



AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 SORIA

SENTENCIA: 00034/2017

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA

N10250

AGUIRRE, 3

Tfno.: 975.21.16.78 Fax: 975.22.66.02

MLG

N.I.G. 42173 41 1 2015 0010946

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000032 /2017

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 de SORIA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000643 /2015

Recurrente:

Procurador: ISMAEL PEREZ Y MARCO

Abogado: ALFREDO GARCIA TEJERO

Recurrido: BANKINTER SA

Procurador: MARTA ANDRES GONZALEZ

Abogado: MARÍA ELENA ENCISO BELLOD

SENTENCIA CIVIL Nº 34/2017

Tribunal

Magistrados/as:

D. José Manuel Sanchez Siscart (Presidente)

D. José Luis Rodriguez Greciano

D^a María Belén Pérez-Flecha Díaz

=====

En Soria, a dieciséis de marzo de dos mil diecisiete.

Esta Audiencia Provincial de Soria, ha visto el recurso de apelación civil arriba indicado, dimanante de los Autos de Procedimiento Ordinario Nº 643/2015, contra la sentencia dictada por el JDO. de Primera Instancia e Instrucción Nº 3 de Soria, siendo partes:

Como apelantes y demandantes D. _____ y D^a _____, representados por el Procurador Sr. Pérez Marco, y asistidos por el Letrado Sr. García Tejero.

Y como apelado BANKINTER S.A., representado por la Procuradora Sra. Andrés González y asistido por la Letrado Sra. Enciso Bellod.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de 18 diciembre 2015, se interpuso demanda promovida por el Procurador Sr. Pérez Marco, en nombre y representación de D. _____ y _____, frente a Bankinter SA, en procedimiento ordinario, que fue repartido al Juzgado de Primera Instancia 3 de esta ciudad, que acordó, por Decreto de fecha de 30 de diciembre de 2015, admitiendo a trámite la demanda, y acordando el emplazamiento de la parte demandada, que contestó a la demanda, en fecha de 18 febrero 2016, por medio de la Procuradora Sra. Andrés González, convocándose por resolución del órgano judicial, 7 de marzo de 2016, a las partes a la correspondiente audiencia previa, para el día 5 de mayo de 2016, a las 9 horas, proponiéndose los medios de prueba aplicables al caso, y fijando como fecha para la celebración del acto de juicio, el día 16 de noviembre de 2016. Quedando el proceso visto para sentencia.

SEGUNDO.- En fecha de 28 de noviembre de 2016, se dictó sentencia en este órgano judicial, en que se rechazaba la caducidad, y se desestimaba la demanda principal, imponiendo costas a la parte actora, siendo impugnado dicho recurso por la parte demandante, siendo impugnado por la parte demandada, y remitida la causa a este órgano colegiado, el cual fijó día para deliberación, votación y fallo, y designado

Magistrado Ponente y quedando los autos vistos para resolución. Habiéndose observado, en la tramitación de este recurso, las prescripciones legales oportunas.

Ha sido designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Greciano, quien expresa el parecer de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de Apelación descansa en una incorrecta valoración de la prueba por parte del Juez a quo.

La parte actora son profesionales de la actividad geriátrica, tal como se reconoce en el punto primero de la demanda. Decidiendo adquirir una vivienda y una plaza de garaje en _____, para lo cual acudieron a la oficina Bankinter de esta ciudad, al objeto de obtener un préstamo hipotecario destinado al pago de la citada adquisición.

El día 13 de julio de 2007, se contrata el préstamo hipotecario, solicitando de forma solidaria los actores, la cantidad de 210.000 euros, disponible por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España, y se ofrece una finca, por mitad, para garantía. Reconociendo que el préstamo está formalizado en divisas, "por lo que asume explícitamente los riesgos derivados del cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, incluida la posibilidad que el contravalor en Euros pueda ser superior al límite pactado". Entregándose por la entidad bancaria a los actores la cantidad de 210.000 euros, por su contravalor en la divisa convertible en España. Dicho contravalor se calcula en base al cambio vendedor que el Euro que oferte Bankinter, en el momento en que la parte prestataria ordena la primera disposición, en relación a la divisa elegida y

en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto la mencionada primera disposición del préstamo.

Se fija como amortización el de 25 años contados a partir de la fecha de la escritura, para el reembolso total de su importe, es decir, el día 13 de julio de 2032, siendo la fecha del primer pago el de 13 agosto de 2007. Siendo la amortización en la divisa inicialmente pactada o variará de acuerdo con el apartado d de la cláusula financiera tercera. Siendo el pago a través de 300 cuotas mensuales de 1.713,88 francos suizos. Si se modificara el interés o la divisa se ajustarán las cuotas mensuales a las que resulte de dicha variación.

En la cláusula tercera, se indicaba que el devengo, cálculo de intereses, tipo de interés aplicable, quedaba determinado, utilizando el cambio vendedor en la cuenta o cuentas aludidas en la cláusula financiera primera abierta en Bankinter a nombre de la parte prestataria, por el contravalor de la moneda de la cuenta elegida.

El tipo de interés aplicable a este préstamo se determinará mediante la adición de dos sumandos de tipo de referencia constituido por el LIBOR y el diferencial. El tipo de referencia LIBOR, será el tipo de interés en el mercado Interbancario de Londres, y variando el tipo de interés en cada periodo de amortización conforme cambie el tipo de referencia LIBOR. El diferencial será de 0,65 puntos netos durante el periodo de vigencia del préstamo.

