

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ**  
**SECCION SEGUNDA**

**S E N T E N C I A 8 6**

**Ilustrísimos Señores:**

**PRESIDENTE**

**MAGISTRADOS**

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 3 DE EL PUERTO DE SANTA MARÍA**  
**JUICIO ORDINARIO Nº 544/2015**  
**ROLLO DE SALA Nº 395/2016**

En Cádiz, a 27 de marzo de 2017.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz, integrada por los Ilmos. Sres. reseñados al margen, ha visto el Rollo de apelación de la referencia, formado para ver y fallar la formulada contra la sentencia dictada por el citado Juzgado de Primera Instancia y en el Juicio que se ha dicho.

En concepto de apelante ha comparecido **BANKINTER S.A., representada por el Procurador Sr.** quien lo hizo bajo la dirección jurídica del Letrado Sr. de la .

Como parte apelada han comparecido , representados por la procuradora Sra. Bachiller Burgos y asistida por el letrado Sr. Pérez de Irigoyen.

Ha sido Ponente la Magistrada Sra. , conforme al turno establecido.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Formulado recurso de apelación ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de El Puerto de Santa María por la parte antes citada contra la sentencia dictada el día 23/02/2016 en el procedimiento civil nº 544/2015, se sustanció el mismo en legal forma. La parte apelante formalizó su recurso en los términos previstos en Ley de Enjuiciamiento Civil y la apelada, por su parte, se opuso instando la confirmación de la resolución recurrida, remitiéndose seguidamente los autos a esta Audiencia para la resolución de la apelación.

**SEGUNDO.-** Una vez recibidas las actuaciones en la Audiencia Provincial, se turnaron a esta Sección, acordándose la formación del oportuno Rollo para conocer del recurso y la designación de Ponente. Reunida la Sala al efecto, quedó votada la sentencia acordándose el Fallo que se expresará.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS.**

**PRIMERO.-** Se formula recurso de apelación por la entidad demandada contra la sentencia que estimando la demanda declara la nulidad de las cláusulas del contrato de préstamo en divisa con garantía hipotecaria de fecha 20/08/2008, referidas a la “opción multidivisas”, conservando el contrato en el resto de sus estipulaciones no referidas a divisas ni a tipo de interés Libor; condena a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a determinar que el capital adeudado en euros será el resultante de minorar el capital concedido inicialmente en euros, 145.000 euros, en las amortizaciones de capital producidas hasta la fecha de la sentencia, referenciadas en euros, con imposición de las costas a la parte demandada.

Frente a dicha sentencia se interpone por la entidad bancaria condenada, recurso de apelación por los motivos de caducidad de la acción ejercitada, error en la valoración y calificación de la naturaleza del producto contratado, error en la valoración de la prueba sobre el cumplimiento por Bankinter del deber de información, sobre el cumplimiento por dicha entidad de todas sus obligaciones legales, carácter no abusivo de las cláusulas relativas a las divisas, carácter esencial de las cláusulas relativas a las divisas e imposibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato.

Por la parte apelada se interesa la confirmación de la sentencia de instancia.

**SEGUNDO.-** El primero de los motivos del recurso se refiere a la caducidad de la acción ejercitada; la acción ejercitada en la demanda es la de nulidad parcial del contrato por

error en el consentimiento que conforme a lo establecido en el art. 1301 del CCivil solo dura cuatro años a contar desde la consumación del contrato.

En la interpretación de dicho precepto, la actual doctrina del Tribunal Supremo recogida en sentencias de 12/01/2015 y 16/09/2015, establece que “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».

El anterior motivo del recurso no puede ser acogido en tanto que conforme a la actual doctrina mantenida por el Tribunal Supremo, a la vista del documento nº 2 acompañado a la demanda que refleja las conversaciones mantenidas por el actor con un asesor multdivisa en el mes de agosto de 2012, el documento nº 3 acompañado a la demanda en el que se reflejan los movimientos del préstamo concedido a los actores así como a la vista de los documentos 11, 12 y 13 acompañados por la parte demandada con su escrito de contestación, relativos a la evolución del euroyen, parece claro que es en agosto de 2012 cuando el actor es consciente de lo que está suponiendo haber contratado una hipoteca multdivisa, en la medida en que cada vez va aumentando más el capital pendiente pese a los pagos realizados como claramente se observa en el cambio de divisa que se realiza en octubre de 2012, fecha en la que siendo el capital inicial en euros de 145.000 euros, tiene pendiente un capital de 197.355'27 euros, no pudiendo referenciarse al último trimestre de 2008 el pleno conocimiento de las consecuencias del tipo de préstamo contratado en tanto que, por un lado, hasta diciembre de 2008 (dctos 3 y 4 de la demanda), el capital pendiente en yen se venía reduciendo normalmente y no consta que ello supusiera un aumento del contravalor en euros y, en segundo lugar, la propia entidad demandada preveía hasta 2011 que el yen sería una divisa bajista y no es hasta julio de 2012 cuando recalca que el yen viene apreciándose por su condición de activo refugio, lo que coincide en el tiempo con las manifestaciones efectuadas por el actor al asesor multdivisa .

