



Roj: **SAP BU 339/2016 - ECLI:ES:APBU:2016:339**

Id Cendoj: **09059370032016100100**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **05/04/2016**

Nº de Recurso: **378/2015**

Nº de Resolución: **144/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ESTHER VILLIMAR SAN SALVADOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00144/2016

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

RMA

Modelo : SEN000

N.I.G.: 09059 42 1 2014 0008821

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000378 /2015

Juzgado procedencia : JDO.DE 1A.INSTANCIA N.1 de BURGOS

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000835 /2014

RECURRENTE : BANKINTER SA

Procurador/a : MARIA JOSE MARTINEZ AMIGO

Abogado/a : JOSE MARIA REGO ALVAREZ DE MON

RECURRIDO/A : Concepción , Carlos Daniel

Procurador/a : EUGENIO PIO ECHEVARRIETA HERRERA, EUGENIO PIO ECHEVARRIETA HERRERA

Abogado/a : JAIME CODON ALAMEDA, JAIME CODON ALAMEDA

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **DON ILDEFONSO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA** , Presidente, **don FRANCISCO MARIN IBAÑEZ Y DOÑA MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR** , ha dictado la siguiente.

SENTENCIA Nº 144

En Burgos a cinco de Abril de dos mil dieciséis.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de BURGOS, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000835 /2014, procedentes del JDO.DE 1A.INSTANCIA N.1 de BURGOS, a los



que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000378 /2015, en los que aparece como parte demandada apelante , **BANKINTER SA**, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARIA JOSE MARTINEZ AMIGO, asistida por el Abogado D. JOSE MARIA REGO ALVAREZ DE MON, y como parte demandante apelada, **doña Concepción y Carlos Daniel** , representados por el Procurador de los tribunales, Sr. EUGENIO PIO ECHEVARRIETA HERRERA, asistidos por el Abogado D. JAIME CODON ALAMEDA, sobre Nulidad parcial préstamo. Siendo Magistrada Ponente, la Ilma. Sra. Doña MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: " **Estimar la demanda formulada por la representación de los esposos DON Carlos Daniel y DOÑA Concepción contra la entidad financiera "BANKINTER, SA" y, en su consecuencia, anular de forma parcial por error que vicia e invalida el consentimiento prestado por los demandantes el contrato denominado "préstamo multidivisa" concertado entre las partes mediante escritura pública otorgada en fecha 21 de julio de 2008 ante el Notario don José Alberto Martín Vidal al número 109 de su protocolo, con las consecuencias jurídicas de excluir del contrato las cláusulas y condiciones por las que los prestatarios se endeudan en francos suizos y se obligan a pagar en tal moneda las cuotas mensuales de amortización que resulten de aplicar el interés del Libor + un punto porcentual en las condiciones pactadas, estableciéndose por ello un endeudamiento desde el inicio del contrato en el importe de 318.000 euros, a amortizar mediante el pago de 288 cuotas mensuales comprensivas de capital e intereses, con la aplicación del interés del euribor + 0,60 puntos en las condiciones pactadas en el contrato, y ello a los efectos que en consideración a las cantidades que los demandantes han pagado mensualmente en euros durante la vigencia del contrato se determine a fecha de esta sentencia el saldo deudor vigente en euros, y en lo sucesivo se aplique lo previsto en el contrato sobre conversión en euros del préstamo con aplicación del referido interés del euribor + 0,60 puntos en las condiciones pactadas, y hasta la total amortización del préstamo con pago de las cuotas de amortización pendientes hasta completar las 288 cuotas pactadas, persistiendo la vigencia de todas las cláusulas y condiciones del contrato que no sean incompatibles con lo anteriormente establecido. Todo ello, con expresa imposición de las costas del juicio a la entidad financiera demandada. -**