El tipo de interés inicial a este préstamo en francos suizos será el resultado en el día de la entrega, de la suma de tipo de referencia de dicha divisa al plazo mensual, más el diferencial pactado, por tanto dicho tipo nominal inicial era de 3,2475%.

El tipo de referencia variará mensualmente, y transcurrido cada uno de estos periodos, la parte prestataria comunicará a Bankinter, la divisa elegida para cada periodo, siendo el nuevo tipo de referencia, en la divisa elegida, el resultado de aplicar lo dispuesto en unos apartados de la citada cláusula. Fijándose un tipo de interés sustitutivo en divisas, cuando sea excepcionalmente imposible al banco determinar el tipo de interés de referencia, y existiendo otro tipo de interés sustituto en euros, cuando se derive de una medida de política general.

En el apartado d, señalaba que al vencer cada periodo de amortización, la parte prestataria podrá sustituir una divisa por otra de las cotizadas en España. Fijando una serie de cálculos para determinar el contravalor de la divisa saliente.

A su vez figura una solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria, de fecha de 11 de julio de 2007, en que ambos actores, solicitan de forma solidaria a Bankinter, un préstamo en divisas con garantía hipotecaria de 210.000 euros, por su contravalor en francos suizos. Si la disposición se realiza en una divisa referente al euro, dicho contravalor será calculado en base al cambio vendedor del euro ofertado por Bankinter, en relación a la divisa elegida, y en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto la primera disposición del préstamo. En dicho documento los prestatarios conocen y aceptan que la sustitución de la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor, por lo que asumen los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a Bankinter de cualquier responsabilidad derivada, incluida la posibilidad que el contravalor de la divisa de disposición del préstamo, en caso de ser diferente al Euro, pueda ser superior al límite pactado, tal como se determinaba en el anexo de dicho documento, que la parte actora, firma haber comprendido y conocido.

En dicho anexo se establecía un cuadro de amortización, simulando el pago de las primeras cuotas mensuales, para ajustarlo a la realidad del producto contemplado. Añadiendo que la evolución del tipo de cambio podría afectar en un doble efecto, por un lado, en el incremento de la cuota, de su contravalor en Euros, y en el capital pendiente, dando lugar a un incremento del mismo, que podría llevar incluso a superar el contravalor inicial de la hipoteca. Reseñando que el "efecto o riesgo divisa sobre el capital vivo solo se materializa solo si concurren una de las siguientes circunstancias: Por un lado al amortizar anticipadamente su hipoteca. Y por cambio de la divisa de su capital pendiente.

Si dicho documento fue firmado, y en el mismo se hace referencia a un anexo, es obvio que dicho documento fue redactado en la fecha descrita, y que en el momento de su redacción, figuraba el correspondiente anexo. Puesto que si es firmado, un documento que consta exclusivamente de un folio, y su anexo, es porque su contenido ha sido examinado por quien lo firma, y si lo hace, es porque presta su conformidad a su contenido.

Es decir, la fecha que figura en el mismo es de 11 de julio, la fecha en que fue redactado es esa fecha, lo que no significa que le fuera entregado al cliente en 11 de julio, puesto que según la declaración testifical de D. _____, empleado de Bankinter, que participó en la operación, no sabe si el documento se entregó al cliente en dicha fecha, fue entregado el mismo día 13 de julio, cuando se concertó la operación de hipoteca, y si le fue entregado ese mismo día en la Notaría. Ante la falta de acreditación de la fecha en que fue entregado, dicha circunstancia, en ningún caso puede favorecer los intereses de la entidad bancaria. En definitiva, es cierto que el documento fue redactado en fecha

de 11 de julio, ignorando cuando fue entregado al cliente. Que eso sí, al firmar el documento, era porque prestaba su conformidad a su contenido.

Siendo igualmente cierto, y así se deriva de la declaración testifical mencionada, que se ignora si la instructa que se aportó en Notaría, fuera entregada al cliente con anterioridad o no. Y desde luego, se ignora si dicha instructa, pudo ser examinada por la parte actora, con la suficiente antelación, antes de procederse a la confección de la escritura de préstamo hipotecario.

De la misma declaración se incide que el empleado bancario, dijo haber llevado a cabo simulaciones de "fluctuaciones de valor de las divisas", pero en ningún caso se ha aportado dicho documento, dado que se desarrolló en "pantalla". Lo que no puede interpretarse en contra de los intereses del cliente. Es decir, las citadas fluctuaciones no fueron incluidas en soporte escrito alguno entregado al cliente. No sabiendo tampoco el empleado bancario "si informó al cliente del riesgo de un aumento del contravalor del 10%", que originaría un posible grave perjuicio al mismo, en caso de producirse, en los pagos a realizar como contrapartida al préstamo hipotecario.

En cualquier caso, la entrega en fecha ignorada del documento en el que se constatan unos posibles riesgos de la operación, tampoco conlleva que dicha información, así entregada al cliente, sea suficiente, dados los estándares exigibles de información de este tipo de productos a clientes bancarios, consumidores, como el presente supuesto, o por el contrario, dicha información fue insuficiente. Cosa que se analizará a continuación en esta resolución.

