

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Undécima**

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

A/A: XAVIER DALMAU

**N.I.G.:** 28.079.42.2-2014/0013456

## **Recurso de Apelación 624/2015**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 49 de Madrid  
Autos de Procedimiento Ordinario 112/2014

**Apelante:** D.

PROCURADORA Dña. PATRICIA GOMEZ-PIMPOLLO DEL POZO

**Apelado:** BANKINTER SA

PROCURADORA Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

# **SENTENCIA**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

**ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE:**

D. CESÁREO DURO VENTURA

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA

Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA

En Madrid, a trece de enero de dos mil diecisiete.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 112/2014 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 49 de Madrid a instancia de **D.** como parte apelante, representados por la Procuradora Dña. PATRICIA GOMEZ-PIMPOLLO DEL POZO contra **BANKINTER SA** como parte apelada, representada por la Procuradora Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 20/02/2015.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente **Dña. MARGARITA VEGA DE LA HUERGA.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por Juzgado de 1ª Instancia nº 49 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 20/02/2015, cuyo fallo es del tenor siguiente: “DESESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora DÑA. PATRICIA GÓMEZ-PIMPOLLO DEL POZO en nombre y representación de D. contra BANKINTER SA, y, en su virtud debo declarar y declaro no proceder la pretensión solicitada por la parte actora, con imposición de costas del presente procedimiento a la parte demandante” .

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. , que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## **II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS**

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, en tanto se opongan a los que se recogen a continuación.

**PRIMERO.-** El presente recurso trae causa del juicio ordinario promovido por DON , contra BANKINTER S.A.,

tramitado en el Juzgado de 1ª Instancia número 49 de Madrid, con el número de autos 112/2014, sobre nulidad/anulabilidad de las cláusulas multidisvisas recogidas especialmente en la cláusula financiera primera y tercera del **contrato de préstamo hipotecario firmado el 25 de octubre de 2006 y ampliado el 19 de febrero de 2008**, y por tanto nulidad y subsidiaria anulabilidad de las operaciones realizadas en francos suizos y yenes japoneses, condenando a la demandada a la restitución del préstamo hipotecario sin el efecto producido por dichas divisas distintas al euro. Mediante otrosí y con carácter subsidiario solicita la nulidad total y absoluta del contrato, en el caso de que la nulidad de las cláusulas financieras imposibilite que el negocio subsista sin las mismas, debiéndose restituir las partes las prestaciones en la forma prevista en el artículo 1303 del Código Civil (CC). Todo ello por incumplimiento de la demandada de los deberes esenciales de información, que origina vicio del consentimiento por error esencial, excusable y relevante, y por la actuación dolosa de la entidad financiera.

Con fecha 20 de febrero de 2015 se dicta sentencia desestimatoria de la demanda, y contra dicha resolución **recurren en apelación los demandantes**, que bajo la alegación de errónea valoración e interpretación del producto y de la prueba, ponen de manifiesto que cualquier inversión realizada con los ahorros de los demandantes fue formulada siempre por parte del asesor financiero de Bankinter, en quien aquéllos depositaron toda su confianza, habiendo impugnado los documentos 3, 4, y 17 de la demandada. Los demandantes invirtieron todos sus ahorros en la compra de su vivienda familiar y formalizaron como financiación a 30 años el préstamo hipotecario, que lejos de reducirse incrementó desesperadamente la deuda. Se trata de un préstamo de amortización francés, donde por un mismo capital, cuanto menor sea el tipo de interés menor será la cuota periódica a pagar, y el resultado ha sido que las cuotas son un 40% superiores a las iniciales con unas fluctuaciones de deuda viva de casi el 50%. La demandada reconoció que no existe documentación pre contractual que justifique la