Siendo así y habiéndose presentado la demanda en junio de 2015, es claro que la acción ejercitada no estaba caducada.

**TERCERO.-** El segundo motivo del recurso se refiere a la errónea consideración realizada en la sentencia de instancia sobre la naturaleza del préstamo multdivisa contratado, alegándose por la parte apelante que dicho contrato no es un instrumento financiero y al mismo no le es de aplicación la normativa MiFID.

En efecto, el TJUE en sentencia de 3/12/2015 ha señalado que, “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, 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”; dicha sentencia se refiere a un contrato de crédito al consumo para la compra de un vehículo, no a una hipoteca multdivisa, pero, incluso aunque dicha doctrina pudiera ser de aplicación, ello no obsta a que a un préstamo hipotecario multdivisa, le pueda ser de aplicación la normativa contenida en la Ley del Mercado de Valores (LMV) como entiende el Tribunal Supremo en su sentencia de 30/06/2015.

Dice al respecto la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 30 de junio de 2016 «una Directiva comunitaria y la ley estatal que la traspone son instrumentos diferentes, la ley estatal tiene que respetar el contenido mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación más amplio, permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye».

Como señala el TS en la S de 30/06/2015: “3.- Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multdivisa" 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 Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres). El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la

tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. 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.

**4.- 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 dicha sentencia: "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 (LA LEY 1562/1988) 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 (LA LEY 1562/1988) , en relación al art. 2.2 de dicha ley” .**

El art. 2.2 de la LMV incluye en el ámbito de la misma, “otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos”.

Añade la aludida sentencia: “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 (LA LEY 1562/1988), 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 (LA LEY 4852/2004), MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (LA LEY 1160/2008), y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988) y el citado Real Decreto”. No queda por tanto fuera del debate si la entidad bancaria cumplió o no los deberes de información que le impone la LMV.

Además y en cualquier caso, los demandantes contratantes del préstamo multidivisa son consumidores en tanto que obtienen el préstamo para la adquisición de su vivienda familiar de ahí que también sea de aplicación la normativa contenida en el TRLGDCyU de 2007 cuyo artículo 60, establece que “ Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas”.

Del mismo modo era de aplicación al préstamo hipotecario sobre vivienda concertado por los litigantes la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, ya derogada, que imponía la entrega de folleto informativo así como la presentación de una oferta vinculante, estableciendo como normativa específica respecto de los préstamos en divisas la siguiente:

a) El artículo 7.3.6 señala que en cumplimiento del Reglamento Notarial (LA LEY 7/1944)

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.

El Tribunal Supremo ha reiterado y también lo hace en la aludida sentencia de 30/06/2015 que la infracción de estos deberes legales de información puede tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos expuestos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero considera que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato. Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

A estos efectos, es conveniente poner de relieve los riesgos que implica la contratación de una hipoteca multidivisa y que se explican detalladamente en la SAP de Barcelona de 29/04/2016, que dice:

*1.- El tipo de interés aplicable, que es el primer factor de riesgo en un préstamo a interés variable, depende de una referencia como el LIBOR (London Interbank Offered Rate, en términos muy resumidos, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres) sobre el que un cliente minorista español no dispone de especial información, a diferencia de lo que puede suceder, por ejemplo, con el Euribor, respecto del que los medios de comunicación ofrecen información periódica, homogénea y entendible. Es un hecho notorio que debe ser tenido en cuenta, que Barclays Bank fue multada en junio de 2012 en Estados Unidos y en Reino Unido por actuaciones de manipulación del LIBOR entre 2005 y 2009, consistentes, según la Autoridad de Servicios Financieros (FSA) británica, en favorecer los intereses de la entidad, particularmente en instrumentos financieros derivados y en facilitar después del estallido de la crisis financiera datos inferiores a los reales sobre el interés pagado en el mercado interbancario, para aparentar una situación de adecuada capitalización, en cuanto*