Estando también acreditado que D. _____ es administrador único de _____, que tiene como objetivo la realización de

servicios sociales, adquisición de participación y acciones. Es administrador solidario, junto con su esposa, también actora, de _____, cuyo objeto es la adquisición de bienes inmuebles. Administrador solidario junto con la actora, su esposa, de _____, relacionado con hostelería y restauración. Son administradores solidarios ambos, de _____, y administrador solidario de _____, que tiene como objeto la gestión de recursos gerontológicos.

Es decir, el actor, o los actores, tienen experiencia profesional, en hostelería y restauración, y especialmente, en cuestiones relativas a establecimientos gerontológicos, pero ello, no supone, en absoluto, que tengan conocimientos de Derecho Bancario, ni obviamente, ha existido ninguna concertación previa al presente contrato, de "hipotecas multidivisas". Es decir, no tienen experiencia previa, ni tienen por qué tenerla con respecto a este producto concertado. Siendo, como queda dicho, consumidores, siendo la cantidad obtenida en concepto de préstamo, destinado a la adquisición de una vivienda, y plaza de garaje, en _____. Es decir, no estaba destinado el préstamo a una finalidad lucrativa.

Del documento de préstamo, al que hemos hecho mención, es preciso destacar que efectivamente la amortización del préstamo se hará en 300 cuotas de 1.713,88 francos suizos. Pactándose que al vencimiento de cada uno de los periodos de amortización, mensualmente, podrán sustituir la divisa por otra. En este caso, si el préstamo estuviera dispuesto en divisa, el tipo de interés sería el LIBOR más un diferencial de 0,65 %. Y si el préstamo está dispuesto en Euros, sería el Euribor más 0,18%. Estado en el Libor en año 2007, al 1,67% y el Euribor al 4,51%.

En caso de este préstamo, las cuotas podrán ser pagadas al banco, bien mediante el pago en la correspondiente divisa, bien facilitando al Banco la cantidad correspondiente de euros necesarios para que el Banco compre las divisas correspondientes para el pago de la cuota.

Los pagos efectuados por los actores oscilaron en torno a 1050 euros, bajó durante los años 2008 y 2009, en torno a 800 euros, y a partir del año 2015, como consecuencia de la revalorización del franco suizo frente al euro, viene a satisfacer alrededor de 1.115 euros mensuales (documento 6 de la contestación a la demanda).

No siendo cierta la aseveración efectuada por Bankinter, en el sentido que dicha entidad no comercializaba productos de este tipo, "hipotecas multidisvas", entre otras cosas, porque simplemente basta con examinar las distintas resoluciones recaídas en los órganos judiciales de este país, durante el último año, y referidas a hipotecas "multidisvas", con Bankinter, para cerciorarse que esta entidad bancaria comercializó productos similares, en las épocas en que fueron suscritos estos contratos por la parte actora, y en numerosas ocasiones, y con un elevado porcentaje de clientes.

Del mismo modo, es cierto que el cliente tenía una clave para consulta con line, pero también lo es que con dicha clave, a diferencia de lo alegado por la entidad bancaria, servía para examinar la totalidad de sus cuentas, tanto de depósito, como de valores. No necesariamente implicaba que con dicha clave el cliente tuviera que examinar exclusivamente la fluctuación, y la marcha de su préstamo hipotecario. De tal manera que si examinaba varias veces al mes su cartera, mediante la utilización de la clave on line, no significa que siempre que la usase, lo fuera para determinar las posibles fluctuaciones de la moneda franco

suizo, con respecto al euro, y, por tanto, que estuviera perfectamente informado de los riesgos de la operación hipotecaria concertada.

SEGUNDO.- Repetimos, que en este préstamo, al vencer cada periodo de amortización, la parte prestataria podrá sustituir una divisa por otra de las cotizadas en España. Siendo el contravalor calculado 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 razón al cambio vendedor del euro publicado por Bankinter, en el mismo plazo. Igualmente podrá convertirse en euros, y esta sustitución afectará al saldo pendiente del préstamo.

Tal como se deriva del Informe pericial obrante en la causa, ratificado en el acto de juicio, y según se deriva del contrato, se concertó un préstamo hipotecario de 210.000 euros (351.792 Francos Suizo).

En octubre de 2015, las cantidades satisfechas por el prestatario, parte actora, sería de 134.636,06 francos suizos, equivalentes a 103.274,81 euros. Curiosamente, quedaría por abonar en fecha de 13 de octubre de 2015, a los actores, la cantidad de 245.375,20 francos suizos, o su equivalente en euros, de 227.036,76.

Es decir, que siendo el préstamo realizado por 210.000 euros, en fecha de julio de 2007, y habiendo satisfecho la cantidad de 103.274,81 euros, de resultas de este préstamo, ocho años después, en fecha de octubre de 2015, la parte actora debe 227.036,76 euros. O lo que es lo mismo, a pesar de haber pagado 103.274,81 euros, resulta que debe más cantidad del préstamo hipotecario, que aquella que le fue entregado al prestatario de resultas de este contrato. Puesto que siéndole entregada 210.000 euros, y después de pagar casi la tercera parte de capital

amortizado, debe más dinero en la actualidad que aquél que le fue entregado, pues debe 227.036,76 euros.