adecuada información. Estamos en presencia de un claro instrumento financiero híbrido sujeto a la Ley sobre el Mercado de Valores (LMV). Consideran que hay una asimetría en la información dado el perfil de la parte actora, cliente minorista, siendo evidente el acceso que tiene una entidad financiera a los mercados financieros y monetarios. Se da asimismo conflicto de intereses existiendo expectativas bajistas respecto del euro en la fecha del contrato, que el Banco conoce, y que dado el resultado y evolución del préstamo se trata de una información que induce a error y que es contradictoria. Bankinter emite recibos mensuales donde calcula la cuota según el contravalor en divisa, informa en euros y el cargo en la cuenta se hace en euros. El desequilibrio entre las partes y sus prestaciones es evidente. La sentencia no ha tenido en cuenta las periciales aportadas (doc. nº 6, 9 y 15 de la demanda).

Terminan solicitando que se revoque la sentencia y se estime íntegramente la demanda.

A dicho recurso se opone Bankinter S.A.

Entiende que no se trata de un producto de inversión especulativo; que no existe error ni dolo, habiéndose ejercido la acción extemporáneamente y que no procede en apelación revisar la valoración de la prueba en base a criterios puramente subjetivos. Solicita la confirmación de la sentencia

**SEGUNDO.-Los demandantes refieren en su demanda** que la entidad financiera no les ofreció toda la información necesaria para la comprensión del contrato: el tipo de cambios que se le iban a aplicar, la forma de liquidación, ni los perjuicios y problemas que podrían originarse en caso de que el euro bajase su cotización frente al franco suizo o el yen japonés como fue el caso, que no se les practicó test de idoneidad ni de conveniencia, de obligado cumplimiento, no cumpliendo la normativa Mifid. Añaden que en julio del 2012 el capital resultante según Bankinter era de un 54% más del capital concedido en la constitución del préstamo, descontando todo lo ya pagado en las cuotas mensuales durante más de seis años. Éste producto pasó a exigir más del 50% de los ingresos totales

de la familia, situación que se hizo insostenible, lo que obligó a realizar una ampliación del capital de otros 86.310 € en fecha 19 de febrero de 2008 y posteriormente el 17 de enero de 2012 se formalizó una segunda hipoteca por importe de 58.000 € más. Se incumplió la exigencia de una información precontractual. En los años de vigencia únicamente se ha realizado un solo cambio de divisa, cuando lo normal en este producto para expertos es estar constantemente variando de una divisa a otra según la evolución de los mercados internacionales. Por el contrario el capital se fue elevando de forma brutal sin que nadie advirtiera a los demandantes de dicha situación.

Bankinter S.A. se opone a la demanda, alegando ejercicio extemporáneo de la acción de anulabilidad, al haber transcurrido el plazo de cuatro años. En cuanto al fondo del asunto mantiene que el consentimiento prestado es válido, no dándose los requisitos del error invalidante. Considera que no es aplicable la Ley de Mercados de Valores (LMV) ni la normativa MiFID, cumpliendo la normativa sobre consumidores y usuarios; que existió información a la vista del contenido de la escritura pública así como a través del notario autorizante con anterioridad a su firma. Añade que el contrato ha sido confirmado durante su vigencia, contraviniendo los actores la doctrina de los actos propios.

Rechazamos la alegación de Bankinter de que la acción ha caducado.

Ciertamente, el artículo 1.301 CC al referirse al punto temporal en que se inicia el plazo de caducidad de 4 años dispone que “en los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato”.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de enero de 2015, entre otros, contiene los siguientes razonamientos:

*"No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene*

*la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).*

Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003:

*«Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó"».*

Y añade: *"En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art.*

4:113).

*En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.*

*Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error".*

En nuestro caso el préstamo hipotecario se pacta por 30 años, desde octubre de 2006, constando en autos reclamaciones realizadas al Banco al comprobar los prestatarios que tras varios años de pago, no solo el capital no se había reducido sino que se había incrementado notablemente, como se deriva de la comunicación dirigida a Bankinter en octubre de 2012 (doc. nº 10 de los actores), habiéndose presentado la demanda en enero de 2014, por lo que se inadmite la excepción de caducidad.

