusula financiera primera o en cualquier otra que se señale en Bankinter.

Si se modificase el tipo de interés y/o la divisa, se ajustarán las cuotas mensuales constantes, a las que resulte de dicha variación.

El Banco se reserva el derecho a exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en EURO, todas las disposiciones del cambio del día excedan el 10% del límite actual del préstamo."

Cláusula TERCERA.- DEVENGO Y CÁLCULO DE INTERESES. TIPO DE INTERÉS APLICABLE, APARTADO A) EN DIVISAS e Inciso final, según el cual: "El Banco se reserva el derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en EUROS, todas las disposiciones al cambio del día excedan el 10% del límite actual del préstamo".

Cláusula QUINTA, IN FINE.- "En caso de ejecución del contrato, Bankinter se reserva el derecho para, en el momento del cierre de la cuenta, convertir a Euros la moneda dispuesta en el préstamo, con el objeto de reclamar judicialmente en Euros el importe adeudado."

Declaro que el efecto de la nulidad parcial conlleva la integración del citado préstamo, sin tener en cuenta el anterior clausulado, conforme al recálculo que se contiene en el documento 9 de la demanda, y que se adjunta a esta resolución, una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados, tal y como sería un préstamo hipotecario normal que se liquida en la moneda propia del país, resultado a favor de los prestatarios a fecha 4 de noviembre de 2013, un saldo de 13.043,54 euros.

Declaro la nulidad por abusividad de las siguientes cláusulas contenidas en la mencionada escritura:

Cláusula SÈPTIMA.- RESOLUCIÓN CONTRATO.-

Apartado d) "Si la evolución del importe de ventas, los resultados de la explotación y/o los recursos propios de la parte prestataria sufren variación anual significativa y/o si la cifra de beneficios antes de impuestos de la parte prestataria disminuye de forma sustancial respecto del ejercicio anterior".

Apartado e) "Si el endeudamiento bancario de la parte prestataria sufre un incremento anual significativo".

Apartado j) "En el supuesto de que las finca/s hipotecada/s en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la parte prestataria mediante la firma del presente, estuvieran sujetos a alguna clase de carga, gravamen o limitación que impidiera su constitución y/o inscripción a favor del banco en el Registro correspondiente con carácter de **hipoteca** de primer rango sobre pleno dominio.

Cláusula DUODÉCIMA.- CLÁUSULA PARI-PASSU.

-Cláusula garantía. Apartado A) REALES, SÈPTIMA (Cesión del contrato), "Bankinter queda autorizada para ceder los derechos de esta escritura a las personas físicas jurídicas que crea conveniente, o para afectar el préstamo hipotecario a emisiones de cédulas, bonos o participaciones hipotecarias sin necesidad de notificárselo previamente a la parte prestataria".

-Cláusula de Garantía. Apartado B) PERSONALES, CUARTA; "El/los propietario/s podrán enajenar la finca hipotecada en cualquier momento, excepto si la enajenación conlleva la subrogación del presente préstamo que deberá ser autorizada expresamente por Bankinter

En cuanto a las costas cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad. "

SEGUNDO.- Notificada la mencionada sentencia, contra la misma, se interpuso recurso de apelación, por la parte demandada, mediante escrito del que se dio traslado a la otra parte, que presentó escrito de oposición al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección, en la que se personó, en plazo, el apelante y ante la que no se ha practicado prueba alguna.



TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de catorce de julio de dos mil quince , se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día veintiuno de noviembre de dos mil dieciséis.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - De la sentencia apelada **se aceptan**, y se dan ahora por **reproducidos**, las referencias fácticas y los razonamientos jurídicos que **coincidan** con los que se expondrán a continuación, **rechazándose** todos los demás.

SEGUNDO. - Don Genaro carece de estudios universitarios y trabaja como comercial para la O.N.C.E. vendiendo cupones en la calle. Mientras doña Camila ostenta la titulación universitaria de bióloga y trabaja por cuenta ajena para una empresa como gerente. **No** constando que alguno de ellos tuviera **conocimientos financieros** .

Don Genaro y doña Camila contrajeron **matrimonio** el día 14 de mayo de 2005 bajo el régimen económico de la **sociedad de gananciales** , habiendo subsistido el vínculo matrimonial hasta que, por sentencia dictada en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Ocaña el día 5 de noviembre de 2013, que devino firme, se decretó su disolución por **divorcio** , con la consiguiente disolución de la sociedad de gananciales que aún no se ha liquidado.

Mediante escritura pública otorgada ante Notario, el día **19 de julio de 2004** , el **Banco Santander Central Hispano s.a.** concedió, a don Genaro y a doña Camila , un **préstamo con garantía hipotecaria** por importe de 114.000 euros, con un plazo de amortización de 30 años y un interés variable con referencia al euribor. El cual fue objeto de dos ampliaciones que se hicieron constar en sendas escrituras públicas otorgadas el día 5 de octubre de 2004 y el día 11 de noviembre de 2004. Y, mediante escritura pública otorgada, ante Notario, el día **19 de agosto de 2005** , el Banco Santander Central Hispano s.a. concedió, a los cónyuges don Genaro y doña Camila , **otro préstamo con garantía hipotecaria** por importe de 196.000 euros, con plazo de amortización hasta el día 19 de agosto de 2035 y un interés variable con referencia al euribor.

Ante la subida del euribor y con la intención de reunificar ambos préstamos con garantía hipotecaria, ambos cónyuges don Genaro y doña Camila , acudieron a distintas entidades de crédito hasta recalar en **Bankinter s.a.** , en donde se les ofreció la posibilidad de concertar un préstamo con garantía hipotecaria **multidivisas** .

Y así suscriben el día **4 de agosto de 2008** , con la consiguiente cancelación de los dos préstamos hipotecarios que tenía con el Banco Santander Central Hispano, un préstamo en divisas con garantía hipotecaria que se hace constar en **escritura pública** .

En esta **escritura pública** de préstamo en divisas otorgada el día 4 de agosto de 2008 por la sociedad "Bankinter s.a." a favor de don Genaro y doña Camila se **expone** :

I .- Que don Genaro y doña Camila solidariamente, han solicitado de Bankinter s.a. un préstamo de trescientos cuarenta y dos mil euros (342.000), disponible por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España, y se ofrecen para completar su responsabilidad personal, solidaria e ilimitada, con la específica garantía hipotecaria del inmueble de su propiedad.

II .- Que Genaro y doña Camila son propietarios de las fincas y que han sido tasadas en: 266.620,19 y 226.648,90 euros, respectivamente.

III .- Los prestatarios reconocen 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.

IV .- Bankinter s.a., tras estudiar la solicitud presentada por don Genaro y doña Camila , ha acordado conceder el préstamo solicitado, que la parte prestataria deberá destinar a la financiación de la adquisición, construcción o rehabilitación de viviendas.

Entre las **cláusulas financieras** de esta **escritura pública** de préstamo en divisas otorgada el día 4 de agosto de 2008 por la sociedad "Bankinter s.a." a favor de don Genaro y doña Camila , figuran las siguientes:

PRIMERA.- Capital del préstamo .



"Bankinter, s.a., entrega a don Genaro y doña Camila , (en adelante, parte prestataria o la parte prestataria), que reciben un préstamo **multidivisa** de trescientos cuarenta y dos mil euros (342.000), por su contravalor en las divisas convertibles en España. Dicho contravalor se calculará en base al cambio vendedor de los euros que oferte Bankinter, en el momento en el 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. Sin perjuicio de que la parte prestataria pueda contratar un seguro de cambio con el Banco fuera del plazo anteriormente citado.

El préstamo inicialmente queda formalizado en 564.243,57 francos suizos, contravalor en divisas a efectos informativos, sujeto a confirmación en el momento de la disposición.

*La parte prestataria declara haber recibido del Banco el importe de este préstamo, en la divisa elegida, mediante ingreso que el Banco ha efectuado el día de hoy, en la cuenta corriente que mantiene en la oficina de Bankinter s.a., sita en la c/c., número 0128/0041/105835, reconociéndose deudora de dicha Entidad por la expresada suma, con garantía de la **hipoteca** recogida en este mismo acto.*

En esta cuenta se adeudarán el principal del préstamo, intereses, comisiones y gastos de cualquier naturaleza producidos en la divisas correspondiente, abonándose además las cantidades que la parte prestataria reingrese a Bankinter.

SEGUNDA.- Amortización .

Se establecen veinticinco años, contados a partir de la fecha de la presente escritura, para el reembolso total de su importe, es decir, el día 4 de agosto de 2.033, siendo la fecha del primer pago el día 4 de septiembre de 2008.

No obstante el Banco podrá acordar la modificación de la fecha de pago acordada en un plazo máximo de 7 días hábiles siguientes a la recepción de la correspondiente solicitud de la parte prestataria que, en todo caso, deberá quedar debidamente acreditada.

La amortización se efectuará en la divisa pactada inicialmente o variará conforme al apartado D) de la cláusula financiera tercera.

El pago se efectuará a través de 300 cuotas mensuales de 2.728,33 francos suizos que incluyen la parte destinada a la amortización del capital y la que se aplica al pago de intereses, en la cuenta corriente señalada en la cláusula financiera 1ª o en cualquier otra que señale Bankinter.

Si se modificase el tipo de interés y/o la divisa, se ajustarán las cuotas mensuales constantes, a las que resulte dicha variación.

A partir de la primera cuota, la parte prestataria podrá anticiparse al pago de los reembolsos a cuenta del capital prestado, total o parcialmente, a la finalización del correspondiente período de amortización, siempre que lo comunique a Bankinter, s.a., por carta o télex al menos con tres días hábiles de antelación a dicha fecha de vencimiento.

Estos pagos pueden aplicarse según decidan los obligados: o a la reducción de la cuota de amortización pactada o la reducción del plazo; en este último caso se mantiene sin variación la cuota establecida en la presente cláusula. Si en el momento de efectuar el pago anticipado no optasen por ninguna de las dos, se reducirá la cuota de amortización.

Los pagos anticipados sólo podrán realizarse en las mismas fechas de los vencimientos de las cuotas previstas en esta cláusula. En caso de solicitarse la realización de los pagos fuera de las fecha señaladas, el Banco podrá discrecionalmente aceptar o no los mencionados pagos, teniendo derecho, en caso de aceptación, a repercutir la correspondiente penalización.

Simultáneamente a la amortización, la parte prestataria deberá hacer efectivo al Banco los intereses y gastos devengados, así como los pendientes de pago sobre las cantidades amortizadas anticipadamente.

Todos los plazos y períodos de la presente escritura se computarán de fecha a fecha. Si algún plazo concluyera en un día que fuera inhábil se entenderá prorrogado hasta el día inmediatamente posterior que resultara hábil.

El Banco se reserva el derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en euros, todas las disposiciones al cambio del día excedan en un 10% de límite actual del préstamo.

TERCERA.- Devengo y cálculo de intereses. Tipo de interés aplicable.

A).- En divisas .

a.1.- Devengo, liquidación y pago de intereses.

Sobre el principal pendiente de reembolso, el préstamo devengará intereses a favor de Bankinter, calculados según los días naturales transcurridos y tomando como base un año de trescientos sesenta días y liquidándose por períodos vencidos, al tipo y por los períodos de interés que se indican a continuación.

La liquidación de intereses así practicada se adeudará, utilizando el cambio vendedor, en la cuenta o cuentas aludidas en la cláusula financiera primera abiertas en Bankinter, s.a., a nombre de la parte prestataria, por el contravalor en la moneda de la cuenta elegida.

a.2.- Cálculo del tipo de interés.

El tipo de interés aplicable a este préstamo se determinará mediante la adición de dos sumandos: el tipo de referencia constituido por el LIBOR y el diferencial.

a.2.1.- Tipo de referencia LIBOR.

El tipo de referencia será el tipo de interés en el Mercado Interbancario de Londres LIBOR, publicado por la British Bankers Assoc., en su página de Reuters "LIBOR01" a las once de la mañana, dos días hábiles antes de la fecha en que deba iniciarse un nuevo período de interés, para depósitos en la divisa convertible en que se haya hecho la solicitud de disposición, y con un período equivalente al plazo pactado para las cuotas de amortización.

En cada período de amortización o liquidación de intereses, el tipo de interés variará conforme cambie el tipo de referencia LIBOR.

A.2.2.- Diferencial.

Será de 1,30 puntos netos durante el período de vigencia del préstamo, con la única salvedad del diferencial establecido para el sobregiro en la cláusula financiera sexta.

Bonificaciones al tipo de interés:

No obstante lo anterior, el tipo de interés aplicable en cada período podrá ser objeto de bonificaciones acumulativas consistentes en aplicar sobre el diferencial inicial los puntos porcentuales indicados a continuación y siempre que al menos una de las personas integrantes de la parte prestataria tenga contratados con el Banco determinados productos y en las condiciones que más adelante se detallan.

Para que se apliquen dichas bonificaciones, será necesario que la parte prestataria se encuentre al corriente de las obligaciones contraídas en virtud del presente préstamo, así como no tener deuda alguna con Banco por razón de cualquier otra operación.

En virtud de lo anterior, la parte prestataria que tenga contratados con el Banco los productos que a continuación se relacionan, podrá beneficiarse de las siguientes bonificaciones:

1.- Bonificación de 24 puntos básicos (0,24%) sobre el diferencial inicial.

En la revisión de cada período de interés, la parte prestataria podrá beneficiarse de esta bonificación si a dicha fecha de revisión tiene contratado y vigente con la sociedad perteneciente al Grupo Bankinter Seguros de Vida s.a. de Seguros y Reaseguros, un seguro de vida por un capital equivalente al 70% del saldo pendiente del préstamo hipotecario.

2.- Bonificación de 16 puntos básicos (0,16%) sobre el diferencial inicial.