2º: Notificada la anterior resolución a las partes por la representación de Bankinter S.A., se presentó escrito preparando recurso de apelación, que posteriormente formalizó, mediante otro escrito, dentro del término que le fue concedido al efecto. Y dado traslado, presentó escrito de oposición a dicho recurso dentro del plazo que le fue concedido, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º: Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 25 de febrero de 2016 en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por la demandada BANKINTER SA se interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia que anula de forma parcial por error que vicia el consentimiento prestado por los demandantes el contrato denominado "préstamo multidivisa" concertado mediante escritura pública de fecha 21 de julio de 2008 y en concreto las cláusulas y condiciones por las que los prestatarios se endeudan en francos suizos y se obligan a pagar en tal moneda las cuotas mensuales de amortización que resulten de aplicar el LIBOR +1 punto porcentual en las condiciones pactadas, estableciéndose por ello un endeudamiento desde el inicio del contrato en el importe de 318.000 € , a amortizar mediante el pago de 288 cuotas mensuales comprensivas de capital e intereses, con aplicación del interés del Euribor+0,60 puntos en las condiciones pactadas en el contrato, y ello a los efectos que en consideración a las cantidades que los demandantes han pagado mensualmente en euros durante la vigencia del contrato se determine a la fecha de la sentencia el saldo deudor vigente en euros del préstamo con aplicación del referido interés del Euribor +0,60 puntos en las condiciones pactadas y hasta la total amortización del préstamo con pago de las cuotas de amortización pendientes hasta completar las 288 cuotas pactadas, persistiendo la vigencia de todas las demás cláusulas y condiciones del contrato que no sean incompatibles con lo anteriormente establecido.

Discrepa el recurrente de la sentencia apelada porque aprecia error en el consentimiento prestado por los demandantes como consecuencia de la deficiente información recibida por la prestamista BANKINTER al suscribir el préstamo multidivisa objeto del contrato



SEGUNDO .- El primer motivo reitera la excepción de caducidad de la acción.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil , « [l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...] ».

Según el recurrente el dies a quo del cómputo de dicho plazo es el momento de la consumación del contrato que se produce en el momento de la entrega del dinero por parte de prestamista al prestatario. Y que cómo el préstamo se otorgó el 21 de julio de 2008 y la demanda en la que se pide la nulidad no se formula hasta el año 2014 es decir ,2 años y tres meses después de que hubiera transcurrido el plazo de caducidad de 4 años. Por ello , la acción ha caducado,

La sentencia apelada, acertadamente, desestima la caducidad fundándose en la jurisprudencia mayoritaria, entre otra cita la STS Pleno de 12 de enero de 2015 (769/2014) , se hace una interpretación del 1301 CC de acuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, en el siguiente sentido:

« Al interpretar hoy el art. 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a " la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas " , tal como establece el art. 3 CC .

»(...) En la fecha en que el art. 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

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

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

Conforme a esta doctrina jurisprudencial que sigue esta misma Audiencia Provincial de Burgos (Sec. 2ª de 1.9.2014 y 3ª de 25.2.2015), el recurso debe ser desestimado.

El juez señala como dies a quo el año 2014 en el que los prestatarios descubren que se ha materializado un riesgo del cual no eran conscientes (las cuotas se habían incrementado de forma sustancial como consecuencia de la depreciación del euro respecto del franco suizo) , de modo que las cuotas en euros superan los 1.700 € mensuales, frente a la cuota inicial de 1.632 €. En todo caso, según el detalle de lo pagado en cada mes (folio 356) pudiera situarse el incremento sustancial en el mes de junio de 2011, con lo que formulada la demanda en octubre de 2014 la acción tampoco habría caducado. Pero es que además realmente los prestatarios toman conciencia de los perjuicios reales que les genera el contrato en 2014 cuando pese al cumplimiento escrupuloso de sus obligaciones contractuales, la deuda con la prestamista (y pese a haber satisfecho 112.642 €) ha aumentado en 18.456 € respecto de la cantidad prestada inicialmente.

Como segundo motivo vuelve a reiterar la alegación de la confirmación del contrato - ex artículos 1309 y 1311 del Código civil - pues durante 6 años y 3 meses que han pagado su cuota mensual en la divisa elegida (lo que ha supuesto 74 cuotas), en ningún momento acudieron a Bankinter a preguntar por qué pagaban tales cantidades en divisas, incluso cuando pasaron a ser superiores a las que teóricamente les correspondería de haberse mantenido inalterado el cambio de divisa. En consecuencia, aduce que hubo una ratificación permanente del contrato y nadie puede ir contra sus propios actos.