La problemática, a efectos de centrar el debate, que se nos plantea es la relativa a las llamadas "hipotecas multidivisa" en cuanto la petición del actor tiene su razón de ser en el mecanismo multidivisa contenido en la escritura de préstamo hipotecario otorgada el 25 de

octubre de 2006, ampliado por otra escritura de 19 de febrero de 2008, que presenta los siguientes pactos relevantes en lo que aquí es de interés:

En la cláusula financiera primera respecto al capital del préstamo se dice que los demandantes reciben un préstamo multdivisa de 375.000 €, por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España, dicho contravalor se calculará en base al cambio “vendedor” del euro que oferte Bankinter S.A. en el momento en el que la parte prestataria ordene la primera disposición, en relación a la divisa elegida. ....La parte prestataria declara haber recibido del Banco el importe de este préstamo, en 602.700 francos suizos, la divisa elegida, mediante ingreso que el Banco ha efectuado en el día de hoy en la cuenta corriente número.... en la que se adeudarán el principal del préstamo, intereses, comisiones y gastos de cualquier naturaleza...además de las cantidades abonadas por la parte prestataria a Bankinter S.A....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 360 cuotas mensuales, de 2428,66 francos suizos, siendo la fecha del primer pago el 25 de noviembre de 2006. La finalidad del préstamo es la financiación de la adquisición, construcción o rehabilitación de viviendas.

El tipo de interés inicial aplicable a este préstamo en francos suizos es de 2,65% siendo el tipo de referencia el Libor al que se le aplica un diferencial de 0,90 puntos durante la vigencia del préstamo. En euros el tipo de referencia es el Euribor con un diferencial de 0,65 puntos netos durante la vigencia del préstamo, siendo el tipo de interés inicial de 3,99%.

El apartado D) de la cláusula financiera tercera regula la “opción cambio de moneda y comunicaciones” que establece literalmente lo siguiente: *“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 comprador del euro publicado por Bankinter en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto el cambio de*



*divisa y la divisa entrante se calculará en base al cambio vendedor del euro publicado por Bankinter S.A. en el mismo plazo. Igualmente podrá convertirse en euros. La sustitución afectará al saldo pendiente del préstamo de forma que en todo momento deberá estar dispuesto en una sola divisa....La parte prestataria comunicará a Bankinter S.A., con un mínimo de tres días hábiles de antelación al vencimiento de la amortización correspondiente mediante télex o telegrama, la moneda elegida.... El límite de responsabilidad hipotecaria por principal será el importe inicial del préstamo en su equivalente en euros.... La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando 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. Si se produjera dicho exceso, el banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula séptima de las financieras.*

Según escritura de 19 de febrero de 2008 el préstamo se amplía en 86.310 €, que Bankinter entrega a los prestatarios, señalando que el préstamo después de las amortizaciones realizadas y efectuada la presente ampliación, como saldo vigente queda establecido en 448.436,30 €, su equivalencia francos suizos 723.596, 81.

**TERCERO.-** Como ya recogió este tribunal en su sentencia de fecha 18 de mayo de 2016 (Recurso de Apelación 264/2015):

“La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.015 ha definido este tipo de contratos diciendo que “lo que se ha venido en llamar coloquialmente ‘hipoteca multidivisa” es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que

el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertados estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.”

Explica que “Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la

**anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.**

Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos."

Y añade: "La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley

del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha Ley.

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.” Deber de información que ya venía recogido en la LMV, en su redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, y disposiciones reglamentarias que la desarrollaban.

Ahora bien, en la reciente Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, directamente vinculante y aplicable dada la supremacía de la normativa comunitaria, se concluye en los términos que siguen en los apartados 53, 55, 56, 57, 67, 72 y 75:

"El artículo 4, apartado 1, punto 2, 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, 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, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de

cada mensualidad", toda vez que como se señala en los apartados: " 53.- En el presente asunto, se plantea la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus reembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de "servicios o de actividades de inversión" en el sentido del artículo, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39; 55.- Pues bien, debe señalarse que, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A; 56.- En efecto, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la nacional (moneda de pago); 57.- Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa; 67.- Pues bien, las operaciones de cambio controvertidas en el litigio principal no están vinculadas a un servicio de inversión, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39, sino a una operación que no constituye en sí misma un instrumento financiero, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 17, de esta Directiva; 72.- Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación

que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste y 75.- De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39.”.