En la revisión de cada tipo de interés, la parte prestataria podrá beneficiarse de esta bonificación si a dicha fecha de revisión del préstamo hipotecario tiene contratado y en vigor uno de los seguros de hogar que media Bankinter y siempre y cuando esté garantizado, como mínimo, la cobertura de continente por un importe igual al valor de tasación a efectos de seguro del inmueble y de contenido por un importe mínimo de 18.000 euros.

En consecuencia, el diferencial resultante tras la aplicación de las bonificaciones citadas será de 0,90 puntos y se sumará al tipo de referencia correspondiente para calcular el nuevo tipo de interés aplicable al período de que se trate. No obstante lo anterior, en caso de cancelación de alguno de los productos descritos, el diferencial aplicable al período de interés de que se trate para el cálculo del nuevo tipo será el que en cada caso corresponda en función de los productos que permanezcan en vigor o el diferencial inicial consignado en el apartado a.2.2 anterior en caso de quedar cancelados todos ellos.

La formalización de la presente escritura no genera obligación alguna para el Banco de suscribir con la parte prestataria los productos a los que se refiere esta cláusula.

El tipo de interés inicial aplicable a este préstamo de FRANCOS SUIZOS, es el que resulta al día del otorgamiento de esta escritura de la suma del tipo de referencia de dicha divisa, el plazo mensual más el diferencial pactado. En consecuencia el tipo nominal inicial es de 3,18 por ciento.

**B).- EN EUROS.****b.1.- Devengo, liquidación y pago de intereses.**

El devengo, liquidación y pago de los intereses en EUROS se realizará según lo establecido en el apartado a.1 para las divisas.

b.2.- Cálculo de Tipo de Interés.

El tipo de interés aplicable a este préstamo se determinará mediante la adición de dos sumandos: el tipo de referencia constituido por el EURIBOR y el diferencial.

b.2.1.- Tipo de referencia EURIBOR.

Se entiende como tal, el tipo tomado de la pantalla Reuters EURIBOR=, según lo publicado por la Federación Bancaria Europea dos días antes a la fecha en que deba iniciarse un nuevo período de interés, para depósitos de cuantía y plazo similares y por un período de interés equivalente al plazo pactado para las cuotas de amortización, es decir MENSUALMENTE, o de liquidación de intereses del préstamo.

En cada período de amortización o liquidación de intereses, el tipo de interés variará según cambie el tipo de referencia EURIBOR.

b.2.- Diferencial.

Será de 1,00 punto neto durante el período de vigencia del préstamo, con la única salvedad del diferencial establecido para el sobregiro en la cláusula financiera 6ª.

BONIFICACIONES AL TIPO DE INTERÉS:

No obstante lo anterior, el tipo de interés aplicable en cada período podrá ser objeto de bonificaciones acumulativas consistentes en aplicar sobre el diferencial inicial los puntos porcentuales indicados a continuación y siempre que al menos una de las personas integrantes de la parte prestataria tenga contratados con el Banco determinados productos y en las condiciones que más adelante se detallan.

Para que se apliquen dichas bonificaciones, será necesario que la parte prestataria se encuentre al corriente de las obligaciones contraídas en virtud del presente préstamo, así como no tener deuda alguna con el Banco por razón de cualquier otra operación.

En virtud de lo anterior, la parte prestataria que tenga contratados con el Banco los productos que a continuación se relacionan, podrá beneficiarse de las siguientes bonificaciones:

1.- Bonificación de 24 puntos básicos (0,24%) sobre el diferencial inicial.

En la revisión de cada período de interés, la parte prestataria podrá beneficiarse de esta bonificación si a dicha fecha de revisión tiene contratado y vigente con la sociedad perteneciente al Grupo Bankinter Seguros de Vida S.A. de Seguros y Reaseguros, un SEGURO DE VIDA por un capital equivalente al 70% del saldo pendiente del préstamo hipotecario.

2.- Bonificación de 16 puntos básicos (0,16%) sobre el diferencial inicial.

En la revisión de cada tipo de interés, la parte prestataria podrá beneficiarse de esta bonificación si a dicha fecha de revisión del préstamo hipotecario tiene contratado y en vigor uno de los SEGUROS DE HOGAR que media Bankinter y siempre y cuante esté garantizado, como mínimo, la cobertura de continente por un importe igual al valor de tasación efectos de seguro del inmueble y de contenido por un importe mínimo de 18.000,00 euros.

En consecuencia, el diferencial resultante tras la aplicación de las bonificaciones citadas será de 0,60 puntos y se sumará al tipo de referencia correspondiente para calcular el nuevo tipo de interés aplicable al período de que se trate. No obstante lo anterior, en caso de cancelación de alguno de los productos descritos, el diferencial aplicable al período de interés de que se trate para el cálculo del nuevo tipo será el que en cada caso corresponda en función de los productos que permanezcan en vigor, o el diferencial inicial consignado en el apartado b.2.2 anterior en caso de quedar cancelados todos ellos.

La formalización de la presente escritura no genera obligación alguna para el Banco de suscribir con la parte prestataria los productos a los que se refiere esta cláusula.

El tipo de interés inicial aplicable a este préstamo de EUROS es el resultado, en el día de entrega de esta escritura, de la suma del tipo de referencia de dicha divisa al plazo mensual, más el diferencial pactado. Por tanto, el tipo nominal inicial es del 5,08%.



A efectos de lo estipulado en la Cláusula Primera de las de Garantía A) Reales de esta escritura, el tipo de referencia a la fecha del presente contrato es de 4,48% anual.

El tipo de referencia variará mensualmente. Transcurrido cada uno de estos períodos, la parte prestataria comunicará al Banco la divisa elegida para cada nuevo período, siendo el nuevo tipo de referencia, en la divisa elegida, el que resulte de aplicar lo dispuesto en los apartados a.2.1 y b.2.1 de la presente Cláusula.

D).- OPCIÓN CAMBIO DE MONEDA Y COMUNICACIONES.

Al vencer cada período de amortización, la 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 comprado 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 S.A., 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 y muy especialmente por los efectos señalados en la Cláusula Tercera de las de Garantía Real.

La parte prestataria comunicará a BANKINTER S.A., con un mínimo de tres días hábiles de antelación al vencimiento de la amortización, mediante carta, télex o telegrama, la moneda elegida según lo establecido en la Cláusula Financiera Tercera.

Si la parte prestataria opta por el cambio de moneda y la comunicación se produjera en un plazo inferior a tres días hábiles anteriores al vencimiento de la amortización, el contravalor de la divisa saliente se calculará en base al cambio comprador del Euro que oferte BANKINTER en el momento en el que se ordene el cambio de moneda y en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en el que tenga efecto el cambio y la divisa entrante se calculará en base al cambio vendedor del EURO que oferte BANKINTER en el mismo momento y plazo.

Si no comunicara el cambio de moneda, se entiende que opta por mantener la elegida para el período anterior, aplicándose el tipo de interés pactado en la citada cláusula financiera Tercera.

El límite de responsabilidad hipotecaria por principal será el importe inicial del préstamo en su equivalente en EUROS.

Siempre que la parte prestataria lo solicite expresamente, BANKINTER, S.A., le comunicará el nuevo tipo de referencia, el tipo resultante, y su fecha de efectividad, mediante una carta remitida al domicilio que figura en la presente escritura.

Si la parte prestataria no aceptara el nuevo tipo, deberá manifestarlo a Bankinter, S.A. y reembolsar el principal e intereses con arreglo al último tipo aplicado, dentro de la fecha de quince días a partir de la fecha de efectividad del nuevo tipo. Si la parte prestataria no realizara el desembolso en el plazo y forma indicados, BANKINTER, S.A.L, podrá dar por vencido el préstamo, cerrar la cuenta y exigir la devolución del saldo.

El silencio de la parte prestataria durante el citado plazo se entenderá como aceptación del nuevo tipo de interés.

(Los fiadores relevan a BANKINTER de dirigirles cualquier comunicación en el sentido expresado).

El Banco se reserva el derecho de exigir garantía adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en EUROS, todas las disposiciones al cambio del día excedan en 10,00% del límite actual del préstamo.

SÉPTIMA.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

Además de los motivos legales, se considerará vencido este préstamo, sin necesidad de previo requerimiento y pudiendo BANKINTER, S.A., exigir la inmediata devolución total del capital o de la parte no amortizada con sus correspondientes intereses, demoras y gastos en los siguientes supuestos:

- a).- El incumplimiento, por la parte prestataria, de las obligaciones principales asumidas mediante la firma del presente contrato.
- b).- El incumplimiento por parte de la parte prestataria del plan de amortización de capital o del pago de intereses, así como el incumplimiento de cualesquiera obligaciones del pago contraídas con el Banco.



- c).- 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, incluido el originado por cargo de intereses.
- d).- *Si la evolución del importe de ventas, los resultados de explotación y/o los recursos propios de la parte prestataria sufren una variación anual significativa y/o si la cifra de beneficios antes de impuestos de la parte prestataria disminuye de forma sustancial respecto del ejercicio anterior.*
- e).- *Si el endeudamiento bancario de la parte prestataria sufre un incremento anual significativo.*
- f).- Cuando exista un grave riesgo de incumplimiento de las obligaciones asumidas por la parte prestataria en el presente contrato, como consecuencia de la variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base para la concesión de la operación o al mantenimiento de su vigencia. La disminución de la solvencia patrimonial o financiera de la parte prestataria por cualquier causa, así como la alteración de las condiciones en que realiza su actividad o la solicitud de concurso de la parte prestataria también serán motivo de resolución.
- g).- La comprobación de falsedad, ocultación o inexactitud en los datos o documentos facilitados a BANKINTER por el prestatario, para la formalización de esta operación o para el mantenimiento de su vigencia.
- h).- La reducción del capital social de la parte prestataria en un porcentaje significativo, así como la modificación de la actual estructura accionarial del mismo siempre que suponga que el actual socio mayoritario deje de ostentar, directa o indirectamente, el control efectivo sobre la parte prestataria.
- i).- La enajenación y/o gravamen, por cualquier título, de activos y/o derechos de la parte prestataria en un porcentaje sustancial sin consentimiento previo y por escrito de BANKINTER.
- j).- *En el supuesto de que la/s finca/s hipotecada/s en garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas por la parte prestataria mediante la firma del presente contrato, estuvieran sujetos a alguna clase de carga, gravamen o limitación que impidiera su constitución y/o inscripción a favor del Banco en el Registro correspondiente con carácter de **hipoteca** de primer rango sobre pleno dominio.*
- k).- El incumplimiento por la parte prestataria de las obligaciones que le competen en relación con el / los inmueble/s hipotecado/s y/o el/los bien/es pignorado/s, tanto en su condición de deudor hipotecario/pignoratario como en su condición de propietario y, en particular, el incumplimiento puntual de las obligaciones tributarias con respecto de los mismos.
- l).- Cuando, en el supuesto de que el /los inmueble/s hipotecado/s y/o el/los bien/es pignorado/s sufrieran, cualquiera que sea la causa, un deterioro o merma que disminuya su valor de forma significativa y la parte prestataria se negara a ampliar la **hipoteca**/prenda a otros bienes.

Asimismo, la parte prestataria se obliga a comunicar a BANKINTER la solicitud de concurso a que, en su caso, se vea sometido, tan pronto como tenga conocimiento de que el concurso haya sido solicitado. BANKINTER se reserva el derecho a suspender, a todos los efectos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente contrato en caso de que, por cualquier medio, tuviera conocimiento de que ha sido solicitado el concurso de la parte prestataria.

DUODÉCIMA.- CLÁUSULA PARI-PASSU

La parte prestataria se compromete a mantener, durante la vigencia del presente Contrato, el rango crediticio de los créditos derivados del mismo, para BANKINTER, absteniéndose de llevar a cabo cualesquiera actuaciones que pudieran afectarle negativamente o que pudieran suponer una pérdida de rango respecto de otros endeudamientos presentes o futuros de la parte prestataria, con excepción de aquellos endeudamientos cuya constancia en documento público fuere necesaria por imperativo legal o aquellos endeudamientos que hubieran sido elevados a público con anterioridad a la firma del presente Contrato. El incumplimiento de esta obligación por parte de la parte prestataria será, igualmente, causa de resolución anticipada del presente contrato. Igualmente, mediante la firma del presente contrato, la parte prestataria manifiesta y garantiza expresamente a BANKINTER que la/s Finca/s hipotecada/s no está/n afecta/s a su actividad empresarial y/o que pese a estar afectas a su actividad empresarial, no son necesarias para el desarrollo de la misma.

Entre las **cláusulas de garantía reales** de esta **escritura pública** de préstamo en divisas otorgada el día 4 de agosto de 2.008 por la sociedad "Bankinter s.a." a favor de don Genaro y doña Camila , figuran las siguientes:

QUINTA .- Vencido el préstamo, cualquiera que sea su causa o motivo, el Banco podrá actuar judicialmente en reclamación de las cantidades adeudadas por todos los conceptos, bien por vía declarativa, bien por vía ejecutiva al amparo de lo que determina el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por tratarse de un préstamo con entrega de capital desde el mismo momento de suscribirse, BANKINTER, podrá acompañar a la demanda ejecutiva, junto a los documentos exigidos por el número 5º del citado artículo



517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , otra certificación expedida en los términos previstos en el artículo 572,2 de dicha Ley , expidiendo BANKINTER, S.A., la oportuna certificación que recoja el saldo que presente el préstamo al día del cierre y que esta liquidación se ha realizado en la forma convenida por las partes. A la demanda ejecutiva podrá, por tanto, acompañarse el certificado del fedatario público que intervenga, que dicho saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor y que la liquidación de la deuda se ha practicado en la forma pactada en este contrato por las partes así como los documentos señalados en el artículo 573 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 577 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para las ejecuciones dinerarias en moneda extranjera, en el caso en que el Banco decida certificar el saldo en divisa, sea ésta de cotización oficial o no.