El juzgador de instancia entiende que no concurre ningún acto propio de convalidación, máxime si se considera que el impago de las cuotas implica la aplicación de un interés moratorio relevante y en el caso que los impagos



superen las tres cuotas la posible de que Banco prestamista resuelva el contrato con vencimiento anticipado de las cuotas pendientes, lo que hubiese sido sumamente lesivo para los intereses de los prestatarios.

La confirmación de un contrato es una declaración de voluntad - expresa o tácita- por la cual se opta por dotar al contrato viciado de una eficacia definitiva, haciendo que cese la situación de incertidumbre propia de la anulabilidad, por lo tanto, para valorar si un acto realizado por el legitimado para ello tiene carácter confirmatorio, hay que atender, como dice el propio artículo 1311 del C.civil, a la voluntad del legitimado de querer confirmar el negocio anulable, inferida de manera necesaria de dicho acto. No cualquier acto posterior confirma un negocio que adolece de alguna causa de anulabilidad, sino solo aquel que se haya realizado por el legitimado para impugnarlo con ánimo de querer purificarlo.

En este caso, estamos de acuerdo con el juzgador a quo que los demandantes han pagado 74 cuotas del préstamo - de un total de 288 a las que se obligaron-, pero no con voluntad de confirmar el contrato sino para evitar un perjuicio, esto es, que Bankinter hubiese ejecutado la hipoteca sobre su vivienda habitual en Burgos en la CALLE000, aunque el préstamo multidivisa en gran parte se destinase a la adquisición de una segunda vivienda en Alicante.

TERCERA - El motivo siguiente sostiene la inaplicación de la normativa MiFID al préstamo multidivisa concertado por no ser un producto financiero de inversión complejo.

Alega la recurrente que la propia STS Pleno de 30 de junio de 2015 (nº 323/15) en que se apoya la sentencia apelada, reconoce que las conclusiones acerca del producto no son pacíficas, lo que aparte de propia libertad e independencia de cada juez, abre la puerta a resoluciones que pueda no compartir la doctrina en ella contenida.

1.- El Tribunal en la Sentencia 323/2015 afirma rotundamente 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.

3.- El TJUE parece dar la razón al recurrente en su sentencia de 3 de diciembre de 2015, Banif Plus Bank Zrt, C-312/14 ha resuelto una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional húngaro en relación con al Directiva 2004/39/CEE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (conocida como directiva MiFID) y ,en particular sobre la eventual consideración de un préstamo multidivisa como un servicio o actividad de inversión de conformidad con el artículo 4, apartado 1, punto 2 de la Directiva MiFID .

La Directiva MiFID fue transpuesta al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modificó la ley 24/1988 de 28 de julio, de Mercado de Valores, norma que ha sido derogada por el reciente Real Decreto legislativo 4/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. La transposición de la Directiva MiFID incorporó para las entidades financieras que comercializaban productos de inversión una serie de obligaciones de información, entre las que se incluía la necesidad de realizar a sus clientes los conocidos como test de conveniencia y de idoneidad (este último únicamente para servicios de asesoramiento), con el fin de cerciorarse de la adecuación del producto de inversión al nivel de conocimientos del cliente con carácter previo a su contratación.

La STJUE de 3 de diciembre de 2015 sostiene que los préstamos multidivisas no son un instrumento financiero en tanto que las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un servicio o una actividad de inversión. El TJUE considera estas operaciones son puramente accesorias a la concesión y reembolso de un préstamo al consumo. Asimismo, descarta que se pueda calificar este contrato de un "contrato de futuros "ya que los préstamos multidivisas son meros préstamos al consumo que no tienen por objeto la venta de un activo financiero a un precio determinado en el momento de la celebración del contrato. Consecuentemente, concluye que las entidades financieras no están sometidas a las obligaciones en materia de la evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 del Directiva



MiFID . Tampoco serán de aplicación las obligaciones de información que prevé la LMV para productos de inversión comercializados por las entidades bancarias en España.

El TJUE concluye 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, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidades.