**CUARTO.-** Ahora bien, sentada la naturaleza del producto contratado con arreglo a la jurisprudencia emanada por el TJUE, hemos de destacar que aún cuando incumbe al actor la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, como fundamento de la acción ejercitada, corresponde en todo caso al Banco demandado acreditar que dio al prestatario información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación del préstamo hipotecario con la opción “multidivisa” en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado. Siendo tal principio general una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar (STS 20 de enero de 2014).

**QUINTO.-** En este sentido la S.T.S de 24 de marzo de 2015 recogiendo la doctrina sentada por las SSTs de 8 de septiembre de 2014, 9 de mayo de 2013 y 18 de junio de 2012 establece lo siguiente:

"1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como las posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre.

3.- El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

La sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a

que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios del art. 10.1 en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C- 26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, "conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en las presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, "la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para



impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de un cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato."

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC-). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad ("la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

4.- La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/2011, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer " de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste".

5.- La STJUE de 30 de abril de 2014, citada en el asunto C-23/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que "la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de ésta en un plano formal y gramatical" (párrafo 71), que esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva (párrafo 72) que del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así

como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (párrafo 739, y concluir en el fallo que "el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Precisamente, en el análisis del control de transparencia de las cláusulas insertas en las escrituras de constitución de préstamos hipotecarios, la STS de 9 de mayo de 2013 señalaba que "la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (vigente cuando se formalizó la escritura objeto de autos y hoy sustituida por la O.M. EHA/2899/2011, 28 octubre), "garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor". En nuestro caso, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 estaba vigente cuando se formalizó la escritura objeto de autos, en la que se hace expresa referencia a dicha O.M. (...).

Es elocuente en este punto, la SAP Sección 1 Pontevedra, de 19 de febrero de 2016, al considerar que la finalidad primordial de la citada Orden es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase previa o preparatoria de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, a fin de posibilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito.

Pero además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, la Orden pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

Y a esa adecuada comprensión deberá coadyuvar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas.

Así, dicha Orden impone a la entidad financiera dos obligaciones básicas:

a). La entrega del folleto informativo (artículo 3.1). Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma.

b). La entrega de la oferta vinculante (artículo 5.1). La oferta se

formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega.

El art. 7 de la Orden Ministerial añade otro elemento de protección: el prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, si bien puede renunciar expresamente a este plazo, ante el Notario autorizante, que en todo caso deberá comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiéndolo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.

Las normas específicas sobre préstamos en divisas de la citada Orden son las siguientes:

a). El artículo 7.3.6 señala que en cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario, en el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

b). En el Anexo II, al regular la cláusula de amortización, se establece que dicha cláusula especificará, si se tratara de préstamos en divisas, las reglas a seguir para la determinación del valor en *pesetas* de cada cuota. En el mismo sentido, en la cláusula sobre intereses ordinarios se especificarán las reglas aplicables para el cálculo en *pesetas* del importe de los intereses. En la cláusula sobre comisiones, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de

moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

**SEXTO.-** En el caso en litigio, de un análisis e interpretación del propio clausulado en que viene regulada la opción multidivisa, e incontrovertido que la parte **prestataria tiene la condición de consumidores** con arreglo a la normativa de consumidores y usuarios actual, Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre y la anterior regulación Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el artículo 60, sobre la información previa al contrato, establece que “antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo”; y su artículo 80 establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, éstas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas), no podemos concluir que su redacción sea lo suficientemente clara y comprensible a fin de que el prestatario consumidor pudiese conocer con sencillez tanto la carga económica como jurídica que suponía el mecanismo multidivisa y los riesgos concretos asociados a su concreto y determinado funcionamiento, que desde luego exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda, y que pese a haber ido abonando las cuotas de

amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que en su contravalor en euros le fue entregado al concertar el préstamo; tal como ha ocurrido en este caso.