En caso de ejecución del contrato, BANKINTER se reserva el derecho para, en el momento del cierre de cuenta, convertir a EUROS la moneda dispuesta en el préstamo, con el objeto de reclamar judicialmente en EUROS el importe adeudado.

SÉPTIMA .- "BANKINTER S.A.", queda autorizada para ceder los derechos derivados de esta escritura a las personas físicas o jurídicas que crea conveniente, o para afectar el préstamo hipotecario a emisiones de cédulas, bonos o participaciones hipotecarias sin necesidad de notificárselo previamente a la parte prestataria.

Entre las **cláusulas de garantía personales** de esta **escritura pública** de préstamo en divisas otorgada el día 4 de agosto de 2008 por la sociedad "Bankinter s.a" a favor de don Genaro y doña Camila , figura la siguiente:

CUARTA .- *El/los propietario/s podrán enajenar la finca hipotecada en cualquier momento, excepto si la enajenación conlleva la subrogación del presente préstamo que deberá ser autorizada expresamente por BANKINTER S.A.*

En caso de arrendar la finca hipotecada durante la vigencia del préstamo, la parte prestataria se compromete a realizarlo según el artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario . Es decir, se deberá arrendar por renta anual, que capitalizada al 6% cubra la responsabilidad total asegurada. De no ser así, dicho arrendamiento requerirá la autorización explícita de BANKINTER S.A. En cualquier caso, la parte prestataria deberá notificar a BANKINTER S.A., a la mayor brevedad, la posible formalización del referido arrendamiento.

Habiendo **rechazado** los prestatarios hipotecantes la posibilidad, prevista en el contrato, de que el **préstamo hipotecario funcionara en euros** , optan por la otra posibilidad, igualmente prevista en el contrato, de que **funcione en otra divisa** , eligiendo, desde un principio, el franco suizo, siendo así que, en el momento de celebrarse el contrato, la cotización del euro estaba por encima del **franco suizo** , si bien, con posterioridad, la cotización del euro cae en picado y, tras establecerse la paridad entre el euro y el franco suizo, la cotización del franco suizo comienza a estar por encima del euro, **sin que** los prestatarios-hipotecantes **se acogieran a la posibilidad** que les brindaba el contrato **de cambiar** el funcionamiento del préstamo hipotecario a euros o a otra divisa distinta del franco suizo.

Desde el día 4 de agosto de 2.008 hasta el día 10 de octubre de 2.013 los prestatarios vienen pagando las cuotas de amortización del préstamo hipotecario que resultan de su funcionamiento en la divisa francos suizos. Y si, durante este período de tiempo, el funcionamiento del préstamo hipotecario no hubiera sido en la posibilidad contractual elegida por los prestatarios-hipotecantes de francos suizos sino en la otra posibilidad contemplada en el contrato de **funcionamiento del préstamo hipotecario en euros** , los prestatarios habrían tenido que **pagar de menos** al prestamista la suma de **13.043,54 euros** que se habrían ahorrado.

El día 4 de noviembre de 2013 doña Camila presenta una **demanda** con la que promueve un **juicio ordinario contra "Bankinter s.a."** , y en la que, respecto de la escritura pública de préstamo en divisas otorgada el día 4 de agosto de 2008 por la sociedad "Bankinter s.a" a favor de don Genaro y doña Camila , denuncia la nulidad de parte de su clausulado, pero no solo del clausulado que podríamos denominar multidivisas (lo reseñado anteriormente en letra cursiva en las cláusulas financieras primera, segunda y tercera y en la cláusula de garantía real quinta) sino también de otro clausulado que no guarda relación alguna con el multidivisas (lo reseñado anteriormente en letra cursiva en las cláusulas financieras séptima y duodécima, así como en la cláusula de garantía real séptima y en la de garantía personal cuarta). Y, dando a todo este clausulado (el multidivisas y el que no lo es) un tratamiento jurídico unitario, se **suplica** que se dicte sentencia en la que se proceda:

A declarar la nulidad radical de precitado clausulado por falta de consentimiento de la actora prestataria , condenando a la demandada a estar y pasar con la anterior declaración, procediendo a integrar el contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 4 de agosto de 2008 en su disposición inicial en su cuantía de trescientos cuarenta y dos mil (342.000 €), restituyéndose el préstamo hipotecario sin tener en cuenta las cláusulas abusivas declaradas nulas conforme se ha recalculado en el documento 9 de esta



demanda, una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados y tal y como sería un préstamo hipotecario absolutamente normal que se liquida en la moneda propia del país, declarando de igual manera, resultar un saldo favorable a los prestatarios a fecha de 4 de noviembre de 2.013, en cantidad de trece mil cuarenta y tres euros con cincuenta y cuatro céntimos de euro (13.043,54 €).

Subsidiariamente a la acción principal, se sirva a anular el citado clausurado, por error en el consentimiento, con las mismas consecuencias antes descritas para cada una de las partes en referencia a la integración del préstamo y su restitución, declarándose también resultar un saldo favorable a los prestatarios a fecha de 4 de noviembre de 2013 por importe de 13.043,54 €.

Para el caso de no prosperar todo lo anterior, se clare por este Juzgado la nulidad de este clausurado, por infracción de las normas imperativas bancarias, con las mismas consecuencias antes descritas para cada una de las partes en referencia a la integración del préstamo y su restitución, declarándose también resultar un saldo favorable a los prestatarios por importe de 13.043,54 € a fecha de 4 de noviembre de 2.013.

Subsidiariamente a todo ello, entiéndase por el Juzgado por bien interpuesta acción individual de nulidad de cláusulas precitadas, por abusivas conforme se permite en la legislación de protección de consumidores y usuarios y en el LCGC, con las mismas consecuencias antes descritas para cada una de las partes en referencia a la integración del préstamo y su restitución, declarándose también resultar un saldo favorable a los prestatarios por importe de 13.043,54 € a fecha de 4 de noviembre de 2.013.

Bankinter s.a. **contesta** a la demanda mediante escrito presentado el día 23 de enero de 2.014, en el que opone la excepción de falta de **legitimación activa** por haber presentado la demanda doña Camila ella sola sin su marido don Genaro y la **caducidad de la acción** de anulabilidad por haber prestado el consentimiento viciado por error. Pone de manifiesto la **contradicción** entre las acciones que se ejercitan (las de nulidad y la de anulabilidad) y la consecuencia jurídica que se interesa que no es la devolución de lo prestado sino la sustitución del préstamo con garantía hipotecaria concertado por otro distinto no concertado así como el **no encontrarnos ante un "instrumento financiero"**. Interesando su libre absolución con **desestimación total** de la demanda. Alega que los prestatarios prestaron un *consentimiento informado*, y, de no ser así, habría sido *ratificado* el negocio jurídico y debería acudirse a la teoría de los *actos propios*. Así como la total *transparencia* en las cláusulas multidivisas, y, de no ser así, *no serían abusivas*.

Se celebra la **audiencia previa** el día **3 de julio de 2.014** que comienza con la advertencia de Su Señoría de que las dos excepciones no son procesales sino de fondo por lo que serán resueltas en la sentencia. Tras lo cual, se fijan los hechos controvertidos, pasando el demandante a impugnar los documentos números 6 y 7 de los acompañados con la contestación a la demanda y el demandado a impugnar los documentos números 2, 5, 6, 8 y 9 de los acompañados con el escrito de demanda. Admitiéndose los tres medios de prueba propuestos por la parte demandante (la documental por reproducida, la testifical de don Demetrio y la ratificación de su perito de parte), mientras que, a la parte demandada, tras rechazarle la aportación de unas sentencias, también se le admitieron todos los medios de prueba propuestos (interrogatorio de la demandante doña Camila, requerimiento judicial a la actora, ratificación del perito de la parte contraria y la testifical de don Genaro, doña Irene y don Demetrio). Y, al admitirse la prueba de requerimiento judicial a la actora, se dio cumplimiento al mismo, en el acto, por parte del abogado de la demandante, mediante la aportación de la sentencia de disolución del matrimonio de don Genaro y doña Camila por divorcio, de la que dijo que era firme.

Se celebra el acto procesal del **juicio** el día **27 de noviembre de 2.014**, en el que es interrogada la demandante doña Camila y prestan declaración como testigos don Demetrio (empleado de Bankinter s.a. que comercializó el préstamo multidivisas) y don Genaro (uno de los prestatarios hipotencantes que es ex cónyuge de la parte demandante). Al tiempo que se ratificó en su dictamen pericial el perito don Gregorio que lo aclaró a preguntas de las partes.

Se dicta la **sentencia** en la primera instancia el día **7 de enero de 2015**, en la que, después de rechazarse las excepciones de falta de legitimación activa y de caducidad de la acción, estima totalmente la primera de las pretensiones subsidiarias, la de anulabilidad por haber prestado el consentimiento viciado por error, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, al apreciar serias dudas de derecho.

Contra esta sentencia dictada en la primera instancia interpone recurso de **apelación** Bankinter s.a., mediante un escrito presentado el día **11 de febrero de 2.015**, en el que invoca los **8** siguientes **motivos**:

- 1º . Falta de legitimación activa de la demandante.
- 2º . Caducidad de la acción de anulabilidad por haber prestado el consentimiento viciado por error.
- 3º . Inexistencia de error esencial e inexcusable (error en la apreciación de la prueba).



4º . Inexistente incumplimiento de la normativa que en la sentencia dictada en la primera instancia se atribuye a Bankinter s.a. como parte demandada.

5º . Error en la valoración de la prueba al no darse por acreditado que fue entregada por Bankinter s.a. a doña Camila y a su esposo la oferta vinculante.

6º . Respecto de las cláusulas contractuales de la escritura de préstamo hipotecario de 4 de agosto de 2.008 que no son las multidivisas, improcedencia de la acción estimada por ser de la competencia de los Juzgados de lo Mercantil.

7º . La declaración de nulidad de las cláusulas multidivisas del contrato de préstamo hipotecario implica la nulidad de la totalidad del contrato con recíproca devolución de las prestaciones en aplicación del artículo 1.303 del C.c .

8º . El negocio jurídico ha sido válidamente confirmado durante la vigencia del contrato.

TERCERO. - Cláusulas contractuales no multidivisas .

En la escritura pública que recoge el préstamo hipotecario se hacen constar, junto a las cláusulas multidivisas, otras cláusulas que ni son consecuencia de las multidivisas ni guardan relación directa con las mismas y que aparecen incluidas en los préstamos hipotecarios sin cláusulas multidivisas. Y, respecto de algunas de estas cláusulas que no son las multidivisas, en concreto lo que se ha reseñado en el fundamento de derecho segundo en letra cursiva de las cláusulas financieras séptima y duodécima y de las cláusulas de garantía real séptima y personal cuarta, se interesa su nulidad en el escrito de demanda. Pero, esta petición de nulidad, se deduce, en el escrito de demanda, de manera conjunta tanto para las cláusulas multidivisas como para las que no lo son, dándole, a todas ellas, un tratamiento jurídico unitario. Lo que es manifiestamente incorrecto desde una adecuada técnica jurídica. Pues no se predica la nulidad, de estas cláusulas que no son las multidivisas, por ausencia del consentimiento, por haberse prestado un consentimiento viciado por error o por ser contrarias a una norma imperativa, que son las tres primeras acciones que de manera específica van dirigidas contra las cláusulas multidivisas. **Tan solo la cuarta y última de las acciones** , que respecto de las cláusulas multidivisas se ejercita con carácter subsidiario respecto de las tres anteriores, **es la que se promueve frente a las cláusulas que no son multidivisas** .

Pues bien, las no multidivisas son cláusulas predisuestas por el Banco que impuso su incorporación al contrato y habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, por lo que son **condiciones generales de la contratación** .

La Ley 7/1998 de 13 de abril de las Condiciones Generales de la Contratación, dispone, en el apartado 2 de su artículo 8 , que "serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor". Y, ante una condición general de la contratación que es abusiva para el consumidor pero que no ha resultado perjudicado por la misma y que no ha llegado a ser aplicada por el profesional, caben **dos acciones** para que se declare su nulidad. Una, es la **individual** , para la que tan solo está legitimado el adherente y a la que se refiere la Ley 7/1998 en su artículo 9 , para decir que podrá instarse de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual. Y, la otra, es la **colectiva** , para la que no está legitimado el adherente sino tan solo una serie de entidades que aparecen reseñadas en el artículo 16 de la Ley 7/1998 y que aparece específicamente regulada en el capítulo IV de esta Ley.

La determinación de la **competencia objetiva** para el conocimiento de las dos acciones declarativas de nulidad de las condiciones generales de la contratación por ser abusivas, la individual y la colectiva, viene fijada en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Comenzando por la cláusula genérica de que: "Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: En primera instancia de los juicios que no vengán atribuidos por esta Ley a otros juzgados o tribunales" (apartado 1 del artículo 85). Se decía, en la letra d) del apartado 2 del artículo 86 ter, que: "Los Juzgados de lo Mercantil conocerán... de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:... Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre la materia" (redacción que fue modificada por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio de 2015, tras la cual quedó del siguiente tenor: "Los Juzgados de lo Mercantil conocerán... de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de:... Las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios"). De igual manera se decía en el apartado 2 del artículo 82 que: "Las Audiencias Provinciales conocerán en el orden civil: 1º. De los recursos que establezca la ley contra resolución de los Juzgados de Primera Instancia de la provincia; 2º. De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Mercantil... debiendo especializarse a tal fin a varias de sus Secciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley Orgánica" (a lo que se le añade, por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio de 2015, lo siguiente: "Estas Secciones especializadas



conocerán también de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia en los procedimientos relativos... a acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación").

La **Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio de 2015** entró en vigor, según su disposición final décima, el día 1 de octubre de 2015.