Es también verdad que efectivamente el cliente puede cambiar de divisa, es decir, de francos suizos a euros, con el objeto de evitar las pérdidas derivadas de una revalorización de la moneda suiza (como efectivamente ha tenido lugar), frente al euro. Pero en esa ocasión, se fija en el contrato que "el contravalor de la divisa saliente, se calculará en base al cambio comprador del euro publicado por Bankinter en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto el cambio de divisa y la divisa entrante se calculará en base al cambio vendedor del euro publicado por Bankinter en el mismo plazo. Igualmente podrá convertirse a euros. La sustitución afectará al cambio pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar dispuesto en una sola divisa".

Cuando se cambia la divisa, el contrato establece el mecanismo para fijar el nuevo LIBOR, o índice de referencia para la nueva moneda. De tal manera que el riesgo aumenta, ya que el tipo de interés de referencia que se aplica depende de la moneda que se esté utilizando. Incorporando un riesgo añadido derivado del tipo de interés, puesto que se exige al cliente una buena formación, experiencia y bases de información muy especializadas, que no consta tuviera la parte actora. Al cual no se le realizó estudio alguno previo, sino que se concertó el préstamo teniendo en cuenta, sin más, su condición de empresario.

El riesgo deriva que dado que el préstamo está consignado en francos suizos, y el prestatario obtiene ingresos en euros, debe acudir mensualmente al mercado de divisas a comprar la divisa que corresponda, para atender la cuota del préstamo, dependiendo el precio de la paridad o tipo de cambio entre ambas divisas. Comportando un riesgo muy elevado,

al ser desconocida la evolución de los tipos de cambio. De tal manera que una evolución negativa del tipo de cambio (como ha tenido lugar), originaría graves pérdidas en los intereses del prestatario, al tener que emplear mayor cantidad de euros para adquirir francos suizos.

De tal manera que la primera cuota en agosto de 2007, implicaba 1.056,70 euros, dado que la con un euro, se adquiría 1,62 francos suizos. La cuota a pagar en octubre de 2015, ascendía a 1.115,91 euros, puesto que el euro se había infravalorado en más de un 30%. De tal modo que con un euro se adquiría 1,08 francos suizos.

De haberse mantenido la misma paridad euro/franco suizo, que existía al tiempo de concertación del contrato (julio 2007), el capital pendiente de amortizar en la actualidad sería 80.560,37 euros. De tal manera que exclusivamente por las oscilaciones del tipo de cambio, los prestatarios han pagado 22.904 euros de más.

Pero es más, el empleo de la divisa se emplea para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, y para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización. De manera que la fluctuación de la moneda supone un recálculo continuo del capital pendiente de amortización. De tal manera que pese a ir abonando las cuotas de amortización periódicas que comprenden capital e interés, puede ocurrir que pasados varios años, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros, sino que adeude al prestamista un capital mayor en euros que aquel que le fue entregado (como sucede en el presente supuesto).

A 13 de octubre de 2015, repetimos, tiene un saldo pendiente e 227.036,76 euros. Y después de amortizar por capital 83.609,13 euros, la

deuda es de 227.036,76 euros superior al capital entregado que fue de 210.000 euros.

Siendo un instrumento financiero derivado, por cuanto la cuantificación de las obligaciones del prestatario, depende de la cuantía que alcance otro valor subyacente, la divisa extranjera. Siendo un instrumento financiero, derivado, complejo, de alto riesgo, para lo cual es preciso conocimientos específicos, propios de un experto financiero. No bastando con que la parte actora sea empresario de hostelería, o tenga conocimientos en residencias gerontológicas.

La evolución del tipo de cambio hace que el contravalor en euros del capital pendiente exceda de un 10%, del límite de préstamo. El 10% del límite actual de 210.000 euros, equivale a 21.000 euros. Pudiendo la entidad bancaria, conforme la cláusula financiera segunda, instar la cancelación anticipada del importe excedido. Lo que significa que si el contravalor de la deuda alcanzara los 231.000 euros, la entidad quedaría habilitada para exigir la cancelación anticipada del importe que exceda de los 231.000 euros. Siendo lo cierto que en la actualidad el contravalor en euros, tras 8 años de pagos, quedaría cerca de los 231.000, puesto que es de 227.036,76 euros.

TERCERO.- A partir de estas premisas vamos a resolver sobre la cuestión debatida. Y lo vamos a hacer, conforme la doctrina fijada por la STS de 30 de junio de 2015, recurso 2780/13, donde señalaba que como resulta admitido por la totalidad de las partes, el préstamo hipotecario tenía como objeto, la adquisición de una vivienda y una plaza de garaje, en _____, provincia de _____, por lo tanto, la parte actora, ostentó en este préstamo la condición de consumidor, puesto que la cantidad obtenida, a resultas del préstamo, no tenía como objetivo una finalidad lucrativa. De tal manera que los actores actuaban « en un ámbito ajeno a

una actividad empresarial o profesional », como exige el art. 3 del TRLCU. No basta, por tanto, ser persona física para quedar incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como sostiene la sentencia del Alto Tribunal. Es decir, para ostentar la condición de consumidor, se puede ser persona física, empresaria, siempre y cuando, como aquí sucede, la cantidad obtenida por el préstamo, no tenía una finalidad de obtención de un beneficio con su utilización. En definitiva, los actores actuaron en este préstamo en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, ostentado la condición de consumidores. Por lo que sí es aplicable la normativa del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Sigue diciendo el Alto Tribunal, 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 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. Con los matices que antes hemos mencionado.