Por tanto, en el momento actual nos encontramos con la contradicción entre la sentencia del TJUE y la sentencia del TS. El primero máximo intérprete de la Directiva ha dicho que en ella no se incluyen las hipotecas multidivisas, esto es, en ese ámbito mínimo de la Directiva. El TS competente para interpretar la legislación española si incluye la hipoteca multidivisa como un producto derivado, complejo en el ámbito de la LMV. Una Directiva comunitaria y la ley estatal que la transpone son instrumentos diferentes. La Ley estatal tiene que respetar el contenido mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación mas amplio permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye.

Como interprete máximo de la normativa comunitaria, la doctrina del TJUE vincula a los jueces españoles que deben comprobar en cada caso de hipoteca multidivisa si hay un servicio de inversión.

3.- Es también importante destacar que el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014 asunto C-26/13 que tiene por objeto una hipoteca multidivisa concedida a un consumidor, aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas no negociadas en contratos celebrados con los consumidores .

Esta Sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Kúria (Tribunal Supremo) de Hungría relacionado con un contrato identificado como « *préstamo hipotecario denominado en divisas, garantizado ,mediante hipoteca* » entre un consumidor y una entidad bancaria. Conforme a la cláusula I/1 de dicho préstamo, Jelzálogbank concedió a los prestatarios un préstamo por importe de 14.400.000 forintos húngaros. En el préstamo se había estipulado que « *la determinación en divisas de la cuantía del préstamo se realizará al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera- francos suizos- aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo* ». Así el préstamo se representó en 94.240,84 francos suizos (CHF). Los prestatarios debían devolver esa suma en 25 años, mediante cuotas mensuales. Pero según la cláusula III/2 el prestamista fijaría " *el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa aplicada por el banco el día anterior al del vencimiento* », de modo que se sometía el importe de las cuotas al riesgo de fluctuación.

Esta clausula había sido declarada abusiva en primera y segunda instancia porque no era clara y comprensible y no permitía conocer la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución. Además se había considerado abusiva porque facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas sobre la base de la cotización de venta de la divisa, mientras que el importe del préstamo entregado se fijó por éste ultimo en función de la cotización de compra que aplica para esa divisa, lo que le confería una ventaja unilateral e injustificada en el sentido del Código civil húngaro, porque realmente no ponía a disposición del prestatario divisas extranjeras, sino que hacia depender el importe de cada cuota mensual de devolución, de la cotización corriente del franco suizo, como índice para fijar el importe de las cuotas de devolución del préstamo entregado en forintos húngaros . Es decir, no realizaba a favor de los prestatarios ninguna prestación de servicios financieros de compra o de venta de divisas, por lo que no podía aplicar un tipo de cambio a efectos de amortización del préstamo distinto del utilizado en el momento de su entrega en concepto de contrapartida de una prestación de servicio virtual.

El TSJUE establece en su sentencia que la exigencia de transparencia (claridad y comprensibilidad), en términos del artículo 4.2) de las cláusulas contractuales no puede reducirse solo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical (apartado 71) , porque el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto del profesional en lo referido, en particular , al nivel de información y, en consecuencia, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Y en concreto en una hipoteca multidivisa extranjera, una cláusula contractual como al clausula III/2 antes mencionada, que permite al profesional calcular la cuantía de las cuotas mensuales de devolución en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por ese profesional, produce



el efecto de elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite. Recuerda el TJUE que los artículos 3 y 5 del Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l) y 2 letras b) y d) del Anexo de la misma otorgan una importancia esencial para el cumplimiento del requisito de transparencia a 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 a 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 (apartado 783).

4.- Por otro lado no puede obviarse 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, cuyo plazo de trasposición aun no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso. De sus Considerandos destacamos

(4) **La Comisión ha determinado una serie de problemas que sufren los mercados hipotecarios de la Unión 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, incluidos los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias. 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. Esos problemas se deben a deficiencias del mercado y de la normativa, pero también a otros factores, como la coyuntura económica general y los escasos conocimientos financieros. A estos problemas se ha sumado a veces el de la ineficacia o incoherencia de los regímenes aplicables a los intermediarios de crédito y a las entidades no crediticias que otorgan créditos para bienes inmuebles de uso residencial, o a la inexistencia de tales regímenes. Los problemas observados podrían tener importantes efectos macroeconómicos indirectos, ir en detrimento del consumidor, erigir obstáculos económicos y jurídicos a la actividad transfronteriza y crear inequidad en las condiciones de competencia entre los operadores del mercado.**

(30) Debido 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 artículos 13.f y 23 se contiene 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 obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.