Después de la entrada en vigor de esta Ley Orgánica 7/2015 no cabe duda que, la competencia objetiva para el conocimiento de la acción declarativa de nulidad de las condiciones generales de la contratación por ser abusivas, corresponderá a los Juzgados de Primera Instancia, si se trata de la acción individual, y, a los Juzgados de lo Mercantil, si, por el contrario, se trata de la acción colectiva, correspondiendo, en ambos casos, el conocimiento del recurso de apelación contra la sentencia definitiva que resuelve esas acciones a la Sección de la Audiencia Provincial especializada en Mercantil.

Pero **antes de la entrada en vigor** de la repetida Ley Orgánica 7/2015 no ofrecía duda que la competencia objetiva para el conocimiento de la acción colectiva declarativa de nulidad de las condiciones generales de la contratación por ser abusivas correspondía a los Juzgados de lo Mercantil, correspondiendo el conocimiento del recurso de apelación contra la sentencia definitiva que resuelve esa acción a la Sección de la Audiencia Provincial especializada en Mercantil. Lo que sí ofrecía serias dudas era la competencia objetiva para el conocimiento de la acción individual declarativa de nulidad de las condiciones generales de la contratación por abusivas, pues mientras, para unos, correspondía a los Juzgados de lo Civil (correspondiendo el conocimiento del recurso de apelación contra la sentencia definitiva que resuelve esa acción a las Secciones de la Audiencia Provincial no especializadas en Mercantil), para otros, correspondía a los Juzgados de lo Mercantil (correspondiendo el conocimiento del recurso de apelación contra la sentencia definitiva que resuelve esa acción a la Sección de la Audiencia Provincial especializada en Mercantil).

En el **presente caso**, habida cuenta de la fecha (4 de noviembre de 2013) en la que se ejercitó la acción individual de nulidad de las condiciones generales de la contratación por ser abusivas, la fecha de la sentencia definitiva (7 de enero de 2015) y la fecha de la interposición del recurso de apelación (11 de febrero de 2015), todas ellas anteriores a la fecha de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015 (1 de octubre de 2015), es de aplicación la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción **anterior** a la Ley Orgánica 7/2015.

Pues bien, **con anterioridad** a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015 la propia Sección de lo Mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid (a quien, por cierto, en base a la norma de reparto quinta, corresponde conocer de las cuestiones de competencia que afecten a un Juzgado de lo Mercantil) consideraba que la competencia objetiva para conocer de la acción individual declarativa de nulidad de las condiciones generales de la contratación por ser abusivas correspondía a los Juzgados de lo Mercantil (Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, sentencia de 12 de febrero de 2010 y autos de 14 de febrero de 2014 y 12 de mayo de 2014). Pero siempre y cuando se trate de una simple, pura, exclusiva y excluyente acción con la que no se pretenda nada más que la declaración de nulidad. Pues si, junto con esa declaración de nulidad, se persigue cualquiera otra consecuencia jurídica o económica anudada a esa declaración de nulidad, correspondería, la competencia objetiva para el conocimiento de esa acción, a los Juzgados de Primera Instancia y no a los de lo Mercantil.

En el **presente caso**, limitándonos a la última de las acciones subsidiarias deducidas en la demanda, constatamos que la competencia objetiva para conocer de la acción que conlleva la declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación relativas al *clausulado multidivisas* por ser abusivas, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia y no a los de lo Mercantil, ya que, a esa declaración de nulidad, se anuda la consecuencia económica de declaración de un saldo económico a favor de la demandante y a cargo del demandado de 13.043,54 euros a fecha 4 de noviembre de 2013. Por el contrario, la competencia objetiva para conocer de la acción individual declarativa de nulidad de las condiciones generales de la contratación relativas al *clausulado distinto del multidivisas* por ser abusivas correspondía a los Juzgados de lo Mercantil y no a los de Primera Instancia, ya que, a esa declaración de nulidad, no se anuda ninguna otra consecuencia jurídica o económica.

En consecuencia, nos encontramos ante una **acumulación de acciones** que está prohibida por el número 1º del apartado 1 del artículo 73 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, pues el Juzgado de Primera Instancia con competencia objetiva para conocer de la acción principal, la relativa a las cláusulas multidivisas, carecía de competencia por razón de la materia para conocer de la acción acumulada, la relativa a las cláusulas que no eran las multidivisas.

La **consecuencia jurídica** de la falta de competencia objetiva cuando los autos se encuentran en la segunda instancia se establece en el apartado 2 del artículo 48 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en base al cual y por lo que se refiere única y exclusivamente a la acción acumulada relativa a la nulidad de



las cláusulas que no son multidivisas se decreta la nulidad de lo actuado dejando a salvo el derecho de la demandante para ejercitar su acción ante el Juzgado con competencia objetiva para conocer de ella.

CUARTO .- Préstamo hipotecario con cláusulas multidivisas.

Centrándonos y ciñéndonos a las cláusulas multidivisas, son **cuatro las acciones** que se deducen en la demanda, después de una principal se ejercita, cada una de las siguientes, con carácter subsidiario de la anterior.

Haremos una **breve puntualización** de cada una de ellas salvo de la segunda (la de anulabilidad por haber prestado el consentimiento viciado por error), a la que nos referiremos en los fundamentos de derecho siguientes.

La acción principal de **nulidad radical y absoluta por ausencia de consentimiento** (el primero de los requisitos del contrato según el número 1º del artículo 1.261 del Código Civil), es manifiestamente improcedente, desde el momento en que los prestatarios firmaron la escritura en presencia de un Notario, es decir que la consintieron. Es cierto que, dentro del error, es necesario distinguir, por una parte el error-vicio o error-propio (una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno y que opera como presupuesto para la realización del negocio: o no se hubiera querido de haberse conocido exactamente la realidad o se hubiera querido de otra manera), y, por otra parte el error obstativo (recae en la declaración de voluntad que no ha tenido ningún obstáculo para formarse libremente, pero, al transmitirse el querer al exterior, se da el error, la divergencia no deseada entre lo declarado y lo querido; Puede acontecer por varias causas: El empleo de palabras cuya significación usual no traduce el querer, identificación por señales erróneas del objeto del negocio, el declarante no ha querido emitir una declaración de voluntad de un contenido determinado y las equivocaciones padecidas por el que plasma, transcribe y escribe la declaración). Pues, mientras el *error-vicio o error-propio* no da lugar a la nulidad radical y absoluta sino a la " anulabilidad " del negocio jurídico. Sin embargo, las consecuencias jurídicas del *error obstativo*, cuando de un negocio jurídico bilateral se trata, da lugar a opiniones dispares, pues, para unos, sería, al igual que en el error-vicio o error-propio, la " anulabilidad " del negocio jurídico, y, para otros la nulidad radical y absoluta. Pero, en el presente caso, basta con acudir a lo alegado en la demanda para comprobar que no se relata hecho alguno que pudiera tener cabida en el error obstativo.

En cuanto a la acción de **nulidad radical y absoluta por infracción de normas imperativas bancarias** , debe reseñarse lo que se dice en la propia demanda: " La normativa bancaria establece un régimen obligatorio de carácter administrativo; Junto a dichas sanciones administrativas, hoy en día, se entiende que dicha transgresión debe comportar igualmente la nulidad del contrato, cuando dicho incumplimiento sea relevante, comportando una doble proyección tanto sobre la esfera administrativa como sobre la civil " . Indicándose, en el apartado 3 del artículo 6 de Código Civil , que: " Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención " . Luego, si son normas imperativas que establecen para su contravención sanciones administrativas, éste será el efecto jurídico para caso de su contravención y no la nulidad del negocio jurídico. En este sentido y respecto de las normas imperativas que regulan el deber precontractual de las entidades de crédito respecto de sus clientes en la comercialización de los productos financieros se pronuncia el Tribunal Supremo. Pues, como se dice en el párrafo segundo del número 10 del fundamento de derecho séptimo de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 323/2015 de 30 de junio de 2015 (nº de recurso 2780/2013): " Debe tomarse en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. En concreto la Ley 47/2007, al tiempo que transpuso la Directiva MIFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del artículo 79 bis, al calificar esta conducta de <<infracción muy grave>> en el artículo 99.2.z bis de la Ley de Mercado de Valores , lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas- artículo 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores - " . Reiterando lo que ya se había proclamado en el fundamento de derecho 13 de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 716/2014 de 15 de diciembre de 2014 -nº de recurso 48/2013 -.

Por último, partiendo de la consideración, de las cláusulas multidivisas, como condiciones generales de la contratación, se acude a la **legislación de consumo** para interesar su **nulidad por abusivas** . La primera cuestión a plantear sería la de si, las cláusulas multidivisas, pueden ser objeto de control de abusividad y ello porque, en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se dice que " la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato...". Luego debería precisarse



si las cláusulas multidivisas se refieren al objeto principal del contrato de préstamo. Y lo cierto es que las cláusulas multidivisas forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, por lo que definen el objeto principal del contrato, se refieren al objeto principal del contrato, cumpliendo una función definitoria o descriptiva esencial. Y la consecuencia sería que, con carácter general, quedarían excluidas del control de abusividad.

La exclusión con carácter general del control de la abusividad cuando la cláusula se refiera a la definición del objeto principal del contrato, encuentra su excepción en el filtro o control de transparencia relativo a consumidores, de tal manera que, si la cláusula no supera el filtro o control de transparencia relativo a consumidores, quedará, esa cláusula, sometida a control de abusividad. Así en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, después de proclamar que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato", añade: "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Basta su interpretación a "contrario sensu" para concluir que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato, como son las cláusulas multidivisas, se someten a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible.

Al filtro o control de transparencia relativa a consumidores se refiere la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en su vigésimo considerando, al indicar que: "...los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles y que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de las cláusulas...". Y, en el artículo 5, al disponer que: "En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible...". Asimismo también se refiere el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre de 2007, al prescribir, en el apartado 1 de su artículo 80, que: "En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente... aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa... b) Accesibilidad y legalidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido...".

Cuando la cláusula contractual se refiere a la definición del objeto principal del contrato, como ocurre con las cláusulas multidivisas, el superar el filtro o control de transparencia relativo a consumidores, impide someterla al control de abusividad, mientras que, de no superar ese filtro o control de transparencia, se abre la posibilidad del control de abusividad, pero sin que, la no superación de ese filtro o control de transparencia, conlleve, sin más, la consideración de la cláusula como abusiva, sino que tan solo abre la posibilidad del control de abusividad. Y en cuanto al control de abusividad, al tratarse de condiciones generales en contratos con consumidores, el apartado 2 del artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril de 1998 que regula las Condiciones Generales de la Contratación, remite a la legislación especial. En el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos en los contratos celebrados con consumidores, se dice que: "Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". Y, en el apartado 1 del artículo 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, se indica que: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

La consunción jurídica que se deriva, de ser una cláusula contractual abusiva, es que esa cláusula contractual abusiva pactada se tiene por no puesta al ser nula de pleno derecho (apartado 1 del artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007; en idéntico sentido el apartado 2 del artículo 10 bis de la Ley 26/1984 en su redacción proveniente de la Ley 7/1998), sin que pueda integrarse el contrato, manteniéndose la cláusula abusiva pactada pero dándosele un contenido diferente al pactado con el que supere el control de abusividad (facultad integradora del contrato reconocida, al Juez, en el apartado 2 del artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007 -y en la segunda frase del apartado 2 del artículo 10 bis de la Ley 26/1984 en su redacción proveniente de la Ley 7/1998- que es contraria al apartado 1 del artículo 6 de la 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores, tal y como se declara en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 -asunto C 618/10-, en la que se argumenta que "si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las



cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del resultado a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 - cese del uso de estas cláusulas-; en efecto, la mencionada facultad, contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales". Y en base a ello, mediante el número 27 del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, se dio nueva redacción al artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre de 2007, suprimiendo la facultad integradora del contrato por el Juez que declara nula la cláusula por abusiva).

Ahora bien, respecto de la prohibición radical y absoluta de hacer uso, por el Juez, de la facultad integradora del contrato, al apreciarse, en el mismo, la existencia de una cláusula nula por abusiva, se ha consagrado, en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la Sala Cuarta de 30 de abril de 2014, que resuelve el asunto C-26/13 de Árpád Kásler y Hamalka Káslerné Rábas contra OTP Jelzálogbank Zrt (apartados 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84 y 85) y de la Sala Primera de 21 de enero de 2015 que resuelve los asuntos acumulados C-482/13 de Unicaja Banco s.a. contra José Hidalgo Rueda, y cuatro personas físicas más, C-484/13 de Caixabank s.a. contra Manuel María Rueda Ledesma y Rosario Mesa Mesa, C-485/13 de Caixabank, s.a. contra José Labela Crespo y tres personas físicas más y C-487/13 de Caixabank s.a. contra Alberto Galán Luna y Domingo Galán Luna, una única y exclusiva excepción, para cuya apreciación es imprescindible la concurrencia de manera acumulada de los tres siguientes requisitos:

1º. La nulidad de la cláusula abusiva impida la subsistencia del contrato que deviene, por ese motivo, nulo en su totalidad.

2º. La existencia de una norma supletoria en el Derecho nacional que puede integrarse en el contrato en sustitución de la cláusula abusiva.

3º. Que, esa sustitución de la cláusula abusiva por la norma supletoria de Derecho nacional, no sea perjudicial para el consumidor.

QUINTO .- " No hay **contrato** sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. **Consentimiento** de los contratantes... " (artículo 1.261 del Código Civil) . Y " será **nulo** el consentimiento prestado por **error** ... " (artículo 1.265 del Código Civil) .

Dejando aparte, tanto el *error de derecho* , que, según el apartado 1 del artículo 6 del Código Civil , " producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinan " , como el *error obstativo* que es aquel que recae en la declaración de voluntad que no ha tenido ningún obstáculo para formarse libremente, pero, al transmitirse el querer al exterior se da el error, la divergencia no deseada entre lo declarado y lo querido, y que puede acontecer por varias causas: El empleo de palabras cuya significación usual no traduce el querer, identificación por señales erróneas del objeto de negocio, el declarante no ha querido emitir una declaración de voluntad de un contenido determinado y las equivocaciones padecidas por el que plasma, transcribe y escribe la declaración. Nos referiremos en exclusiva al **error-vicio o error-propio** .