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. Es decir, exactamente lo que ha venido a ocurrir en el presente supuesto. Que siendo pagadas las cuotas durante 8 años, y siendo el capital prestado de 210.000 euros, debe en la actualidad más de 227.000 euros.

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.

En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Exigiéndose a los Estados miembros la incorporación a la legislación nacional de esta Directiva, antes de 21 de marzo de 2016, es decir, antes de la fecha de esta sentencia, y antes de la fecha de la sentencia dictada por el Juzgado de Instancia. Y antes de la fecha señalada para la celebración del acto de la vista, en este proceso.

Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes « en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado », así como que « algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin

una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban» En el considerando trigésimo, la Directiva añade que « [d]ebido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio».

En los arts. 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.

Siendo esta Directiva publicada en el Boletín de la Unión Europea, de 4 de febrero de 2014, determina claramente cuál es el espíritu que debe guiar, según el legislador comunitario, la concertación de estos préstamos y los deberes escrupulosos que han de ser asumidos por las entidades bancarias.

El TJUE ha dictado una sentencia, la de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, que tiene por objeto una de estas hipotecas multidivisa. Plenamente aplicable al caso de autos, al tratarse de una hipoteca multidivisa concedida a un consumidor. En la misma, el TJUE aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores.

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.

No es obstáculo para lo anterior que el art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores establezca que el art. 79.bis no será de aplicación, cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria, o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

Dicho art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores, desarrolla el art. 19.9 de la Directiva MiFID, conforme al cual « [e]n caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito, y créditos al consumo, relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo ».

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., declaró que para aplicar la excepción del artículo 19.9 de la Directiva es necesario que el servicio de inversión haya estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes, o a las exigencias en materia de información, constitutivas de legislación de la Unión Europea o de normas europeas comunes. Se dará este caso únicamente si el servicio de inversión formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto. Y precisó, asimismo, que lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto de la Directiva MiFID, y que determinaría la no sujeción a las obligaciones establecidas en dicha Directiva, debe permitir **una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate.**

En consecuencia, no existiendo, cuando se concertó la operación, normativa comunitaria ni normas europeas comunes para entidades de crédito, que establecieran unas obligaciones de información para las entidades financieras en relación a la concesión de préstamos en los que

la determinación del importe de la cuota de amortización y el cálculo del capital pendiente de amortización en cada momento, estuviera referenciado a una divisa extranjera, y que permitieran a los clientes la adecuada valoración del riesgo, la normativa reguladora de estos extremos era la normativa MiFID.

Como se declaró por el Alto Tribunal en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y se ha reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es 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.

En el presente caso, la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores, en concreto las relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando. La demandada ha sostenido a lo largo de todo el litigio que no estaba obligada a facilitar esa

información porque la operación estaba excluida del ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores, lo que, como se ha visto, esta Sala no acepta.

En primer lugar, a pesar de lo alegado por Bankinter, no fue iniciativa del cliente, lo que determinó la concertación del préstamo. Sino que era resultado de una campaña realizada por Bankinter, como fue reconocido por su empleado en el acto de juicio, y se deriva de los innumerables procedimientos seguidos, por este mismo concepto, contra Bankinter, en los órganos judiciales de este país. Lo que confirma que la existencia de hipotecas multdivisas, en francos suizos, yenes, u otras monedas semejantes, respondían a una campaña realizada por la entidad bancaria. Y, por lo tanto, ofrecida al cliente, a la hora de concertar un préstamo hipotecario.

No consta la existencia de entrega del anexo, donde supuestamente figuraban simulaciones de fluctuaciones de valoraciones de las monedas, en fechas anteriores a 13 de julio de 2007, cuando se concertó el préstamo, a fin que pudieran ser examinadas por el cliente con carácter previo. Solo existieron simulaciones sobre pantallas, inclusive, dichas simulaciones no fueron entregadas por escrito al cliente, puesto que dicho documento ni ha sido aportado, ni consta que existiera. La inestructa que se acompañó a Notaría, no consta que le fuera entregado al cliente con carácter previo.

Y como se indica en el informe pericial, existe un déficit notable de información. Así, en la documentación aportada por la entidad bancaria, se alude exclusivamente a los riesgos de cambio de divisas, pero sin indicar cuáles son los factores que afectan a dicho cambio, y sus consecuencias. Debiendo ser exigible haber informado al cliente:

- a). Sobre la evolución histórica y los distintos tipos de referencia.
- b). Impacto de las cuotas de la evolución histórica y estimada de los distintos tipos de referencia.

Y en relación con el tipo de cambio:

- a). Relación de divisas que contempla el contrato.
- b). Tipos de referencia a aplicar para cada una de ellas.
- c). Evolución histórica y estimada del tipo de cambio para cada divisa.
- d). Impacto en las cuotas de la evolución histórica y estimada en los tipos de cambio para cada divisa.
- e). Estimaciones respecto a los umbrales del tipo de cambio que pueden provocar el vencimiento anticipado parcial del contrato por superar el contravalor de la deuda el 10% del límite pactado. E informar, de las variables que podrían afectar al tipo de cambio y su evolución.