**SEPTIMO.-** Como ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2012 y posteriores, en consideración a las denominadas permutas financieras, serán las concretas circunstancias que concurren en cada caso, tanto subjetivas de los contratantes como las objetivas, las que determinarán si en el momento de la perfección del negocio hubo error en el consumidor (en nuestro caso) contratante.

En este supuesto y en atención a las concretas circunstancias concurrentes no es posible concluir que los prestatarios-consumidores dispusieran de información clara, precisa, detallada y completa para comprender el real alcance del mecanismo de divisa y la correlación con los riesgos concretos asociados a la fluctuación de la divisa escogida en cuanto a las consecuencias económicas de dicha elección. Y ello a fin de poder evaluar las consecuencias económicas totales derivadas del funcionamiento de dicho mecanismo de modo comprensible, cabal, adecuado y con criterios precisos y comprensibles. Se trata de determinar si el contratante-consumidor tuvo completo, cabal y suficiente conocimiento de las consecuencias económicas en la relación entre dicho mecanismo de la elección de la divisa y las otras cláusulas relativas a la entrega/devolución del préstamo. Esto es si el contratante tuvo completo conocimiento, basado en criterios detallados y comprensibles, sobre las consecuencias económicas que derivan de la elección de la divisa extranjera, especialmente en cuanto a la relación del cambio de la divisa sobre el capital pendiente de amortizar del préstamo; el real alcance de los riesgos asociados a la fluctuación de la divisa en toda su extensión.

**OCTAVO.-** Bankinter no justifica haber prestado información precontractual. Lo que permite concluir que los prestatarios no eran conocedores de los riesgos derivados del cambio de fluctuación de la moneda en cuanto a la carga económica y jurídica que asumían y, en especial, en cuanto a la repercusión del principal pendiente de amortizar; en suma, de las consecuencias económicas derivadas de la elección de la moneda extranjera. Y tampoco es revelador de su conocimiento del funcionamiento y riesgos del producto el que ostenten o hayan ostentado cargos en algunas sociedades, cuyo objeto social nada tiene que ver con el mundo financiero, o tengan otros productos contratados con el Banco, de los que se desconoce si fueron convenientemente informados. No consta que recibieran folleto o información precontractual suficiente, ni que se les realizaran simulaciones o ejemplos en cuanto a la información y las consecuencias derivadas del riesgo de fluctuación de la moneda y la paridad francos suizos/euros y yenes/euros.

**Por otro lado, si bien el Notario autorizante hizo constar** “Permiso a los señores comparecientes la lectura del presente documento, les hago saber su contenido esencial y les advierto del derecho que tienen a ser asesorados por mí. Tras ello, las partes prestan en este acto su consentimiento, otorgan y firman...”, ello no implica que la entidad financiera ofreciera a los clientes -consumidores- información completa, adecuada y comprensible a fin de poder conocer, antes de la firma de la escritura pública, los concretos riesgos derivados del funcionamiento de dicha elección de la modalidad multidivisa, en cuanto al mecanismo propio de funcionamiento derivado de la fluctuación en su repercusión económica-jurídica. La simple intervención notarial, como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 no garantiza la comprensibilidad real ni el control y cumplimiento de ese deber especial y esencial de facilitar la información, clara, completa, adecuada en cuanto al funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa y muy especialmente la relación entre dicho mecanismo y el detallado por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo. Siguiendo los criterios de la



STS de 9 de mayo de 2013, tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que los prestatarios puedan conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para ellos el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo (la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo).