El error vicio se **define** , por nuestra doctrina más autorizada, como una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo del querer interno y que opera como presupuesto para la realización del negocio jurídico: o no se hubiera querido de haberse conocido exactamente la realidad, o se hubiera querido de otra manera.

Los **requisitos** que han de concurrir en el error para que sea un vicio invalidante del consentimiento son dos. El primero, que el error ha de ser *esencial* , de tal manera que, como se indica en el artículo 1.266 del Código Civil , "deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo" ("El error sobre la persona solo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo"; "El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección"). Y, el segundo de los requisitos, que el error ha de ser *excusable* , no recogido en el Código Civil pero exigido por la jurisprudencia (en su labor complementadora del ordenamiento jurídico impuesta en el apartado 6 del artículo 1 del Código Civil), que lo deduce de los llamados principios de autorresponsabilidad y de buena fe, consagrado, este último, en el artículo 7 del Código Civil , entendiéndose inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 113/1994, de 18 de febrero de 1994, R.J. Ar. 1096 ; 74/1994, de 14 de febrero de 1994, R.J. Ar. 1469 ; 4 de enero de 1982, R.J. Ar. 179 ; 6 de junio de 1953, R.J. Ar. 1658 ; 14 de junio de 1943 ; 23 de mayo de 1935).



La acción de anulabilidad del negocio jurídico por haberse prestado el consentimiento viciado por error tan solo podrá **ejercitarse** dentro del **plazo** de los cuatro años que empezará a correr "desde la consumación del contrato" (artículo 1.301 del Código Civil). Discrepa la doctrina científica y no es uniforme el criterio de la jurisprudencia respecto a si se trata de un plazo de caducidad o de prescripción.

La acción de anulabilidad del negocio jurídico por haber prestado el consentimiento viciado por error "queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido **confirmado** válidamente", tal y como se proclama en el artículo 1.309 del Código Civil (regulándose la confirmación en los artículos siguientes 1.310 , 1.311 , 1.312 y 1.313 del Código Civil).

A la **consecuencia jurídica** de la declaración judicial de la nulidad de una obligación por haberse prestado el consentimiento viciado por error se refiere el artículo 1.303 del Código Civil , al indicar que "los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses".

SEXTO .- Legitimación activa .

No habiéndose pactado otro régimen económico matrimonial, "la **sociedad de gananciales** empezará en el momento de la celebración del matrimonio" (art. 1345 del Código Civil). Y, siempre que los cónyuges no lo hubieran cambiado por otro régimen económico distinto, la sociedad de gananciales no concluirá de pleno derecho hasta que "se **disuelva el matrimonio** " (nº 1º del art. 1.392 del C.c). Siendo así que, aparte de la muerte y la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, el matrimonio se disuelve "**por el divorcio**" (art. 85 del Código Civil). Y el divorcio no puede decretarse más que **por "sentencia judicial"** (art. 89 del Código Civil). Pero la fecha que determina la disolución de la sociedad de gananciales no es la de la sentencia de divorcio sino la de **su "firmeza"** (art. 95 del Código Civil).

Dentro del régimen jurídico de la sociedad de gananciales, al tratar de su administración, se dice, en el párrafo segundo del art. 1.385 del Código Civil , que: "**Cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía a acción o de excepción**". El precepto no puede ser más claro respecto a la inexistencia de un litis consorcio activo necesario de ambos cónyuges para el ejercicio de la acción de nulidad de un negocio jurídico ganancial, otorgándose legitimación activa a cualquiera de los cónyuges que individualmente la ejercite.

En el **presente caso** , nos encontramos ante un préstamo hipotecario de naturaleza ganancial. Habiéndose presentado la demanda el día 4 de noviembre de 2013, cuando estaba subsistente la sociedad de gananciales, ya que, siendo la sentencia de divorcio de 5 de noviembre de 2013 , tiene que ser posterior la fecha de su firmeza (añadir a la fecha de su notificación el transcurso del plazo para recurrir en apelación). En consecuencia, la cónyuge doña Camila estaba legitimada para ejercitar individualmente (sin contar con el concurso de su marido) la acción de nulidad en base a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.385 del Código Civil . Y la determinación de si el ejercicio de esta acción es lo más beneficioso para la sociedad de gananciales, quienes tendrán que hacerla son los miembros de la sociedad, pues sólo faltaría que alguien ajeno a esta sociedad, como el el Banco que además tiene interés en que no se ejercite la acción, les fuera a imponer, a los cónyuges, lo que es o no más beneficioso para ellos. Y que la esposa entiende que es más beneficioso, lo demuestra con la presentación de la demanda, y que el esposo entiende lo mismo, se desprende de su declaración como testigo en el acto del juicio con todo lo que dice respecto del préstamo hipotecario multidivisas.

En cualquier caso, conviene hacer una precisión sobre la *comunidad postganancial* . Si bien el artículo 1.396 del Código Civil , al establecer que: "disuelta la sociedad -de gananciales- se procederá a su liquidación...", parece dar a entender que a los pocos días de disolverse la sociedad de gananciales ya estará liquidada, es lo cierto que frecuentemente, desde que se produce la disolución, por concurrir alguna de las causas previstas en los artículos 1.392 o 1.393 del Código Civil , hasta que se practica su liquidación, transcurre un largo período de tiempo. Y, durante este período intermedio de tiempo que media entre la disolución de la sociedad de gananciales y su definitiva liquidación, surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de a sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero -cónyuge supérstite y herederos del premuerto, en caso de disolución por muerte, y ambos cónyuges, si la causa de disolución fue otra- ostenta una cuota abstracta sobre el "totum" ganancial -como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia cuyos principios y reglas le son de aplicación-, y no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, subsistiendo la cuota abstracta mientras perviva la expresada comunidad postganancial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros (sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 1266/1998 de 31 de diciembre de 1998, R.J. Ar 9987 ; 7 de noviembre de 1997, R.J. AR. 7937 ; 875/1993, de 28



de septiembre de 1993, R.J. Ar. 6657 ; 1173/1992, de 23 de diciembre de 1992, R.J. Ar. 10689 ; 17 de febrero de 1992, R.J. Ar. 1258 ; 20 de noviembre de 1991 ; 8 de octubre de 1990, R.J. Ar. 7482 ; 21 de noviembre de 1987 , R.J. Ar. 8638). Debiendo regirse esta comunidad postganancial por las normas propias de la comunidad de bienes, contenidas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil (sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 592/2005, de 10 de julio de 2005, R.J. Ar. 8991 ; 465/2000, de 11 de mayo de 2000 , R.J. Ar. 3926). Y es doctrina jurisprudencial constante y reiterada que cualquiera de los comuneros puede demandar, ejercitando una de las facultades que integran el derecho en comunidad, por sí solo, si lo hace en beneficio de la comunidad (aunque no lo diga de manera expresa debe entenderse que acciona en beneficio de la comunidad), sin que, por ello, pueda acogerse la excepción de falta de legitimación activa "ad causam", y, los efectos de la sentencia favorable alcanzará a todos los demás comuneros a los que no perjudicará la desfavorable (sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 364/2003, de 10 de abril de 2003, R.J. Ar. 3701 ; 1051/2000, de 18 de noviembre de 2000 R.J. Ar. 9309 ; 1044/1999, de 7 de diciembre de 1999, R.J. Ar. 9194 ; 499/1997, de 6 de junio de 1997, R.J. Ar. 4613 ; 8 de abril de 1992, R.J. Ar. 2023 ; 17 de abril de 1990, R.J. Ar. 2721 ; 18 de diciembre de 1989, R.J. Ar. 8841 ; 3 de febrero de 1983, R.J. Ar. 801 ; 7 de febrero de 1981 , R.J. Ar. 384). De ahí que, aun cuando al presentarse la demanda ya estuviera disuelta la sociedad de gananciales pero aún no liquidada, doña Camila estaría igualmente legitimada para ejercitar individualmente la acción de nulidad sin que tuviera que hacerlo conjuntamente con el otro comunero.

Por último, aunque durante la tramitación del proceso se hubiera producido la liquidación de la sociedad de gananciales y en la misma se hubiera incluido el préstamo hipotecario multidivisas, nos encontraríamos ante una *sucesión por transmisión del objeto litigioso* que encuentra su adecuada regulación en el artículo 17 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil .

SÉPTIMO.- El **Código Civil** dispone en el **artículo 1.300** que: "**La acción de nulidad sólo durará cuatro años .** Este tiempo empezará a correr:...En los -casos- de error...desde la consumación del contrato..." "

Este plazo de cuatro años **no es de aplicación** a las acciones de *nulidad radical y absoluta* (por ausencia de alguno de los requisitos del contrato reseñados en el artículo 1.261 del Código Civil) ni en los casos de *inexistencia del contrato* , pues estas acciones no están sometidas a plazo de caducidad alguno y son imprescriptibles.

Este plazo de cuatro años solo **es de aplicación** a las acciones de "**anulabilidad**" del contrato que proceden, entre otros casos, cuando se ha prestado un consentimiento viciado por error (violencia, intimidación o dolo).

En principio este plazo de los cuatro años sería de aplicación a la acción para que se **declare anulable** el contrato y la consiguiente **restitución de las cosas entregadas o de las prestaciones realizadas**. Pero, un sector de la doctrina, distingue entre la acción de declaración de anulabilidad y la de restitución para sostener que tan solo la acción de restitución quedaría sometida al plazo de los cuatro años, mientras que la acción de declaración de anulabilidad, por ser meramente declarativa, no estaría sometida a plazo de caducidad alguno y sería imprescriptible.

Se plantea la cuestión de si este plazo de los cuatro años es de **caducidad** o de **prescripción** . Distinción que es *relevante* , pues, si fuera de caducidad, podría ser acogido de oficio por el tribunal en ausencia de invocación de parte y no se interrumpiría por los actos reseñados en el artículo 1.973 del Código Civil . Mientras que, si fuera de prescripción, jamás podría ser acogida de oficio por el tribunal en ausencia de invocación de parte en el momento procesal oportuno y se interrumpiría por los actos reseñados en el artículo 1.973 del Código Civil .

Los que sostienen que el plazo es de *caducidad* se basan en que el contrato anulable es un contrato válido, o al menos eficaz, desde su perfección y solo dejará de serlo cuando el protegido por la anulabilidad ejercite la correspondiente acción dirigida a producir, a través del proceso, la invalidez retroactiva de lo que nació válido, siendo por tanto, la acción y la sentencia de carácter constitutivo. De tal manera que el legitimado para hacer valer la anulabilidad tiene un poder de impugnación, constitutivo de un derecho potestativo o de configuración jurídica, cuyo ejercicio no puede hacerse más que en vía judicial. A lo que añaden, en apoyo de su tesis de la caducidad, los términos taxativos empleados en la redacción del precepto: "sólo durará".

Los que defienden que el plazo es de *prescripción* prescinden del antecedente histórico de la moderna anulabilidad, constituida por la figura romana de la "restitutio in integrum", así como de ordenamientos jurídicos distintos al nuestro, para sostener que, en nuestro actual derecho positivo, el ejercicio judicial de la acción de anulabilidad no es indispensable, ya que, siguiendo el principio general, solo es necesario acudir a los Tribunales cuando el ejercicio de un derecho sea negado o impedido por otro sujeto. No habiendo ningún inconveniente, teórico ni práctico, en que se pida privadamente la restitución de lo entregado alegando la causa de anulación. Y sin que consideren determinantes los términos taxativos empelados en la redacción del precepto.



La *doctrina científica* se muestra dividida, decantándose algunos autores por la caducidad (Diez-Picazo, Gullón y Albadalejo) y otra por la prescripción (Castan y Delgado Echeverria), sin que falten aquellos que se muestran dubitativos (O#Callaghan y Salas Carceller).

No existe un *criterio jurisprudencial* consolidado a favor de la prescripción o de la caducidad. Si bien a favor de la prescripción son de citar las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1987 ("...siendo el plazo que el artículo 1.301 del Código Civil establece de prescripción y no de caducidad, su apreciación en la sentencia impugnada sin haber sido alegada en el oportuno momento procesal, es lo que hubiera producido la incongruencia") y de 23 de octubre de 1989 ("...acción de anulabilidad y el plazo de cuatro años que establece el artículo 1.301 del Código Civil, como plazo de prescripción, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, susceptible, por tanto, de interrupción por reclamación extrajudicial o reconocimiento del deudor a tenor del invocado artículo 1.973..."). Pero también son de reseñar otras sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en cuya redacción, y refiriéndose al plazo de cuatro años del artículo 1.301 del Código Civil, se emplea el término plazo de caducidad (sentencias números 54/2014 de 21 de febrero de 2014; 682/2013 de 5 de noviembre de 2013; 558/2010 de 23 de septiembre de 2010; 216/2006 de 3 de marzo de 2006).

En cualquier caso, para la resolución de la presente controversia no es determinante la naturaleza jurídica del plazo, si es de caducidad o de prescripción. Pues basta con acudir a la precisión de la **fecha inicial del cómputo del plazo**. Y, en este sentido, se fija en el artículo 1.300 del Código Civil en "**la consumación del contrato**".

El cómputo de este plazo *no se inicia desde la celebración del contrato*, es decir desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio (artículo 1.254 del Código Civil). *Sino desde su consumación*, es decir el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato. Aunque, esto último, ha sido matizado por la doctrina y la jurisprudencia respecto de los contratos de tracto sucesivo en aras de una seguridad jurídica que aconseja que, la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad, no se prolongue indefinidamente.