De tal manera que no existe cumplida información sobre los riesgos del contrato. No existe oferta vinculante inicial, como es reconocido por el propio testigo, que indica que fue entregada a una gestoría, no sabiendo cuál, ni sabiendo cuál fue su destino. Cosa extraña ante una contratación bancaria, lo que debe inferir que dicha oferta vinculante inicial no existió. No figurando, por ello, explicación detallada de las condiciones financieras del contrato, ni de las simulaciones (que solo se hicieron supuestamente en pantalla), de cómo pueden afectar las fluctuaciones del tipo de cambio a las cuotas a pagar en un futuro, y las previsiones de evolución de las que dispone la entidad bancaria.

Limitándose el Notario, como afirmó la parte actora en su interrogatorio a leer sucintamente la escritura pública, no habiéndosele entregado al cliente, con carácter previo, la inducta correspondiente a fin que pudiera ser examinada por su parte.

Tampoco se le ofreció al cliente, y es reconocido en interrogatorio del testigo empleado bancario D. _____, ningún tipo de instrumento de cobertura frente al riesgo de incremento del tipo de interés.

La sentencia del TS núm. 716/2014, de 15 diciembre, ha afirmado que la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró que « si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias » y que, en consecuencia, « a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]».

Decían en nuestra sentencia que, de acuerdo con esta doctrina del TJUE, la normativa comunitaria MiFID, no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el art. 79.bis Ley del Mercado de Valores, al amparo del art. 6.3 del Código Civil. Tomaban en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art.

79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 .bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores).

Con lo anterior no negában que la infracción de estos deberes legales de información pudiera 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 que **expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato.**

Respecto del error vicio, esa 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.

También ha resaltado dicha Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender

productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). 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.**

Es evidente, por tanto, que siguiendo esta línea doctrinal, no siendo el cliente experimentado en nociones de Derecho Bancario, ni con experiencia previa en hipotecas multidivisas, teniendo la condición de minorista, como se deriva del informe pericial incorporado a los autos, y teniendo exclusivamente nociones en materia de hostelería, y de gestión de residencias gerontológicas, la procedencia de apreciar el error vicio de consentimiento. Que conllevaría la anulación reseñada. Puesto que faltaría el cumplimiento de ese deber de información exigible, en la forma que hemos razonado.

Teniendo la parte actora la condición de minorista, como se deriva del informe pericial, no teniendo conocimiento especializado en esa materia, o nociones de Derecho bancario, no teniendo conocimientos económico/financieros excesivos. Y gozando de la condición de consumidor.

Por todo ello, la omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento. Sin que esta presunción haya sido desvirtuada por prueba contraria llevada a cabo por la entidad bancaria. Al contrario, ha resultado acreditado este déficit del deber de información de la prueba practicada en el acto de juicio.

Pero es que a esta solución llegamos siguiendo el supuesto de hecho contemplado en el caso del Alto Tribunal. Que la parte actora no era experto, se deriva que en ningún momento solicitó el cambio del préstamo hipotecario en franco suizo, por otra divisa, limitándose a ir al banco a fin que le explicaran lo que estaba sucediendo, y que cómo era posible que pagando las cuotas, cada vez debiera más del préstamo hipotecario concertado.

Añade el Alto Tribunal que un cliente bancario sea clasificado, a efectos de la normativa MiFID, como minorista significa que no reúne los rigurosos requisitos que la Ley del Mercado de Valores exige para ser considerado cliente profesional. Resumidamente, son clientes profesionales las entidades financieras; determinadas administraciones u organismos públicos de considerable importancia; empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; 3º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros; inversores institucionales que tengan

como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros; y clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas, siempre que se cumplan al menos dos de los siguientes requisitos: 1º que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores; 2º que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros; 3º que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

Nada de todo ello se ha acreditado en el acto de la vista, con respecto a la parte actora, es más, ni tan siquiera se alegó en la contestación a la demanda, lo que redonda la condición de minorista de la parte actora.

Ciertamente, ser cliente minorista implica una presunción de falta de conocimiento de los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las empresas de inversión. Pero no significa, como pretenden los recurrentes, que el cliente sea necesariamente un "ignorante financiero", pues puede ocurrir que clientes que no reúnan los rigurosos requisitos que la normativa MiFID exige para ser considerado como cliente profesional tengan, por su profesión o experiencia, conocimientos profundos de estos instrumentos financieros complejos que les permitan conocer la naturaleza del producto que contratan y los riesgos asociados a él, incluso en el caso de no recibir la información a que la normativa MiFID obliga a estas empresas.

Cosa que tampoco ha resultado acreditado en el acto de juicio, con relación a la parte actora. Lo que redundaría en su condición de cliente minorista.

Por lo tanto, es evidente, que en el presente caso, las personas que contrataron, el préstamo hipotecario multidivisa, no disponían de los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del instrumento financiero contratado, y los riesgos asociados al mismo.

El error que, siendo excusable, vicia el consentimiento es el que recae sobre la naturaleza y los riesgos del producto. Por lo que no conociendo, por no haber sido informado, ni por sus características de cliente minorista, no experto en esta materia, el componente de elevada aleatoriedad del contrato y la naturaleza de sus riesgos, es evidente que yerra en su contratación. Existiendo, en el presente caso, un claro vicio en el consentimiento a la hora de contratar el préstamo.