Por todo lo expuesto, a juicio de esta Sala y discrepando de la valoración de la prueba efectuada en la instancia, la entidad demandada no ha acreditado que haya obrado con la diligencia que legalmente le viene impuesta de informar a su cliente, con la claridad y exactitud que le es exigible, sobre la naturaleza y concretos riesgos asociados a la elección de la divisa escogida, más en concreto en cuanto a las concretas consecuencias derivadas del funcionamiento y riesgos derivados del tipo de cambio de la operación en la determinación del principal adeudado y las posibles modificaciones en cuanto a su cuantía a fin de que el consumidor pudiera evaluar con criterios claros, precisos, detallados y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo, sin que sea lícito desplazar en la parte actora la exigencia de una diligencia que excede de su cualificación, y que supondría, en la práctica, vaciar de contenido la normativa que regula las obligaciones que tienen en este concreto extremo las entidades financieras.

**NOVENO.-** Llegados a este punto, sobre las consecuencias de esta infracción, resulta determinante la doctrina que sobre el error vicio suscita el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 2012, y ha reiterado en sentencia de octubre de 2013:

" I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como

suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil (LEG 1889, 27) que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo -sentencias de 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas-, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato -artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil-. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreto o de motivos incorporados a la causa.

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

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

contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

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

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

En la sentencia del TS de 30 de junio de 2015 se añade: "Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error".

**DECIMO.-** Partiendo de todo ello, procede concluir la procedencia de la nulidad parcial del préstamo hipotecario de autos, nulidad parcial

que conlleva que, aún sin la parte afectada, el contrato pueda subsistir siempre que los contenidos afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para afirmar que aún sigan concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. Concurriendo tales condiciones, el negocio puede por tanto subsistir, como se deduce de la doctrina plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que entendió que la nulidad de las cláusulas suelo en el caso analizadas no había de comportar la de los contratos en los que se insertaban, por no imposibilitar "su subsistencia", y el TJUE de 30 de abril de 2014 -en relación, precisamente, a un préstamo hipotecario multidivisa- (en el mismo sentido, SSTs de 12 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015).

Sin duda la aquí debatida cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato. Más no formando parte inescindible de su objeto y causa, no cabe concluir sin embargo que nos encontremos ante una condición esencial toda vez que con los precisos ajustes (como préstamo en euros y referenciado al Euribor), el negocio puede subsistir. No hay motivo, por tanto, para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial.

En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula multidivisa y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la hipoteca si bien referenciada en Euros, operando por ello como un préstamo en Euros, referenciado al Euribor.

Criterio acogido por esta Sección 11 en sentencia dictada en el Rollo 436/14, y mantenido también en la sentencia de la Sección 19 de la AP de Barcelona de 19 de enero de 2016, Sección 1 de esa misma Audiencia Provincial de 27 de noviembre de 2015, así como Sección 6 de la AP de Valencia de 30 de abril de 2015.

**DECIMO PRIMERO.-** Conforme a todo lo expuesto, procede la estimación del recurso y la estimación de la demanda; lo que conlleva la condena al pago de las costas de la primera instancia a la demandada y sin hacer expresa imposición de las causadas en esta alzada (art. 394 y 398 LEC).

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

### **III.- F A L L A M O S**

**LA SALA ACUERDA:** Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON , contra la Sentencia dictada en fecha 20 de febrero de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Madrid, REVOCAMOS la misma y con estimación de la demanda interpuesta por aquellos contra BANKINTER S.A.:

1.- Declaramos la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 25 de octubre de 2006, ampliado por otro de fecha 19 de febrero de 2008 , en los contenidos relativos a la opción multidivisa.

2.- Declaramos que el efecto de dicha nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los deudores es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en Euros, resultante de disminuir al importe prestado las cantidades amortizadas hasta la fecha en concepto de principal e intereses, también convertidos a Euros, de manera que el préstamo quede referenciado a Euros y el tipo de interés al Euribor.

3.- Las costas de la primera instancia se imponen a la parte demandada, y no se hace expresa condena de las causadas en esta

alzada.

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

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0624-15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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