CUARTO .- Al margen de la aplicación de la normativa MiFID, o su trasposición en la Ley del Mercado de Valores en su redacción por ley 4/2007, existen unos deberes de información que incumben a las entidades bancarias para con sus clientes, que como declara la STS de 20 de enero de 2014 (nº 840/2013) es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de buena fe, que se contiene en el artículo 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.

Este deber de información al tratarse de consumidores tiene también su fundamento normativo en el RD legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios. Y así el artículo 12, artículo 18.2; artículo 59; artículo 60 (" antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato.."); artículo 80 (establece que en los contratos con los consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, éstas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción.... C) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas".



También existe una normativa aplicable a los préstamos hipotecarios como la Ley de 26/1988 de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito (art. 48); la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Ley 36/2003 de 11 de noviembre de medidas de reforma económica, que impone a la entidad bancaria el deber de proporcionar información adecuada y suficiente para que un cliente minorista , consumidor comprenda el alcance y trascendencia jurídica y económica del producto que va a contratar y asegurase de que lo ha entendido con la suficiente claridad con carácter previo a la contratación.

Como señala la anterior STS 840/2013 , el incumplimiento de los deberes de información puede tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información puede provocar un error vicio, pero la mera infracción de este deber no conlleva por si solo la nulidad de pleno derecho del contrato, salvo que se hayan traspasado los límites de la autonomía privada de la voluntad (artículo 1255 C.civil). Por ello lo que procede determinar es si los demandantes pudieron padecer al contratar error grave, esencial y no excusable sobre lo que contrataban y sobre sus condiciones y sus riesgos.

Lo relevante para decidir si ha existido vicio no es si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria , sino si al contratar, el cliente tenía conocimiento suficiente de la características de la hipoteca multidivisa y sus riesgos asociados. 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 de conocimiento , pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto contratado 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 y que justifica el carácter excusable del error del cliente.

La entidad bancaria recurrente entiende que la información verbal o escrita facilitada a los demandantes, atendida la cualificación, conocimientos y circunstancias de los mismos era suficiente de modo que no puede apreciarse consentimiento viciado por error. Afirma que los demandantes son catedráticos de educación secundaria, matemático el esposo y química la esposa, por lo que es difícil que no tomaran conciencia de los riesgos del préstamo multidivisa y resulta poco creíble que dos universitarios y profesores no fueran perfectos conocedores del préstamo suscrito, máxime cuando desde el principio optaron por los francos suizos como divisa y además, eran ya titulares de un préstamo ordinario que cancelaron con el multidivisa que gravó su vivienda habitual en Burgos - aunque el importe prestado se aplicó en su mayor parte para la compra de una segunda vivienda en Alicante-, por lo que no les pudo pasar desapercibido que las dos operaciones no eran iguales.

Los demandantes sostiene que la entidad les ofreció esta hipoteca porque sus cuotas eran mas bajas que las de una hipoteca tradicional por reverenciarse a una moneda mas fuerte que el euro; se comercializó como un producto seguro vinculado a la fortaleza de la moneda en que se suscribía pero silenciaron datos importantes que se reverenciaba al LIBOR (London Interbank Offered Rate) y no se mencionaron los riesgos asociados a la fluctuación de los tipos de cambio

Por su parte el juzgador de instancia entiende que los demandantes no pueden ser calificados como expertos financieros, pues si bien ambos son profesores de enseñanza media, su actividad profesional es por completo ajena al mundo financiero, careciendo de todo conocimiento en tal materia, no constando tampoco tengan experiencia en tal campo o que en el pasado hayan realizado operaciones especulativas o de alto riesgo. Y no siendo expertos financieros no puede presumirse que conociesen los riesgos de la hipoteca, de ahí la importancia de analizar el cumplimiento por Bankinter de la obligación de informar a los clientes previamente a la formalización del contrato, de las características y riesgos del producto. Y aun admitiendo que resulta poco creíble que dos licenciados universitarios desconozcan o ignoren que se estaban endeudando en una moneda extranjera cuando firman la hipoteca y que una depreciación del euro respecto de la divisa elegida (franco suizo) podía implicar un encarecimiento de la cuota a pagar en euros , entiende que el Banco no cumplió con informar acerca de las características básicas del producto y sobre ciertos riesgos ordinarios, sino que debió informar de forma suficiente de todos los riesgos incluidos los extraordinarios e improbables en el momento de la contratación, como se concretan en el situación en que se encuentran los demandantes quienes después de cinco años de concertar el préstamo, habiendo pagado religiosamente sesenta cuotas de amortización de capital e intereses, adeudan una suma superior (342.000 €) que el importe prestado (318.000 €).