En cuanto a los *negocios jurídicos que celebra el Banco con uno de sus clientes, financiero o de inversión*, la fecha de consumación, como determinante del inicio del cómputo del plazo de los cuatro años, nos la proporciona el párrafo último del apartado 5 del fundamento de derecho quinto de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 769/2014 de 12 de enero de 2015- nº de recurso 2290/2012 - al pronunciarse en los siguientes términos "en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error." Lo que se reitera en el fundamento de derecho 7 de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 376/2015, de 7 de julio de 2015- nº de recurso 1603/2013 -.

Aplicando los reseñados criterios jurídicos, en el *presente caso* la fecha inicial del cómputo del plazo de los 4 años no puede ser cuando se otorgó la escritura pública del préstamo hipotecario con cláusulas multidivisas el día 4 de agosto de 2008. De ser ésta la fecha inicial del cómputo del plazo de los 4 años, sí habría transcurrido el plazo, ya que la demanda no se presenta hasta el día 4 de noviembre de 2013. Pero esa no es la fecha inicial del cómputo sino la fecha posterior en la que los prestatarios llegaron a tener un puntual conocimiento del error padecido. Y, en este sentido, no puede afirmarse que, cuando se presenta la demanda, ya hubiera transcurrido el plazo de los cuatro años desde que los prestatarios hubieran llegado a tener un puntual conocimiento del error padecido.

OCTAVO .-

I .- Se entiende por **préstamo hipotecario multidivisas** aquel préstamo hipotecario en el que se pacta, como interés remuneratorio, un *interés variable* (no fijo) *con referencia al "libor"* ("London Interbank Offered Rate" es decir la tasa de interés interbancario del mercado de Londres) y no al euribor a un año, concurriendo, además, las siguientes circunstancias:

1ª. La *suma de dinero prestada* no se le entrega, al prestatario, en euros, sino *en otra divisa* distinta por él elegida.

2ª. Los *pagos*, por el prestatario, *de las cuotas de amortización* del préstamo (integradas, de un lado, por una parte de la suma de dinero prestada a devolver, y, de otro lado, por una parte del interés remuneratorio pactado) no los hace en euros sino que tiene que hacerlos *en la otra divisa* distinta que hubiera elegido.



II .- Para establecer los riesgos que entraña un préstamo hipotecario multidivisas tenemos que referirlos a un ciudadano español que obtiene todos sus ingresos económicos en euros, satisface sus gastos en euros y realiza sus transacciones económicas en euros, acudiendo, para financiar la adquisición de un inmueble, a un préstamo con garantía hipotecaria. Debiendo entenderse que, esa operación, no tendría riesgo alguno, si, el prestatario, dispusiera de un conocimiento puntual y exacto de su coste económico desde el preciso momento en que lo concierta, y sin que, ese coste económico, fuera variando durante los años de amortización del préstamo. Pues bien, a este ciudadano español, se le abre un abanico de posibilidades que se pueden reducir a tres y que iremos reseñando desde la que encierra un menor riesgo hasta la que guarda el mayor de los riesgos.

Si se acude a un préstamo hipotecario en el que se le entrega, al prestatario, la suma de dinero en euros y tiene que satisfacer la cuota de amortización en euros, con un *interés fijo*, el único riesgo radicaría en la fluctuación, del valor económico del bien inmueble adquirido, durante el período de amortización del préstamo, para conocer la relación real, al acabarse la amortización, entre el valor adquirido y el precio pagado mediante la financiación.

Si se acude a un préstamo hipotecario en el que se entrega, al prestatario, la suma de dinero en euros y tiene que satisfacer la cuota de amortización en euros, con un *interés variable con referencia al euribor a un año*, se añade, al riesgo anteriormente reseñado, el incremento o disminución de la cuota de amortización del préstamo en función del incremento o disminución del valor de cotización del euribor durante el periodo de amortización del préstamo. Siendo de destacar que la variación de la cotización del euribor a un año es de fácil acceso y de común conocimiento.

Si se acude a un préstamo hipotecario *multidivisas* en el que la suma de dinero prestada se entrega al prestatario en una divisa distinta del euro que él hubiera elegido, y, en esta misma divisa distinta del euro, se tienen que hacer los pagos de las cuotas de amortización del préstamo, con un interés variable con referencia al "libor", se mantienen los dos riesgos anteriores y se añade un tercero. El primero de los riesgos se enmaraña, ya que las fluctuaciones, del valor económico del bien inmueble adquirido, durante el período de amortización del préstamo, serían en euros mientras que, el funcionamiento del préstamo hipotecario, lo sería en una divisa distinta del euro. El segundo de los riesgos, la fluctuación del interés variable, se complica porque el "libor", como índice de referencia, a diferencia del euribor a un año, es de muy difícil acceso y de conocimiento de pocas personas. Y el tercero de los riesgos radica en la variación de la cotización de las monedas, en concreto entre el euribor y la divisa elegida por el prestatario. El cual repercute directamente en la cuota de amortización del préstamo a pagar por el prestatario, de tal manera que, si el euribor cotiza por encima de la otra divisa, el prestatario pagaría menos en euros, si el euribor y la otra divisa cotizaran a la par, el prestatario pagaría lo mismo en euros y, si el euribor cotizara por debajo de la otra divisa el prestatario pagaría más en euros. Pero es que, además, se produce un recálculo constante del capital prestado lo que determina que, si la divisa elegida se aprecia frente al euro, no solo tendría que pagar el prestatario una cuota de amortización de mayor importe en euros sino que además adeudaría al prestamista un capital en euros mayor que lo que le fue entregado al concertar el préstamo hipotecario.

NOVENO .- La cuestión fundamental que se plantea no es tano la de si, un préstamo hipotecario multidivisas, es o no un producto financiero, sino la de si, a un préstamo hipotecario multidivisas, se le debe dar o no el **tratamiento jurídico, previsto en la Ley, para la adquisición, por un minorista, de un producto financiero, en una entidad de crédito**.

La *Sala de lo Civil del Tribunal Supremo* considera, en su sentencia número 323/2015 de 30 de junio de 2015 (nº de recurso 2780/2013), que el préstamo hipotecario multidivisas es un producto financiero, y, como tal producto financiero, derivado y complejo (fundamento de derecho séptimo número 6). Y, en consecuencia, se le debe aplicar, al préstamo hipotecario multidivisas, el régimen jurídico previsto para la adquisición, por los minoristas, de los productos financieros, en las entidades de crédito.

La *Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* en su sentencia de 3 de diciembre de 2015 que resuelve el asunto C-312/14 (una petición de decisión prejudicial planteada por un Tribunal húngaro en el marco de un litigio entre "Banif Plus Bank Zrt." y el sr. y la sra. Lantos) considera que el préstamo hipotecario multidivisas no es un producto financiero (apartados 53 a 76). Y, en consecuencia, el no dispensar, por cualquiera de los Estados de la Unión Europea, el régimen jurídico de protección del minorista que adquiere un producto financiero en una entidad de crédito, al prestatario que concierta un préstamo con garantía hipotecaria multidivisas con una entidad de crédito, no es contrario a la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros. Ahora bien al ser las Directivas Comunitarias de "mínimos" (en la materia que constituye su objeto ningún Estado de la Unión Europea puede otorgar una protección por debajo de la establecida en la Directiva) nada se opone a que, uno de los Estados miembros de la Unión Europea, en este caso España, conceda, al prestatario de



un préstamo hipotecario multidivisas el régimen jurídico protector del minorista que adquiere un producto financiero en una entidad de crédito.

DÉCIMO .- A las **empresas de servicios de inversión** y a las **entidades de crédito que presten servicios de inversión** se les impone, para con sus clientes o potenciales clientes, un **deber precontractual** que se manifiesta en una **doble obligación**, la de **obtener información** de sus clientes y la de **darles o proporcionarles información**.

La **regulación**, de este deber precontractual que se manifiesta en la doble obligación reseñada, cambió, en **nuestro ordenamiento jurídico**, con la transposición, al mismo, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros.

I. Con anterioridad a la aplicación en España de la directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, debía estarse a la **letra e) del apartado 1 del artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores, en su redacción anterior a la que se le ha dado por la Ley 47/2007 de 19 de diciembre**, con base al cual las empresas de servicios de inversión y las entidades de crédito, tanto recibiendo o ejecutando ordenes deberán atenerse al siguiente principio y requisito: "Asegurarse de que dispone de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados". **El Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo** sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios (que estuvo vigente hasta el día 17 de febrero de 2008, habiendo sido derogado por la letra "b" del número 1 de la disposición derogatoria única del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicio de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre - B.O.E. de 16 de febrero de 2008-) cuyo *apartado 1 de su artículo 2* dispone que toda entidad que realice cualquier actividad relacionada con los mercados de valores" deberá cumplir las reglas generales contenidas en el anexo, atendiendo en todo caso al interés de los inversores y al buen funcionamiento y transparencia de los mercados". Y en ese *anexo*, bajo la rúbrica de "Código general de conducta de los mercados de valores", se decía que: "Las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer" (*apartado 1 del artículo 4* bajo la rúbrica de "información sobre la clientela"). "La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata; Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos"; "Las entidades deberán informar a sus clientes con la máxima celeridad de todas las incidencias relativas a las operaciones contratadas por ellos, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario al interés del cliente; Solo cuando por razones de rapidez ello no resulte posible, deberán proceder a tomar por sí mismas las medidas que, basadas en la prudencia, sean oportunas a los intereses de los cliente" (*apartados 3 y 5 del artículo 5* bajo la rúbrica "información a los cliente"). Y la **Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995** de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorio (cuya sección tercera y quinta fue derogada por la letra "c" del apartado 1 de la disposición derogatoria única del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva aprobado por Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre-B.O.E. de 16 de febrero de 2008-), que decía, en la *regla 1 de su artículo noveno* (incardinado en la sección quinta bajo la rúbrica de "información sobre operaciones"), que: "las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones; Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos".

II. La Directiva 2004/39/CE del parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros por la que se modifican las Directivas 85/611/ CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, conocida por las iniciales ("**MIFID**") de su denominación en inglés ("markets in financial instruments directive"), que fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 30 de abril de 2004, fecha en la que entró en vigor (artículo 72), y, desde esta fecha, se concede un plazo de 24 meses, a los Estados miembros de la Unión, para su incorporación al ordenamiento jurídico interno (artículo 70). Habiendo sido, esta directiva, desarrollada por la *Directiva 2006/73/CE de la Comisión de 10 de agosto de 2006*, que fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 2 de septiembre de 2006 y entró en vigor al vigésimo día siguiente al de su publicación (art. 54), debiendo, los Estados miembros de la Unión, incorporarlos a sus ordenamientos jurídicos, mediante publicación de disposiciones legales a más tardar el día 31 de enero de 2007, las cuales,



serán de aplicación a partir del 1 de noviembre de 2007 (art. 53). Siendo así que, estas directivas, fueran incorporadas, al ordenamiento jurídico español, mediante dos textos legales. En primer lugar, la **Ley 47/2007, de 19 de diciembre , por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores** , publicada en el B.O.E. número 304 del jueves 20 de diciembre de 2007, cuya fecha de entrada en vigor ha dado lugar a posiciones dispares, pues, mientras para unos, en base a la disposición final sexta(bajo la rúbrica de "entrada en vigor" , dispone que: la presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el <<Boletín oficial del Estado>>"), habría entrado en vigor el día 21 de diciembre de 2007, para otros, en base a la disposición transitoria primera (bajo la rúbrica de "plazo de adaptación de las entidades que presten servicios de inversión", indica que: "las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta ley"), no habría entrado en vigor hasta el día 21 de junio de 2008. Y, en segundo lugar, el **Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero**, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, publicado en el B.O.E. número 41 del sábado 16 de febrero de 2008, y, cuya entrada en vigor, en base a lo dispuesto en su disposición final cuarta ("... entrara en vigor al día siguiente al de su publicación en el <<Boletín oficial del Estado>>..." bajo la rúbrica de "entrada en vigor"), no ofrece duda que lo fue el día *17 de febrero de 2008* .

En cuanto a la **entrada en vigor** de la **Ley 47/2007** , de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 385/2014, de 7 de julio de 2014- nº de recurso 1520/2012 - (primer párrafo del fundamento de derecho cuarto) se decanta por el día **21 de diciembre de 2007** .

A/ Al cliente debe, ante todo, clasificársele en **profesional y minorista** , siendo clientes profesionales, con carácter general, aquéllos a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos, y, en particular, tan sólo tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos que se enumeran en el apartado 3 del artículo 78 bis de la ley de Mercado de Valores , mientras que, todos los demás clientes, se considerarán minoristas.

B/ En cuanto a la obligación de dar o proporcionar información a los clientes, deberá ser una información imparcial, clara y no engañosa (siendo claramente identificables, como tales, las comunicaciones publicitarias), debiendo incluir, en todo caso de manera comprensible, la empresa de inversión y sus servicios (reseñando los costes de las operaciones y servicios realizados por cuenta del cliente), los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas (con referencia específica a las orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en estos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares), centro de ejecución de órdenes y gastos y costes asociados, para que les permita a los clientes, en lo posible, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, en consecuencia, decidir si les conviene invertir en eses concreto producto financiero (artículo 19 apartado 2 , 3 y 8 de la Directiva 2004/39/CE y artículo 79 bis apartados 2 , 3 y 4 de la Ley de Mercado de Valores).