Lo que nos llevaría a la estimación del recurso, y consiguientemente de la demanda, y la revocación de la sentencia de Instancia.

En el mismo sentido se ha expresado, entre otras, la SAP de 9 de enero de 2017, de Valladolid, en un caso de hipoteca multidivisa referida a la misma entidad bancaria, Bankinter.

En dicha sentencia se indicaba que, consecuencia de cuanto antecede y coincidiendo al respecto en los términos en que se explica la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 27 de noviembre de 2015 , analizando un supuesto muy similar al que nos ocupa, debe indicarse que los hechos acreditados ponen de manifiesto que estamos ante un supuesto de error provocado del que expresamente se ocupa el artículo 4. 103 de los Principios de Derecho

Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1ª del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1ª, de 17 de diciembre de 2008), reconociendo tal precepto el derecho de la parte de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada. Se trata por ello de establecer quién debe asumir el riesgo de la inexactitud, decantándose los PECL por imputar tal riesgo al contratante que facilitó la información errónea, en nuestro caso, a la entidad demandada. Obsérvese que el concepto de error que ofrecen los PECL ha sido recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII Enero 2009), y así el art. 1298 CC presenta la siguiente redacción:

"1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció. 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error 2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas. 3 Los contratos no serán anulables por error cuando sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error..."

No parece distinto el criterio que nuestra doctrina ha ofrecido respecto al tratamiento del error, y así De Castro sostiene lo siguiente: "El error relevante como vicio del consentimiento consiste en la creencia inexacta, respecto de algún dato que se ha de valorar como motivo principal del negocio, según y conforme resulte de la conducta negocial de las partes, en las concretas circunstancias del negocio. Se requiere una disconformidad entre lo que se considera presupuesto del negocio (p.ej., lo que se debe dar o hacer) y el resultado que ofrece la realidad (lo dado o lo hecho). El dato respecto al que existe el error ha de ser estimado de importancia decisiva para la celebración del negocio, para quien alegue el vicio y, además, que, en sí mismo, pueda ser considerado base del negocio (condición sine qua non), teniendo en cuenta lo que resulte expresa o tácitamente de la conducta de quien o quienes hayan dado lugar al negocio".

En igual sentido se viene pronunciando la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que en la sentencia de 22 de mayo de 2006 , entre otras, señala que "para que el error, como vicio de la voluntad negocial sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (sentencias de 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004)", añadiendo más adelante que "y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando

éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración".

Como recuerda la reciente STS de 21 de noviembre de 2012, hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Y es lógico que un elemental respeto a la palabra dada -pacta sunt servanda-, imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado (...). La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos".

Finalmente, la STS de 20 de enero de 2014 especifica lo siguiente: "El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro 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. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones es correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega 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 de voluntad seriamente emitida".

Acerca de este último 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 que consiste el error, le es excusable al cliente".

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del

producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente.

Y así, ha señalado el TS en su 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 del demandante, 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, sin que al respecto pueda presumirse una convalidación y/o ratificación del contrato por el pago de las cuotas y cambio de divisa producido sin que los demandantes cuestionaran la eficacia del contrato pues ese comportamiento es lógico ya que es un momento determinado, y no antes, cuando la parte puede alcanzarse a percibir el error cometido.

En definitiva, y también por estos argumentos el recurso de Apelación habría de ser estimado, y la sentencia revocada en su integridad.

CUARTO.- Dicho lo anterior, procedería examinar las consecuencias jurídicas de la declaración expresada en el fundamento anterior.

En el suplico del escrito de recurso, se instaba a la estimación total de la demanda, cuyo suplico solicitaba, de forma principal, la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito, y se declare que el efecto de

dicha nulidad, conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandados es saldo vivo de la hipoteca referenciada, resultante de disminuir al importe prestado, la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, entendiéndose que el préstamo lo fue de 210.000 euros, y las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura para el euro referenciado al índice Euribor, más 0,18. Y condenando a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración, y soportando igualmente la devolución de las cantidades pagadas en exceso en cada una de las cuotas hasta la fecha de la sentencia, y al pago de los gastos financieros y comisiones originadas como consecuencia de la existencia de disposiciones referidas a esta opción. Y como opción subsidiaria la resolución del contrato de préstamo, por el incumplimiento de las obligaciones de diligencia y buena fe.

En orden a las consecuencias de esta estimación de la demanda, no podemos sino acudir a la doctrina de nuestros órganos colegiados, al resolver cuestiones parecidas en orden a hipotecas multidivisas concertadas con Bankinter, para llegar a la misma solución.

A pesar que las soluciones son divergentes, al respecto, incluso con hipotecas multidivisas, es de observar que en el escrito de contestación a la demanda no existe una oposición formal a la petición formulada en el suplico de la demanda. Lo único que viene a defenderse en escrito de contestación es la improcedencia de la petición subsidiaria de resolución e indemnización por incumplimiento contractual. Añadiendo que la nulidad, en todo caso, acarrearía la nulidad total del préstamo, e implicaría la restitución de las cosas que hayan sido objeto de contrato, no siendo posible su integración.