Compartimos las apreciaciones del juzgador de instancia. Que los demandantes sean universitarios y profesores de secundaria - no consta sean catedráticos - no implica que sean ya perfectos conocedores de las características y riesgos asociados al préstamo multidivisa, el que el esposo sea profesor de matemáticas, no supone experiencia financiera suficiente para comprender las consecuencias del préstamo y sus riesgos, puede ser experto operaciones o cálculos matemáticos pero ignorar las fluctuaciones de la divisa y de los tipos de interés y sus previsiones en el mercado. Y prueba de ello que durante los siete años de vigencia del préstamo, nunca solicitaron el cambio de divisa pese a la depreciación del euro respecto del franco suizo lo



que conllevaba un incremento de la cuota de amortización del préstamo a pagar en euros. Tampoco existe aportadas comunicaciones recíprocas u otra documentación que indique el nivel de conocimiento que los demandantes tenía del producto contratado, sus características y sus riesgos. Si verdaderamente hubiesen tenido un conocimiento pleno del funcionamiento de la hipoteca, no hubiesen esperado a que Bankinter les enviase " la carta informativa de cambio del tipo de interés relativo a la divisa actual del préstamo hipotecario (31 de mayo de 2014) y situación del saldo actual" (doc. 5 de la demanda que es la que motivo su preocupación o intranquilidad , según la cual el capital pendiente de amortizar supera ampliamente (342.262,47 E) la deuda contraída (318.000€), no obstante haber abonado todas las cuotas pactadas.

Tampoco el hecho de que anteriormente fuesen titulares de un préstamo ordinario suscrito con Bankinter en 1995 que cancelaron con el multidivisa, les convierte en expertos pues se trata de una subrogación del prestamista Caja Circulo por Bankinter en el préstamo hipotecario que los demandantes habían suscrito con la primera en 1994 y por un importe de diez millones de pesetas en el momento de la compra de la vivienda , subrogación que se verifica transcurrido un año de la modificación de hipoteca concertada con Caja Circulo en subrogación de la promotora a la que compraron el piso y, según expresa el clausulado de la escritura pública, se ajusta a la Ley 2/1994 de 30 de marzo, con entrega de la oferta vinculante por Bankinter (folio 227)

Por otro lado Bankinter a quien correspondía la carga de probar, no informó debidamente, es decir de forma objetiva, suficiente y comprensible, a los demandantes de las características y riesgos concretos del préstamo concertado.

En el presente caso no hay prueba determinante de que la entidad bancaria haya proporcionado información a los demandantes sobre los riesgos inherentes a las oscilaciones del tipo de interés y cotización de la divisa. No se ha dado información previa al contrato infringiéndose el artículo 60 y 80 del Real Decreto legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios infringiendo el artículo 60 y 80 LGDCU y la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la ley de Regulación del Mercado hipotecario que establece la obligación de facilitar desde el 8 de diciembre de 2007 para hipotecas de cualquier importe la oferta vinculante o documentación análoga referente a la hipoteca, o la propia Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de mayo de 1994 que exige la entrega de folleto informativo.