*recibía dinero a bajo interés, cuando realmente el interés real era superior al declarado. Se entenderá, sin necesidad de una especial explicación, la absoluta dificultad de concretar el efecto preciso que esas conductas hayan podido tener sobre este préstamo hipotecario.*

*2.- El riesgo de fluctuación de la moneda es un riesgo esencial con un impacto económico importantísimo sobre la vida del contrato. Las implicaciones de la diferencia entre la moneda nacional del prestatario, que es la moneda en la que el consumidor opera, porque en ella recibe sus ingresos y tiene sus activos (también llamada moneda funcional) y la moneda del crédito (moneda nocional) son esenciales. Hay dos cuestiones distintas en el riesgo asociado a la fluctuación del tipo de cambio:*

*a) El riesgo más evidente es el siguiente: quien recibe un préstamo en yenes para afrontar deudas en euros y se obliga a devolver ese préstamo en yenes (o en otra divisa de su elección) tenderá a pensar, salvo que se le explique lo contrario, que el capital que debe es una suma prefijada que ha quedado determinada en euros y que, como tal, sólo podrá modificarse a la baja, en mayor o medida, al restar las cuotas amortizadas. Es decir, tenderá a pensar que el capital prestado es de los euros que necesita y que se irá reduciendo en función del contravalor en euros de los yenes pagados. Asumirá, pues, el riesgo de que la fluctuación de los tipos de cambio perjudique el valor en euros de las cuotas amortizadas. Este riesgo puede tener una doble representación mental para quien realiza el esfuerzo económico en euros: (i) con la misma cantidad de euros se podrá amortizar menos capital, si el tipo de cambio es desfavorable al euro o (ii) para mantener el mismo nivel de reducción de capital es preciso aportar más euros, lo que se traduciría en una subida de la cuota.*

*b) Ahora bien, además de estos riesgos, existe otro más importante asociado a la fluctuación de los tipos de cambio, que explica que, pese al pago de las cuotas y pese a que éstas retribuyen capital e intereses, el capital del préstamo no se reduzca, sino que se incremente, y es que el tipo de cambio se aplica no sólo a las cuotas periódicas de amortización, sino que supone también un recálculo constante del capital prestado, que no es una cantidad fija, sino una representación en yenes de los euros recibidos que se recalcula cada mes en función del tipo de cambio. Este riesgo explica que el consumidor no adecuadamente informado supusiera que, por haber amortizado capital ha reducido su deuda, cuando realmente no sólo no es así sino que su deuda se puede ver incrementada.*

*Todos estos riesgos tienen dificultad añadida: las cuotas de amortización, el tipo de interés (obligatoriamente, salvo que no exista variación en el tipo aplicable) y la divisa de pago (facultativamente) se determinan cada mes, lo que se supone que obliga a los prestatarios a estar permanente pendientes, durante toda la vida del préstamo, de una*



*información difícilmente accesible. En teoría, cada una de las cuotas mensuales debía ir precedida de una decisión sobre la divisa aplicable y sobre la forma de gestionar su pago, mediante su contravalor en euros o mediante la puesta a disposición del banco de la divisa de pago”.*

Como indica la SAP de Madrid de 16/03/2012, aludida por la parte apelante en su escrito de recurso, es evidente la complejidad que conlleva operar con préstamos en divisas, que responden a una operativa nacida con vocación de ser utilizada por empresas que comercian en el ámbito internacional y no tanto para ser un instrumento de crédito para el consumidor, lo que no impide que éste asuma el riesgo que entraña el embarcarse en este tipo de negocios, debiendo ser consciente de las ventajas e inconvenientes que pueden reportar”.

**CUARTO.-** Entrando en el examen del tercer motivo del recurso, relativo al cumplimiento por Bankinter de sus obligaciones de información y a la incorrecta valoración de la prueba realizada al respecto por el juez de instancia.

También este motivo del recurso debe ser rechazado; no existe errónea valoración de la prueba en la sentencia de instancia debiendo ponerse de relieve en primer lugar que no es posible tener por acreditada por la parte demandada su obligación de informar debidamente a los actores o al actor que actuaba por si mismo y en nombre e interés de su esposa, por las solas manifestaciones de una empleada de la entidad demandada que es la obligada a dar la información necesaria sobre los concretos riesgos asociados a un préstamo multidivisa. No es suficiente tampoco que el actor sea licenciado en matemáticas y profesor en un colegio, lo cual no garantiza un conocimiento suficiente sobre divisas, evolución de las mismas, riesgos de cambios, etc. A estos efectos son relevantes las manifestaciones efectuadas por el actor que constan en el documento nº 2 acompañado a la demanda, documento privado que aunque impugnado de contrario no por ello pierde su valor probatorio en tanto que son las manifestaciones que realiza el actor varios años antes de presentar su demanda, dirigidas a un equipo de asesores de hipotecas multidivisas y ante el hecho de que su hipoteca va aumentando de capital, en dicho documento consta que en agosto de 2012, el actor manifestaba que anda bastante perdido en este tema de divisas, libor, cambio, etc.