Ante ello, hemos de seguir la solución dispositiva adoptada por la SAP de Madrid, de fecha de 20 de abril de 2016, en relación con la hipoteca multidivisa de Bankinter, en recurso 153/2016, y sección 13, y, por tanto, la parte dispositiva de la sentencia, debería conllevar la declaración de la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito entre la parte actora, y Bankinter, con fecha de 13 de julio de 2007, de tal manera que ello conlleva la consideración de que la cantidad adeudada pro los demandados es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euro, resultante de disminuir al importe prestado 210.000 euros, la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de 210.000 euros, y que las amortizaciones también deben realizarse en euros, tomando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura referenciada para el euro referenciada al índice Euribor más 0,18, según se dispone en el apartado b, de la estipulación 3 b, subsistiendo el préstamo hipotecario en los contenidos no afectados por la nulidad, siendo aplicable desde la fecha de la suscripción el mencionado tipo de interés Euribor más 0,18. Condenando a Bankinter, a estar y pasar por dicha declaración, soportando los gastos que de dicha declaración se puedan devengar para la afectividad de dichas declaraciones. Y condenándose igualmente, y siguiendo el contenido de la SAP de Madrid, descrita, a que proceda a aplicar el exceso pagado y sus intereses, como consecuencia de la cláusula multidivisa a la amortización pendiente de capital, estimando en este último caso la petición subsidiaria.

Igualmente, se ha de condenar, lógicamente, al existir una nulidad parcial provocada por la entidad bancaria, a que ésta, y no la parte actora, soporten el pago de los gastos financieros y comisiones originados como consecuencia de la existencia de disposiciones referidas a la opción multidivisa, en especial a las referidas a la compra de francos suizos en

cada periodo de amortización, cantidad que será determinada en ejecución de sentencia.

No habiendo lugar, como ha sido señalado por distintas resoluciones de órganos colegiados en relación con esta Hipoteca multidivisa de Bankinter, a la nulidad total del contrato de préstamo, sino parcial, y desde luego, nunca a la resolución del contrato de préstamo. Como había sido solicitado subsidiariamente por la actora.

QUINTO.- En materia de costas, lógicamente siendo estimado el recurso de Apelación, las costas de esta alzada, no podrán generar un especial pronunciamiento. No obstante lo cual, en materia de las costas generadas en la Primera Instancia, ha de seguirse el criterio mantenido por resoluciones de esta misma CCAA, en relación con hipoteca multidivisa suscrita con Bankinter, y en concreto las de Valladolid, de 12 de enero de 2017, y de 9 de enero de 2017, de Zamora de 3 de enero de 2017, y de Burgos, de 5 de abril de 2016. Esto es, no existiendo dudas de hecho y de derecho al respecto, y siendo la cuestión clara, desde la fecha de la sentencia del TS, antes citado, procede, en consecuencia, imponer las costas generadas en la Primera Instancia, a la parte cuyas pretensiones hayan sido totalmente desestimadas, esto es, a la parte demandada. Entendiendo, además, que ha existido una estimación sustancial de las pretensiones principales suscritas por la actora en la demanda.

En cuanto a la cantidad ingresada como depósito para recurrir, conforme al número 8 de la disposición adicional decimoquinta de la LO 1/09 de 3 de noviembre, ha de acordarse su devolución a la parte apelante, al ser su recurso estimado. Firme que sea esta resolución.

Vistos los artículos citados y los demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador Sr. Ismael Pérez Marco, en nombre y representación de D. _____ Y DE Da _____, frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 3 de esta ciudad, de fecha de 28 de noviembre de 2016, en autos de procedimiento ordinario número 643/2015, y, en su consecuencia, y con revocación íntegra de la sentencia de Instancia, y con estimación sustancial de la demanda, debemos declarar y declaramos la **NULIAD PARCIAL** del préstamo hipotecario suscrito entre D. _____ - y Da _____, y la entidad Bankinter SA, en fecha de 13 de julio de 2007, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Soria, D. José Manuel Benítez Bernabé, en los contenidos relativos a la opción multidivisa.

Declaramos que el efecto de dicha nulidad conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandados, d. _____ y Da _____, es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado (210.000 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue de 210.000 euros, y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura para el euro, referenciada al índice Euribor más 0,18, según se dispone en el apartado b, de la estipulación 3 b, subsistiendo el préstamo hipotecario en los contenidos no afectados por la nulidad siendo aplicable desde la fecha de suscripción el mencionado tipo de interés Euribor más 0,18.

Condenamos a Bankinter SA, a estar y pasar por dicha declaración, soportando los gastos que de dicha declaración se puedan devengar por la efectividad de dichas declaraciones. Y se aplique, el exceso pagado por los demandantes, y sus intereses, como consecuencia de las cláusulas multidivisas, a la amortización pendiente de capital

Condenamos a Bankinter SA, al pago de los gastos financieros comisiones originados como consecuencia de la existencia de disposiciones referidas a la opción multidivisa, en especial a las referidas a la compra de francos suizos en cada periodo de amortización, cantidad que será determinada en ejecución de sentencia.

Imponiendo expresamente a la entidad BANKINTER SA, las costas originadas en la Primera Instancia.

No habiendo lugar a un expreso pronunciamiento sobre las COSTAS generadas en esta alzada.

Firme que sea esta resolución, habrá de devolverse a la parte apelante, la cantidad ingresada, por la misma, como depósito para recurrir.

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 Sala. Bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así por esta nuestra sentencia, la firmaron, rubricaron los Ilmos. Sres Magistrados que figuran al margen.