En efecto la única documental precontractual que existe es el documento titulado la " *solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria.- Documento de primera Disposición* ". Los términos en que aparece redactado este documento son insuficientes para obtener un conocimiento cabal de lo que verdaderamente constituye el préstamo hipotecario multidivisa; no existe descripción del producto, sus requisitos condiciones, efectos y prestaciones de las partes. De este documento destaca el párrafo final , cuyo contenido se antoja oscuro y contradictorio por cuanto se estipula por un lado que [los prestatarios abajo firmantes conocen y aceptan que **la sustitución de la divisa utilizada no supondría la elevación del límite pactado inicialmente** ni la reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización] mientras que a reglón seguido se dice que por tanto , [**el prestatario** reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que **asume explícitamente los riesgos** de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a Bankinter de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, **incluida la posibilidad de que el contravalor de la divisa de disposición del préstamo, en caso de ser ésta última diferente al Euro, pueda ser superior al límite pactado**, tal y como se describe en el ejemplo propuesto a continuación de este documento cuyo contenido es conocido y comprendido por el prestatario] . Sin embargo, el ejemplo propuesto con firma de los prestatarios como prueba de su contenido y comprensión no se adjunta con el documento de primera disposición. No consta se facilitase a los demandantes simulaciones u otros documentos o informaciones complementarias, salvo la escritura pública en la que se formalizó la hipoteca multidivisa.

Asimismo, ha de corroborarse que el clausulado del contrato es insuficiente para que el cliente conozca la mecánica y los riesgos que entraña la operación que está contratando.

Y sobre la prueba testifical del director de la sucursal bancaria D. Sebastián y de la comercial D^a Isidora nos remitimos a las acertadas consideraciones que realiza el juzgador a quo. Aunque se trata de testimonios firmes y contundentes en los que se detalla toda suerte de información verbal facilitada a los demandantes sobre las características y riesgos del producto. Se trata de una prueba unilateral y subjetiva de parte demandada, la entidad bancaria, dado que aquellos son empleados de la misma y directamente interesados en el asunto que nos ocupa, sin que su testimonio se haya podido cotejar y valorar en relación con las declaraciones de los propios demandantes para averiguar que conocimiento tenían de las naturaleza y riesgos del préstamo multidivisa , pues no se propuso en forma por la entidad bancaria demandada la prueba de su interrogatorio. Además esa profusa y detallada información a la que aluden los testigos no encuentran el respaldo con prueba de la información escrita proporcionada a los prestatarios por la entidad bancaria, ni cualquier otra que indique el nivel de conocimiento que tenía los demandantes



En definitiva, no pude considerarse que la información prestada por el Banco a los demandantes fuese objetiva, clara, suficiente, completa y comprensible sobre las características y riesgos del préstamo multidivisa concertado. Por lo tanto, se ha vulnerado la normativa protectora de los usuarios de los servicios bancarios y en definitiva el consentimiento no estuvo correctamente formado y, se emitió viciado por error sustancial y excusable, lo que da lugar a que se decrete la nulidad parcial del préstamo en todo lo relativo al clausulado multidivisa.

QUINTO .- igualmente, se opone la recurrente a la nulidad parcial que aplica la sentencia de instancia. Sostiene que tal declaración le produce unas consecuencias lesivas al quedar anuladas las cláusulas esenciales del contrato, retrotrayendo lo al momento inicial como si aquellas no hubieran existido, cuando la realidad es que los propios clientes las ejecutaron durante mas de cinco años y, durante mas de un año se vieron favorecidos por las mismas.

La apreciación de la nulidad total del contrato que interesa el recurrente es contraria a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014) y a la protección de los consumidores , porque produciría un efecto mas perjudicial para los actores que para la entidad bancaria demandada, en la medida a que se verían obligados a devolver de un sola vez la totalidad del préstamo, cuya devolución estaba programada para 21-7-2032-.

En consecuencia, la nulidad del pacto de divisas, da lugar a que se deje sin efecto teniéndolo por no puesto, manteniéndose el resto del contrato de préstamo con su garantías , considerando el mismo como una operación en euros con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia Euribor mas el diferencial de 0,60 € , con arreglo al cual se determinara el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas abonadas por los prestatarios .

SEXTO.- Al desestimarse el recurso las costas procesales de esta alzada se imponen a la parte apelante (artículo 398.1 de la LEC).

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de BANKINTER SA, frente a la sentencia de fecha 31 de julio de 2015 del JPI nº 1 de Burgos en el juicio ordinario núm. 835/2014 procede su confirmación, con imposición de las costas procesales a la parte apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, notificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario certifico.

NO TA.- Vease Libro Registro de Resoluciones al folio y queda puesta certificación al rollo de Sala. Doy fe.