C/ Respecto a la obligación de obtener información de los clientes , la entidad deberá hacer, a cada uno de los clientes, un test o cuestionario. Y, el contenido de este test o cuestionario, será distinto atendiendo al dato de que la entidad " *preste asesoramiento en materia de inversiones o realice gestión de carteras* " para el cliente, en cuyo caso le tendrá que hacer una "evaluación de idoneidad" (artículo 19 apartado 4 de la Directiva 2004/39/CE , artículo 79 bis apartado 6 de la Ley de Mercado de Valores , artículo 35 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 72 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero). Mientras que si la entidad "no" presta asesoramiento en materia de inversiones ni realiza gestión de carteras para el cliente basta con que se le haga una "evaluación de conveniencia" (artículo 19 apartado 5 de la Directiva 2004/39/CE , artículo 79 bis apartado 7 de la Ley de Mercado de Valores , artículo 36 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 73 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero). Y lo que debe entenderse, a estos efectos, por "prestar asesoramiento en materia de inversiones", lo indica la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta; Caso Genil 48 s.l. y otros contra Bankinter s.a. y otros) de 30 de mayo de 2013 (TJCE\2013\142) en sus apartados 49 a 55 y declaración 2 ("el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente con objeto de cubrir el riesgo de variación del tipo de interés de un producto financiero que ha suscrito dicho cliente es un servicio de asesoramiento en materia de inversión, siempre que la recomendación relativa a la suscripción de ese contrato de permuta se dirija a dicho cliente en su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público").



1º. La finalidad de la " *evaluación de idoneidad* " radica en que, la entidad, le pueda recomendar, al cliente, los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan, y, para ello, la información que deberá obtenerse será la necesaria sobre los conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio, la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente o posible cliente (artículo 19 apartado 4 de la Directiva 2004/39/CE , artículo 79 bis apartado 6 de la Ley de Mercado de Valores , artículo 35 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 72 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero). Y, cuando la entidad no obtenga la información propia de la evaluación de idoneidad, se abstendrá de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros a sus clientes o posibles clientes (artículo 79 bis apartado 6 de la Ley de Mercado de Valores).

2º. La finalidad de la " *evaluación de conveniencia* " radica en que, la entidad, pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es adecuado para el cliente, y, para ello, la información que deberá obtener recaerá sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado (artículo 19 apartado 5 párrafo primero de la Directiva 2004/39/CE , artículo 79 bis apartado 7 párrafo primero de la Ley de Mercado de Valores , artículo 36 de la Directiva 2006/73/CE y artículo 73 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero). En el caso de que el cliente no proporcione la información propia de la evaluación de conveniencia o ésta fuera insuficiente, deberá la entidad advertir al cliente que no puede determinar si el servicio de inversión o el producto previsto es adecuado para él. Y si, en base a la información obtenida con la evaluación de conveniencia, considera la entidad que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente tiene que advertirle su inadecuación (artículo 79 bis apartado 7 párrafo segundo de la Ley de Mercado de Valores).

D/ Excepcionalmente la entidad **no tendrá** , para con su cliente, **la doble obligación de obtener y darle o proporcionarle información** en el caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información (artículo 19 apartado 9 de la Directiva 2004/39/CE y artículo 79 quáter de la Ley de Mercado de Valores). Supuesto excepcional que debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión solo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere el precepto debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a la doble obligación de obtener y dar o proporcionar información, tal y como se recoge en la declaración 1 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta; Caso Genil 48 s.l. y otros contra Bankinter s.a. y otros) de 30 de mayo de 2013 (TJCE \2013\142) y lo desarrolla en sus apartados 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47 y 48.

También **excepcionalmente** la entidad **no tendrá** para con su cliente **la obligación de obtener información mediante la práctica de la evaluación de conveniencia** cuando, prestando la entidad el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, se cumplan las siguientes condiciones: a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos; b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente; c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligada a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior; d) que la entidad cumpla lo dispuesto en la letra d del apartado 1 del artículo 70 y en el artículo 70 ter 1 d de la Ley de Mercado de Valores (artículo 19 apartado 6 de la Directiva 2004/39/CE y artículo 79 bis apartado 8 de la Ley de Mercado de Valores).

Igualmente con carácter **excepcional** , **al obtener la información** la entidad de su cliente **mediante la evaluación de idoneidad** , no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el caso de que se trate de un cliente profesional (artículo 79 bis apartado 6 última frase de la Ley de Mercado de Valores).

E/ Para el caso de incumplimiento, por parte de la entidad para con uno de sus clientes, de las obligaciones de obtener y de dar o proporcionar información, no se establece, **la consecuencia jurídica** , de ese **incumplimiento** obligacional precontractual, en el negocio jurídico de adquisición, por el cliente, de un producto financiero, a través de la intermediación de la entidad, en la legislación comunitaria de la Unión. Siendo a cada uno de los Estados miembros de la Unión a los que corresponde establecer, para su particular territorio, esa consecuencia jurídica. Así lo proclama la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta; Caso Genil



48 s.l. y otros contra Bankinter s.a. y otros) de 30 de mayo de 2013 (TJCE\2013\142) en su declaración 3 ("Corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las condiciones contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación establecidas en el artículo 19, apartados 4 y 5 de la Directiva 2004/39, respetando los principios de equivalencia y efectividad"). Y, al trasponerse la Directiva comunitaria al ordenamiento jurídico español, **no se estableció**, como consecuencia jurídica del incumplimiento obligacional precontractual de obtener y dar o proporcionar información, **la nulidad del negocio jurídico** de adquisición, por el cliente, del producto financiero a través de la intermediación de la entidad. Nada le impedía al legislador español establecer esta sanción jurídica de la nulidad pero lo cierto es que no la estableció. Y sin que pueda invocarse el **apartado 3 del artículo 6 del Código Civil** ("Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención") para interesar la nulidad del negocio jurídico. Pues como se dice en el párrafo segundo del número 10 del fundamento de derecho séptimo de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 323/2015 de 30 de junio de 2015 (nº de recurso 2780/2013): "Debe tomarse en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. En concreto la Ley 47/2007, al tiempo que transpuso la Directiva MIFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del artículo 79 bis, al calificar esta conducta de «infracción muy grave» en el artículo 99.2.z bis de la Ley de Mercado de Valores, lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas- artículo 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores -". Reiterando lo que ya se había proclamado en el fundamento de derecho 13 de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 716/2014 de 15 de diciembre de 2014 -nº de recurso 48/2013 -.

UNDÉCIMO .- **Relación del incumplimiento del deber precontractual** de recibir y dar o proporcionar información, por parte de la entidad (empresa de servicio de inversión o la entidad de crédito que preste servicio de inversión) para con su cliente, **con la acción de anulabilidad**, del negocio jurídico de adquisición del producto financiero, deducida por el cliente contra la entidad, **al haber prestado su consentimiento viciado por error**.

Respecto de la acción de la anulabilidad por haber prestado el consentimiento viciado por error deducida, por el cliente contra su entidad de crédito, para recuperar la suma de dinero invertida en un producto financiero comercializado por esa entidad de crédito demandada, se han dictado diversas **sentencias** por la **Sala de lo Civil del Tribunal Supremo**. Así la sentencia número 660/2012, de 15 de noviembre de 2012- nº de recurso 796/2010 - (producto estructurado tridente del que son subyacentes las acciones del BBVA, ING y BNP comercializado por el Banco Santander s.a.; Se confirma la desestimación de la demanda); 665/2012, de 15 de noviembre de 2012- nº de recurso 2091/2010- (permuta financiera de tipos de interés -"swap"-; Contrato concertado con Bankinter s.a.; Se confirma la estimación parcial de la demanda al no considerarse disparatada la interpretación que se hace de la cláusula contractual de vencimiento anticipado); 683/2012, de 21 de noviembre de 2012 -nº de recurso 1729/2010- (permuta financiera de tipos de interés -"swap"-; contrato concertado con el Banco Español de Crédito; Se casa la sentencia de instancia que estimaba la demanda para desestimarla); Del Pleno número 840/2013, de 20 de enero de 2014- nº de recurso 879/2012 - (permuta financiera de inflación- "swap"-; Contrato concertado con la Caixa D#Estalvis del Penedés- luego pasó a ser Mare Nostrum s.a.; Se confirma la estimación de la demanda); 41/2014, de 17 de febrero de 2014- nº de recurso 320/2012- (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con Bankinter s.a.; Casa la sentencia que estimaba demanda para, en su lugar, desestimarla totalmente); 384/2014, de 7 de julio de 2014 -nº de recurso 892/2012- (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con la Caixa D#Estalvis del Penedes- luego pasó a ser Banco Mare Nostrum s.a.; Confirma la sentencia estimatoria dictada en la instancia); 385/2014, de 7 de julio de 2014- nº de recurso 1520/2012 - (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con la Caixa D#Estalvis del Penedes- luego pasó a ser Banco Mare Nostrum s.a.; Confirma la sentencia que estima la demanda); 387/2014, de 8 de julio de 2014- nº de recurso 1256/2012 - (permuta financiera de tipo de interés- "swap"-; Contrato concertado con la Caixa D#Estalvis del Penedes- luego pasó a ser Banco Mare Nostrum s.a.; Confirma la sentencia estimatoria de la instancia); Del Pleno número 458/2014, de 8 de septiembre de 2014- nº de recurso 1673/2013 - (participaciones preferentes del Banco islandés Landsbanki comercializadas por el segmento de banca privada del BNP Paribas España s.a.; Confirma la sentencia desestimatoria de la instancia); Del Pleno número 460/2014, del 10 de septiembre de 2014- nº de recurso 2162/2011 -, con un voto particular del Excmo. Sr. Magistrado don Sebastián Sastre Papiol al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados don José Ramón Ferrandiz Gabriel y don Antonio Salas Carceller (productos estructurados emitidos, unos por el Banco norteamericano Lemman Brothers, y, los otros por el Banco islandés Kaupthing, siendo las subyacentes acciones de otras sociedades y dependiendo la recuperación de lo invertido no solo de la evolución de los subyacentes sino también de la solvencia del Banco



emisor, comercializados por el Banco Espirito Santo s.a.; Casa la sentencia de la instancia que desestimaba la demanda, para, en su lugar, estimarla); Del Pleno número 769/2014, del 12 de enero de 2015- nº de recurso 2290/2012- (un seguro de vida en el que la prima se invertía íntegramente mediante una nota estructurada en una cesta de fondos de gestión alternativa Optimal comercializado por el Banco Santander; Casa la sentencia de la instancia que desestimaba la demanda, para, en su lugar, estimarla); 110/2015, del 26 de febrero de 2015- nº de recurso 1548/2011- (permuta financiera de tipo de interés - "swap"-; Contrato concertado con el Banco de Santander; Se confirma la estimación de la demanda); 207/2015, del 23 de abril de 2015 -nº de recurso 934/2015- (bono estructurado autocancelable semestral BBVA, SAN y TCA emitido por Lehman Brothers y comercializado por "Altae Banco s.a."; Se confirma la sentencia desestimatoria de la instancia); 205/2015, de 24 de abril de 2015- nº de recurso 1509/2013 - (bono estructurado autocancelable anualmente siendo los subyacentes las acciones de ING y Deutsche Bank, emitido por Lehman Brothers y comercializado por Bankinter s.a.; Se confirma la sentencia desestimatoria de la instancia); 323/2015, de 30 de junio de 2015- nº de recurso 2780/2013 - (**hipoteca multidivisa** comercializada por Kutxabank s.a.; Se confirma la sentencia desestimatoria de la instancia); 376/2015, de 7 de julio de 2015 - nº de recurso 1603/2013 - (bono emitido por Lehman Brothers y comercializado por Bankinter s.a.; Se casa la sentencia de instancia que acogía la caducidad de la acción para rechazar la caducidad de la acción y estimarse la acción); 489/2015, de 16 de septiembre de 2015 -nº de recurso 1879/2013- (participaciones preferentes del banco Islander Landbanski Island comercializadas por Bankinter s.a.; Se anula la sentencia de la segunda instancia que desestimaba la acción y se confirma la de primera instancia que la estimaba); 550/2015, de 13 de octubre de 2015 -nº de recurso 1513/2012- (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con el Banco Santander s.a.; Se casa la sentencia de instancia que desestimaba la acción para, en su lugar, estimarla); 535/2015, de 15 de octubre de 2015 -nº de recurso 452/2015- (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con el Banco Santander s.a.; Se confirma la estimación de la acción en la instancia); 563/2015, de 15 de octubre de 2015 -nº de recurso 1910/2012- (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con el Banco Santander s.a.; Se confirma la estimación de la acción en la instancia); 547/2015, de 20 de octubre de 2015 -nº de recurso 621/2012 - (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con Bankinter s.a.; Se confirma la estimación de la acción en la instancia); 549/2015, de 22 de octubre de 2015 -nº de recurso 615/2012- (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con el Banco de Santander s.a.; Se confirma la estimación de la acción en la instancia); 559/2015, de 27 de octubre de 2015 -nº de recurso 665/2012- (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con Bankinter s.a.; Se confirma la estimación de la acción en la instancia); 562/2015, de 27 de octubre de 2015 -nº de recurso 682/2012- (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con Bankinter s.a.; Se confirma la estimación de la acción en la instancia); 560/2015, de 28 de octubre de 2015 -nº de recurso 667/2012- (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con Bankinter s.a.; Se confirma la estimación de la acción en la instancia); 595/2015, de 30 de octubre de 2005 -nº de recurso 704/2012- (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con el Banco Santander s.a.; Se casa la sentencia de instancia que desestimaba la demanda, para, en su lugar, estimarla); 588/2015, de 10 de noviembre de 2015 -nº de recurso 1381/2012 - (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con el Banco de Santander s.a.; Se confirma la estimación de la acción en la instancia); 634/2015, de 10 de noviembre de 2015 -nº de recurso 1101/2012 - (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con Banesto que luego pasó a ser el Banco Santander s.a.; Se confirma la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado que se hace en la sentencia de la instancia que desestima la acción de anulabilidad); 613/2015, de 11 de noviembre de 2015 -nº de recurso 885/2012 - (permuta financiera de tipo de interés -"swap"-; Contrato concertado con el Banco Santander s.a.; Se confirma la estimación de la acción en la instancia); 633/2015, de 13 de noviembre de 2015 -nº de recurso 1380/2012 - (permuta financiera de tipos de interés -"swap"-; Contrato concertado con el Banco de Santander s.a.; se casa la sentencia de la instancia que desestimaba la demanda, para, en su lugar, estimarla).