No consta que la demandada diera al actor una información clara y detallada del mayor riesgo que tiene este producto, derivado de las fluctuaciones de la divisa elegida. Como se ha dicho, el riesgo principal de este préstamo es que el riesgo de tipo de cambio no afecta solo al cálculo de los intereses variables sino también al importe del capital pendiente

de pago, en tanto que puede ocurrir que “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 información concreta, sencilla y clara no se contiene ni en la escritura de préstamo hipotecario ni en el documento de solicitud del préstamo; así, en el Exponendo III de la escritura solo se hace referencia de forma genérica a los riesgos de cambio que puedan originarse sin concretar ni especificar la posibilidad cierta que en función de la fluctuación de la divisa elegida, el capital adeudado en euros puede llegar a ser mayor que el inicialmente concedido; en la cláusula relativa al devengo y cálculo de intereses en divisas, ninguna referencia se hace a dicho riesgo. Tampoco en el Documento de Solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria y primera disposición acompañado al escrito de contestación como dcto. N° 9 se contiene una información clara; en el mismo igualmente se hace referencia al riesgo genérico de cambio que puede originarse durante la vida del contrato y a la posibilidad de que el contravalor de la divisa de disposición del préstamo, en caso de ser esta última diferente al euro, pueda ser superior al límite pactado, sin mayor explicación; no se concreta cual sea dicho límite pactado ni si ello tiene relación alguna con la realidad de que obtenido un préstamo por importe de 145.000 euros y abonadas las cuotas mensuales sin impago alguno, pasados cuatro años, el capital pendiente de pago hubiera aumentado a 197.355'27 euros; el folio o la hoja donde se encuentra el ejemplo al que se alude en el documento de solicitud de préstamo en divisa con garantía hipotecaria, (dcto. N° 9 de los acompañados al escrito de contestación), no se encuentra firmado por los actores ni siquiera únicamente por el demandante Sr. Gracia Pastor por lo que no es posible conocer y la prueba del cumplimiento de la obligación de información clara, sencilla y comprensible recae sobre la entidad bancaria, si se dio a los actores una información detallada sobre el principal riesgo al que hemos hecho referencia y que se viene materializando en tanto que en fecha octubre de 2012, como se ha dicho, el capital pendiente en euros ascendía a 197.355'27 euros cuando el capital concedido a los actores fue de 145.000 euros. En los documentos firmados por el actor no se contienen los ejemplos y las explicaciones contenidas en el folio no firmado que se acompaña al documento n° 9 y a las que se hace referencia en el escrito de recurso, no pudiendo conocerse si el ejemplo adjunto era precisamente el contenido en dicho folio no firmado.

Los conocimientos posteriores obtenidos por el actor a través de la plataforma de asesoramiento de hipotecas multidisivas y que le llevaron por su recomendación a aperturar una cuenta corriente en francos suizos como resulta del documento n° 2 acompañado a la demanda, no es más que una prueba más de la falta de información que tenía al contratar el

préstamo multidivisa y no puede incidir en la ausencia de error que ha de estar referida al momento de la perfección del contrato.

En la alegación cuarta del escrito de recurso se insiste en el cumplimiento por Bankinter de todas sus obligaciones legales, debiendo remitirnos en este extremo a lo ya dicho acerca del incumplimiento por la entidad demandada de sus obligaciones legales de dar una información detallada, clara y comprensible de los riesgos del tipo de préstamo contratado, de las condiciones jurídicas y sobre todo de las posibles consecuencias económicas del mismo; no consta la entrega de folleto informativo exigido por la normativa en vigor en la fecha de la contratación ni la información específica a la que se ha aludido pero, en definitiva, lo determinante a efectos de la apreciación del vicio de error en el consentimiento en el que se basa la acción ejercitada en la demanda, es lo reiteradamente expresado por el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias; en concreto y como dice la STS 20.1.2014: "12. El deber de información y el error vicio. Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información 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. El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero. Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que

pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error, le es excusable al cliente".

Del mismo modo, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo iniciada con la sentencia de 20 de enero de 2014 y mantenida en resoluciones posteriores, el incumplimiento de las obligaciones de informar, hace que el error se presuma. Así las SSTS de 10 de septiembre de 2014 y 12 de enero de 2015 declaran: "En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la sentencia número 840/2013 de 20 de enero de 2014 "

En el caso enjuiciado, como hemos dicho, esta Sala considera aplicable la anterior doctrina al préstamo hipotecario multidivisa por la aplicación a dicho instrumento financiero de la LMV y en consecuencia, consideramos que no ha resultado probado que el cliente recibiera una información suficiente y adecuada sobre los riesgos del producto financiero contratado

Por todo ello, como la prestación del consentimiento en supuestos como el que nos ocupa sólo puede considerarse libre y voluntariamente efectuada tras haber cumplido la entidad bancaria sus obligaciones de información, debe concluirse que nos hallamos ante un supuesto de nulidad por vicio en el consentimiento de la parte demandante, porque el consentimiento formalmente prestado quedó invalidado por un error relevante y excusable, en los términos que describe el art. 1266 CC, que lo convirtieron en inoperante. Desde luego, ese error no pudo ser salvado por los conocimientos específicos o por la experiencia financiera de los demandantes, que no consta tuvieran ninguna. El error es excusable precisamente porque está causado por la conducta omisiva de la entidad bancaria y tiene la entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de la parte demandante, porque recae sobre un elemento esencial de las obligaciones económicas y jurídicas asumidas, no le es imputable y no pudo ser salvado por una diligencia media atendidas todas las circunstancias expuestas. Acerca de este extremo resulta esclarecedora la STS de 20 de

enero de 2014 , al destacar que "La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros", añadiendo que la "necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto". La expresada resolución concluye que "La existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en qué consiste el error, le es excusable al cliente". Así, como antes se ha dicho, ha señalado el TS en la antedicha sentencia de 30 de junio de 2015 "Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo".

Por tanto, y como se ha explicado, la condición de minorista de los demandantes, la ausencia de formación financiera y la escasa información facilitada permiten fundamentar la existencia de error invalidante y excusable en la formación de la voluntad contractual, en los términos explicados.

**QUINTO.-** A mayor abundamiento y en relación con la alegación Quinta del escrito de recurso y dado que los demandantes tienen la consideración de consumidores, no puede dejar de tenerse en cuenta la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo sobre el doble control de transparencia a que ha de someterse a las cláusulas de los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor cuando dichas cláusulas establezcan los elementos esenciales del negocio, como puede ser el precio o los intereses en el contrato de préstamo.

Como pone de relieve la SAP de Madrid de 18/05/2016, aludiendo a las sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre las llamadas cláusulas suelo, la de 9/05/2013 y otras posteriores, 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 (LA LEY 1490/1998)-). 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.

**La STJUE de 30 de abril de 2014**, citada en el asunto C-23/13, (LA LEY 46630/2014) 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 (LA LEY 4573/1993) 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 73), y concluir en el fallo que "el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) 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”.**

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.

**SEXTO.-** Finalmente, consideramos que es posible la nulidad parcial solicitada, dada la falta de transparencia de la cláusula sobre devengo y cálculo de intereses en divisas y el vicio de consentimiento por error sufrido por falta de información sobre los riesgos asociados al préstamo multidivisa, y ello en tanto que eliminada o suprimida dicha cláusula, el préstamo puede subsistir. En este sentido, la referida sentencia de la Sección 11ª de la AP de Madrid, de 18/05/2016, señala: “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 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 Valencia de 30 de abril de 2015.”.

En efecto, ello es posible, en tanto que suprimida la estipulación referida, subsiste la cláusula 3ª,B) que prevé el devengo y cálculo de intereses en euros, pudiendo recalcularse la cantidad pendiente de pago con supresión de la cláusula nula del mismo modo que lo ha indicado el TJUE respecto de las consecuencias de la nulidad de la cláusula suelo en sentencia de 21/12/2016.

**SÉPTIMO.-** La desestimación del Recurso de apelación lleva consigo que las costas del mismo se impongan a la parte apelante conforme establece el art. 398 de la LECivil.

**VISTOS** los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, y en razón a lo expuesto,

### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación sostenido en esta instancia por BANKINTER S.A. contra la sentencia de fecha 23/02/2016 dictada por el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de El Puerto de Santa María en los autos ya citados, CONFIRMAMOS la misma íntegramente, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir y dese al mismo el destino previsto en la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio literal al Rollo de Sala y se notificará a las partes haciéndoles saber que contra la misma podrá interponerse recurso de casación en el caso de concurrir las circunstancias previstas en el art. 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.