La **doctrina jurisprudencial** sobre esta materia aparece recogida en las sentencias números 384/2014, de 7 de julio de 2014, 385/2014, de 7 de julio de 2014 y 387/2014, de 8 de julio de 2014 en los siguientes términos:

1º. La constatación de un *incumplimiento*, por parte de la entidad, de su deber precontractual de *dar o proporcionar información*, a su cliente, no comporta necesariamente que, el consentimiento prestado por el cliente en el negocio jurídico de adquisición del producto financiero, estuviera viciado por error.

2º. La constatación del *incumplimiento*, por parte de la entidad, de su deber precontractual de *obtener información*, de su cliente, consistente en la omisión de las evaluaciones de idoneidad o conveniencia, comporta la presunción de que, el consentimiento prestado por el cliente, en el negocio jurídico de adquisición del producto financiero, estaba viciado por error, pero es una presunción "iuris tantum" no "iuris et de iure" que admite prueba en contrario.



3º. La *esencialidad del error* necesaria para que éste sea invalidante del consentimiento prestado por el cliente, precisa que el error recaiga sobre los *riesgos* asociados al concreto producto financiero adquirido por el cliente.

4º. La *excusabilidad del error* imprescindible para que este sea invalidante del consentimiento resulta del incumplimiento, por parte de la entidad, de su obligación de dar o proporcionar información en el caso de que su cliente fuera minorista necesitado de información sobre los concretos riesgos del producto financiero que adquiere.

DUODÉCIMO .- Dada la fecha en la que se celebró el contrato de préstamo hipotecario con cláusulas multidivisas, el día 4 de agosto de 2008, ya era de **aplicación** la **ley 47/2007** , que había entrado en vigor el día 21 de diciembre de 2007, y el **Real Decreto 217/2008** , de 15 de febrero, que había entrado en vigor el día 17 de febrero de 2008.

Don Genaro y doña Camila eran **clientes minoristas** no profesionales.

Dado que don Genaro y doña Camila carecían de conocimientos financieros y ejercían unas profesiones ajenas al mundo de las finanzas, es difícil creer que, teniendo un puntual y profundo conocimiento de lo que era un préstamo hipotecario con cláusulas multidivisas, se hubieran presentado en las dependencias de Bankinter s.a. para adquirir este concreto y específico producto financiero. Resultado convincente la declaración de doña Camila en su interrogatorio (Bankinter nos ofreció este producto y nos pareció bien por lo que nos explicaron) y lo que dice don Genaro en su declaración testifical (me ofrecieron en Bankinter lo de las multidivisas... yo ni idea... cero patatero... me lo ofrecieron y lo explicaron). Y al darse por acreditado el ofrecimiento del producto por parte de Bankinter s.a. a sus clientes don Genaro y doña Camila , ya estamos ante una **prestación de asesoramiento en materia de inversiones** (TJCA\2013\142), lo que conduce a la necesidad de la práctica de un test de idoneidad. Siendo así que en el presente caso no se ha practicado el test de idoneidad ni siquiera el de mera conveniencia.

La constatación del incumplimiento por parte de la entidad bancaria de su deber precontractual de obtener información de su cliente al no habersele realizado el test de idoneidad, comporta la **presunción** de que el **consentimiento** prestado por don Genaro y doña Camila al concertar el contrato de préstamo hipotecario con cláusulas multidivisas, **estaba viciado por error** .

Ahora bien, se trata de una presunción "iuris tantum" y no "iuris et de iure" que admite **prueba en contrario** .

No puede Bankinter s.a. basarse en la prueba **testifical** , que, en este caso, sería la de su empleado que llevó a cabo la comercialización del préstamo hipotecario multidivisas, pues, el testimonio de don Demetrio , no basta, por sí solo, para dar por acreditado que se proporcionó a los clientes información sobre los riesgos del producto financiero, ya que es un empleado de la entidad bancaria y, por ende, obligado a facilitar esa información y, por tanto, responsable de la emisión en caso de no haberla facilitado.

Tampoco puede tenerse por desvirtuada la presunción en base a la prueba **documental** . Téngase en cuenta que la información tiene que proporcionarse por el Banco a sus clientes con la *suficiente antelación* respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento por los clientes, para que este pueda formarse adecuadamente. En este sentido, se pronuncia la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 769/2014, de 12 de enero de 2015 -nº de recurso 2290/2012 -, que añade, en sus párrafos penúltimo y último del apartado 6 del fundamento de derecho séptimo, que: "No se cumple este requisito- proporcionar información- cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto..., y solo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/12 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable." De ahí que queden desprovistos de valor probatorio los justificantes de pago (documento número 4 de los acompañados con la demanda a los folios 147 a 211). Así como las conexiones realizadas a la página web de Bankinter por doña Camila como usuaria informática IH57444 desde el 6 de agosto de 2008 hasta el 29 de diciembre de 2013 (documento número 12 de los acompañados a la contestación a la demanda a los folios 497 a 502). Y una conversación telefónica entre don Genaro y un empleado de Bankinter s.a. de la que se desprende que es de fecha posterior al día 4 de agosto de 2008 (aparece recogida en el documento número 14 de la contestación a la demanda y transcrita en el siguiente documento, el número 15). Por otra parte, nos encontramos una solicitud de financiación de personas físicas firmada por don Genaro y doña Camila pero en la que no consta la fecha (documento número 4 de la contestación a la demanda al folio 420). Además en este documento *no figuran los concretos y específicos*



riesgos de las cláusulas multidivisas en un préstamo con garantía hipotecaria. Y lo mismo sucede en la "solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria; documento de primera disposición" firmado por doña Camila el día 19 de mayo de 2008 (documento número 5 de los acompañados a la contestación a la demanda al folio 423). Queda, por último, la *mención que aparece recogida en la escritura pública de préstamo hipotecario con cláusulas multidivisas* ("Los prestatarios... reconocen que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asumen explícitamente los riesgos de cambio que puedan originar 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"). Se trata de una fórmula predispuesta y rutinaria que consiste en una declaración no de voluntad sino de conocimiento que se revela vacía de contenido real al resultar contradicha por los hechos. En este sentido se pronuncia la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo número 769/2014 de 12 de enero de 2015 -nº de recurso 2290/2012-, que añade en su párrafo sexto del apartado 6 del fundamento de derecho sexto, que: "La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista-profesional".

DECIMOTERCERO .- Confirmación y actos propios .

Los prestatarios han estado pagando las cuotas de amortización durante cinco años sin protesta alguna y sin haber cambiado la divisa franco suizo por el euro, lo que han podido hacer, desde el principio, sin coste económico alguno.

Planteándose la cuestión de si este hecho, constituye una "**confirmación tácita**" de las cláusulas multidivisas del préstamo hipotecario (purificadora del vicio de error) o un "**acto propio**" de los prestatarios (que les impida desdecirse del préstamo multidivisas mediante el ejercicio de la acción de anulabilidad por haber prestado el consentimiento viciado por error). Cuestión que ha sido resuelta por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entendiéndose, respecto de otro producto financiero, que, el cobro, durante varios años, por los adquirentes de los productos financieros de los cupones derivados de estos no supone una "confirmación tácita" de la orden de adquisición ni un "acto propio" de los adquirentes que le impida instar su anulación. Y en este sentido la sentencia número 613/2015 de 10 de noviembre de 2015 (nº de recurso 885/2012; fundamento de derecho cuarto) y la número 634/2015 de 10 de noviembre de 2015 (nº de recurso 1101/2012; fundamento de derecho tercero 3.2).

DECIMOCUARTO .- Consecuencia jurídica: Nulidad relativa y no absoluta .

El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, número 241/2013, F.D. decimosexto: 21 (265), bajo la rúbrica de: "Nulidad parcial del contrato; El principio *utile per inutile in general*", señala 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 vitatur*" (lo válido no es viciado por lo inválido). No obstante lo cual, la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del "*favor negotii*" o 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 (SSTS 488/2010 de 16 de julio, RC 911/2006; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009) >> .

DECIMOQUINTO .- Normativa sectorial respecto del préstamo hipotecario .

Para el supuesto de no considerar al préstamo hipotecario con cláusulas multidivisas un producto financiero, habría que acudir a **la normativa sectorial respecto del préstamo hipotecario** vigente en la fecha en la que se otorgó la escritura pública objeto del presente proceso el día 4 de agosto de 2008 y que pasamos a reseñar.

El apartado 2 del artículo 48 de la Ley 26/1988 de 29 de julio (que fue derogada por la disposición derogatoria letra "e" de la Ley número 10/2014 de 26 de julio), en especial las letras a), b) y h).

La Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 (BOE de 11 de mayo de 1994 número 112) de Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios (que fue derogada por la disposición derogatoria única letra "b" de la Orden número EHA/2899/2011 de 28 de octubre), en la que, como actos preparatorios al otorgamiento de la escritura pública de préstamo hipotecario, se impone, a las entidades



de crédito la obligación de informar, al solicitante del préstamo, mediante la entrega de un " folleto " y hacerles una " oferta vinculante " o a notificarles la denegación del préstamo.

El artículo 19 de la Ley número 36/2003 de Medidas de Reforma Económica , en el que bajo la rúbrica de "instrumentos de cobertura de riesgos de tipo de interés de los préstamos hipotecarios", se imponen, en los apartados 1 y 2, las obligaciones, a las entidades de crédito para con sus deudores hipotecarios, de " informarles y ofrecerles un instrumento, producto o sistema de cobertura del incremento del tipo de interés " (el apartado 3 fue derogado por la disposición derogatoria única letra "i" del Real Decreto Legislativo número 3/2004 de 5 de marzo).

La Ley 41/2007 de 7 de diciembre de Reforma del Mercado Hipotecario por la que se modifica la Ley 2/1981 de 25 de marzo de 1981 de Regulación del Mercado Hipotecario y Otras normas del Sistema Hipotecario y Financiero y el Seguro de Dependencia y por la que se Establece Determinada Norma Tributaria, que, "in fine" de la letra a) del apartado 1 del artículo 1, da nueva redacción a la letra a) del apartado 2 del artículo 48 de la Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito en los siguientes términos: "la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la **hipoteca** recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos" (Según su disposición final décima esta Ley entró en vigor el día 9 de diciembre de 2007 y la escritura de préstamo hipotecario objeto del presente proceso fue otorgada el día 4 de agosto de 2008). Pues bien, en base a esta nueva dicción, queda suprimido, en cuanto se trata de **hipoteca** sobre una "vivienda", el límite, de que el importe del préstamo solicitado sea "igual o inferior a 25.000.000 de pesetas o su equivalente en divisas", establecida como circunstancia 3ª del apartado 1 del artículo 1 de la Orden del Ministerio de Presidencia de 5 de mayo de 1994 para determinar su ámbito de aplicación.

En el **presente caso** no puede darse por acreditado que el Banco hubiera dado, respecto de sus clientes, cumplimiento a esta normativa sectorial.

Mención especial merece **la oferta vinculante** que estaba regulada en el artículo 5 de la Orden de 5 de mayo de 1994. Considerando Bankinter s.a. que consta acreditado que se le hizo, a doña Camila , en base a los documentos números 6, 7, 8 y 9 de los acompañados con el escrito de contestación a la demanda (folios 425 a 437). Lo que no es de recibo, pues aun cuando del documento número 6 y del número 9 de los acompañados con la demanda consta que el Banco remitió a doña Camila unos datos de la operación, es decir, del préstamo hipotecario, lo que no se puede dar por acreditado es que lo remitido fuera el documento número 7 de los acompañados con la demanda. Pero es que además el documento número 7 de los acompañados con la demanda es un mero modelo de contrato y no una oferta vinculante que precisa, para serlo, de la firma de un representante de la entidad bancaria.

DECIMOSEXTO .- Las **costas procesales ocasionadas en la primera instancia** deberán ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad, al estimarse parcialmente la demanda (no se estima la acción declarativa individual de nulidad de las cláusulas que no son las multidisivas) y no haber méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad (apartado 2 del artículo 394 de la Ley 1/2000 , de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil). Se mantiene, en este extremo, el pronunciamiento de la sentencia apelada, en la que, a pesar de estimarse totalmente la demanda, no se imponían las costas a la parte demandada sino que cada parte debería abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

DECIMOSÉPTIMO .- Las **costas ocasionadas en esta segunda instancia** deberán ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad, al estimarse, en parte, el recurso de apelación (apartado 2 del artículo 398 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

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

III.- F A L L A M O S

Que, **estimando** , en parte, el recurso de apelación interpuesto por Bankinter s.a., debemos revocar y **revocamos** la sentencia dictada el día 7 de enero de 2015 por la Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Aranjuez en el juicio ordinario número 465/2013 del que la presente apelación dimana, en el único y exclusivo extremo de **suprimir el número 3 del fallo , manteniéndose** , en todo lo demás (los números 1 y 2 y el pronunciamiento de costas procesales), inalterable la parte dispositiva de la sentencia apelada que se transcribe en el primer antecedente de hecho de la presente y que ahora se da por reproducida.

Las **costas ocasionadas en esta segunda instancia** deberán ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.



Contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación** en el caso de que la resolución de ese recurso presente **interés casacional**, lo que sucederá si, esta sentencia, se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelve puntos o cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplica normas que no lleven mas de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; De ser así, **también** podrá interponerse recurso **extraordinario por infracción procesal**, siempre que se haga en el mismo escrito de interposición del recurso de casación y no por separado; De este recurso de casación y, en su caso, además del extraordinario por infracción procesal, conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y deberá interponerse presentando un escrito, ante esta Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, dentro del plazo de **veinte días**, contados desde el siguiente a la notificación de esta sentencia.

De no presentarse, en el plazo de veinte días, escrito de interposición del recurso de casación, por alguna de las partes litigantes, la presente sentencia deviene **firme y se devolverán los autos originales**, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Aranjuez, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEMIN