



Roj: **SAP T 1019/2016 - ECLI:ES:APT:2016:1019**

Id Cendoj: **43148370012016100292**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2016**

Nº de Recurso: **674/2015**

Nº de Resolución: **298/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MANUEL HORACIO GARCIA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

TARRAGONA

SECCION PRIMERA

ROLLO NUM. 674/2015

PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1160/2013

TARRAGONA NUM. DOS

S E N T E N C I A NUM. 298/16

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE

D. Antonio Carril Pan

MAGISTRADOS

Dª Mª Pilar Aguilar Vallino

D. Manuel Horacio García Rodríguez

Tarragona, 24 de mayo 2016.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, formada por los Magistrados del margen, ha visto el recurso de apelación nº 674/2015, interpuesto contra la sentencia dictada el 20 julio 2015, en el Procedimiento Ordinario nº 1160/2013, tramitado por el Juzgado Primera Instancia nº 2, de Tarragona , a instancia de D. Plácido y Dña. María Consuelo , como demandantes-apelados, y BANKINTER S.A., como demandado-apelante, y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes fundamentos de derecho, establece en su fallo lo siguiente: "Estimar parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Dña. Margarita Yxart Montañés, en nombre y representación de Dña. María Consuelo y D. Plácido , declarando la no aplicación de la cláusula multidivisa desde el inicio de la relación contractual debiéndose recalcularse todos los pagos realizados por la parte actora como si se tratara de una hipoteca en euros desde el inicio, incluyendo los importes abonados por Dña. María Consuelo y D. Plácido tanto en yenes como en euros, por capital, intereses y comisiones por cambio de divisas debiendo asumir la mercantil "Bankinter, S.A." todos los gastos que se deriven del cambio de escritura (notario, registrador, impuestos, gastos y comisiones). No se hace expresa imposición de costas".



SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en que los fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal el/la Ilmo/a Sr./a Magistrado/a Ponente **D. Manuel Horacio García Rodríguez**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

1. D. Plácido y Dña. María Consuelo solicitan la declaración de nulidad de la cláusula multidivisas y/o su aplicación en yenes inserta en el contrato de préstamo hipotecario formalizado el 5 agosto 2008 con BANKINTER S.A., debido a que concurrió vicio del consentimiento (error- dolo), así como determinadas cláusulas que consideran abusivas, y subsidiariamente la resolución contractual por falta de equilibrio en las prestaciones con indemnización de daños y perjuicios.

2. Contestó la entidad financiera demandada en la forma que se resume: (i) La caducidad de la acción por el transcurso de más de cuatro años desde la perfección del contrato, que, además, fue confirmado por la escritura de novación de 12 abril 2012, sin queja alguna de los prestatarios; (ii) Los defectos en el modo de demandar, no acogidos en la instancia; (iii) El contrato tiene causa y es válido porque ofreció una información veraz y completa sobre el funcionamiento del producto y sus riesgos y los actores tienen formación para entender o pedir el asesoramiento necesario para su inteligencia; (iv) No estamos ante un instrumento financiero complejo al que resulte de aplicación la normativa MiFID sino ante un producto bancario; y (v) Rechaza la abusividad de las cláusulas impugnadas.

3. La sentencia de primer grado, después de rechazar la excepción de caducidad de la acción por cuanto el plazo sólo empezaría a computarse desde la consumación del contrato que considera se produce cuando estén cumplidas todas las prestaciones de las partes, lo que no ha sucedido, entiende que estamos ante un producto financiero complejo y aprecia la existencia de vicio del consentimiento por inobservancia de los deberes de información que la normativa MiFID impone a la entidad financiera a unos prestatarios minoristas, con declaración de nulidad de la cláusula multidivisa desde el inicio de la relación contractual y rechazo de la abusividad de las cláusulas impugnadas, sin hacer imposición de costas por la estimación parcial de la demanda.

4. No se conforma con esta decisión la entidad demandada que formula el presente recurso, al que se oponen los actores.

SEGUNDO.- Los hechos relevantes para la resolución del recurso.

Son estos.

(a) El 5 agosto 2008 los prestatarios concluyeron con Bankinter un contrato de préstamo denominado en divisas, garantizado mediante hipoteca. Acudieron a la entidad financiera demandada descontentos por el tipo de interés que venían pagando a La Caixa, referenciado al Euribor, y Bankinter les ofreció varias posibilidades de mejorar la financiación en el marco de un contrato multidivisa, eligiendo el Yen japonés de entre las cuatro divisas ofertadas.

Conforme a sus condiciones, el nominal fue de 490.000.-€ y la divisa funcional el yen japonés lo que supuso la entrega de 83.363.700,00.-Yenes. Amortizaron el préstamo hipotecario de constructor en el que se habían subrogado con La Caixa (hoy Caixa Bank) el 7 abril 2006. El vencimiento se pacto a 28 años, con cuota de amortización de capital e intereses mensual, momento en que podían cambiar de divisa de referencia. El tipo de interés era el Libor a un año más un diferencial del 0,90 puntos o bien el Euribor mas 0,50 puntos, según divisa.

(b) El préstamo hipotecario denominado en divisas, comúnmente conocido como "hipoteca multidivisa", es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda a la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre las 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 al Euribor, generalmente el Libor.

El atractivo de este tipo de préstamos es doble: utiliza como referencia una divisa de un país (Yen japonés, dólares USA, francos suizos) en el que los tipos de interés son más bajos que los que tienen como referencia el Euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como de referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario (se revaloriza). En nuestro caso se convino en Yenes japoneses pero se posibilitaba el cambio a Euros y otras divisas cotizadas.



Como contrapartida, el riesgo también es doble pues a la variación del tipo de interés (Libor o Euribor) se añade la fluctuación de la divisa que incide no solo en la cuota a pagar sino también en el capital pendiente de amortizar. Si la divisa se deprecia cuota y capital se reducen, y si se aprecia aumentan.

(c) Los prestatarios, don Plácido es Licenciado en Derecho, con ejercicio de abogado, profesor universitario y curso estudios de dirección de empresas en IESE; y doña María Consuelo era empleada del Caixa Tarragona. Ambos dedicados a los recursos humanos.

(d) El actor Sr. Plácido había realizado, con anterioridad a la hipoteca litigiosa y en Bankinter S.A., una inversión por 25.000.-€ en un Fondo (Schoder Euro Corporate) que vendió el 1-2-2010, habiendo sido perfilado el 29 enero 2010 en relación con Fondos de renta variable, sin que conste el resultado, fecha en que adquirió participaciones en el Fondo BK Índice Europeo 50 FI por importe de 10.000.-€.

(e) Los prestatarios recibieron una llave para acceder a la "web" sobre la evolución de la cotización Euro/YenJ y previsiones de Bankinter sobre la divisa elegida, que no cambiaron en toda la duración del préstamo.

(f) El 12 abril 2012, a solicitud de los actores, la entidad financiera les concedió una carencia de capital durante el plazo de 24 meses después de expresarle los prestatarios "su fastidio por la diferencia de cambio".

(g) En agosto de 2012 el capital vivo prestado había pasado, incluso contabilizadas las amortizaciones de cuatro años, de 490.000 € a 762.519 €.

(h) Y el 18 septiembre 2013 se formula la presente demanda.

TERCERO.- Los motivos de oposición a la sentencia.

I.-) Planteamiento del recurso.

El recurso de la demandada reproduce en esencia los motivos de oposición a la demanda y acusa infracción del art. 1301 CC en relación con la caducidad de la acción, sigue manteniendo que la normativa aplicable no es la MiFID, y considera que la sentencia incurre en error en la valoración de la prueba en todo cuanto se relaciona con la información facilitada y el cumplimiento de las obligaciones legales, con rechazo del carácter abusivo de las cláusulas relativas a las divisas que, a su juicio, son elemento estructural del contrato y por tanto no cabe declarar su nulidad parcial como hace la sentencia.

Por el mismo orden damos cumplida respuesta a las cuestiones planteadas:

II.-) Caducidad de la acción de nulidad.

1. El argumento de la apelante es que el contrato se consumo en el momento de la perfección, al suscribirse la escritura de 5 agosto 2008, y desde ese momento hasta la presentación de la demanda ha transcurrido con exceso el plazo señalado en el art. 1301 CC de cuatro años para el ejercicio de la acción de anulación del negocio.

2. La Sala, siguiendo la doctrina establecida por la jurisprudencia (STS 24 mayo 2016 y las que cita), estima que tratándose de un contrato bancario complejo de tracto sucesivo para el inicio del plazo de ejercicio de la acción es determinante que se haya podido tener conocimiento del error o del dolo (STS 12 enero 2014), no pudiendo identificarse consumación con agotamiento de las prestaciones como hace la sentencia de instancia ni la consumación con el comienzo de la vigencia o ejecución de las prestaciones, lo que sería válido para los contratos de tracto único.

3. Consiguientemente, no podemos tomar como "dies a quo" la fecha de formalización de la hipoteca en 2008, tampoco la de la firma de la carencia en 2012 a pesar de que la propia entidad recurrente reconoce que el prestatario había expresado su "fastidio" por la diferencia de cambio, sino un momento posterior, en Agosto de 2012, cuando pudo despejar sus dudas sobre el verdadero alcance de la incidencia de la apreciación de la divisa sobre el capital debido que se había elevado de los 490.000 € iniciales a 762.519 € (STS 30 diciembre 2015 y 4 febrero 2016), con lo que presentada la demanda en septiembre de 2013 la acción no está caducada.

III.-) Naturaleza del producto. Deber de información y error vicio.

1. En el préstamo hipotecario tradicional que viene siendo considerado como un instrumento de ahorro, el prestatario recibe un dinero que debe devolver en un plazo determinado de antemano y a un tipo de interés también conocido, fijo o variable, generalmente el Euribor a un año más un diferencial, de tal forma que desde el primer momento el deudor conoce el capital debido y la relación que mantienen las amortizaciones con aquel, aunque pueda mediar una desvalorización del activo que sirve de garantía.

En la hipoteca denominada "multidivisa" el elemento primordial del préstamo es la divisa funcional utilizada, pues su fluctuación incidirá no solo en el tipo de interés a abonar, lo que también sucede en la hipoteca



tradicional a interés variable (Libor o Euribor), sino también, y muy importante porque es diferenciador, en la cuota de capital y el pasivo contraído para adquirirlo, pues de darse una apreciación de la divisa utilizada los prestamistas deben abonar cuotas de amortización más elevadas y en muchos casos deben por ello una cantidad en euros superior que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, que puede llegar a ser absolutamente desproporcionado respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamo.

De todo ello se obtiene una importante conclusión: la suscripción de un préstamo hipotecario multdivisa supone una dificultad añadida para el conocimiento de la naturaleza del producto, de su evolución a efectos de proceder al cambio de divisa funcional y los riesgos ínsitos en la operación que lo alejan del préstamo hipotecario ordinario.

2. En 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, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso.

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.

3. La naturaleza jurídica de este tipo de negocio jurídico, dice la STS 30 junio 2015, para determinar cuáles son las obligaciones de información que incumben a la entidad prestamista no es una cuestión pacífica. La Sala considera que la "hipoteca multdivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el 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 (Ley 1988) de acuerdo con lo previsto en el art. 2 de dicha Ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la LMV en relación con el art. 2.2 de dicha Ley.

La consecuencia es que la entidad prestamista está obligada a cumplir con los deberes de información que impone dicha Ley del Mercado de Valores, después de las modificaciones de la normativa MiFID por la Ley 47/2007, de 19 diciembre, que transpuso la Directiva 2004/39/CEE, de 21 abril, desarrollada por el Decreto 217/2008, de 15 febrero, y, en concreto, los del art. 79 bis. de la Ley del Mercado de Valores.

Por tanto, no existiendo cuando se concertó la operación, normativa comunitaria ni normas europeas comunes para las entidades de crédito que establecieran una obligación de información para las entidades financieras en relación con 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 permitiera a los clientes la adecuada valoración del riesgo, la normativa reguladora de estos extremos es la normativa MiFID.

Estas Directivas imponen a la entidad que presta servicios de inversión un deber de información al cliente de manera diligente y transparente (art. 79 LMV), imparcial, clara y no engañosa (art. 79 bis), lo que no deja de ser una manifestación concreta del elemental principio de buena fe contractual, correspondiendo la carga de la prueba a la entidad que presta el servicio dada la asimetría informativa existente entre las partes contratantes (STS 10 diciembre 2015).



5. En nuestro caso, la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el art. 79 bis de la LMV, 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 del 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, de acuerdo con la Memoria del Banco de España de 2012, lo que, como se ha dicho, esta Sala no acepta siguiendo la tesis del Tribunal Supremo.

Las consecuencias de esta infracción no son necesariamente la nulidad del contrato, de acuerdo con la normativa comunitaria MiFID (STJUE 30 mayo 2013, Caso Genil 48, S.L. y Sentencia 19 julio 2012, Caso Littelwoods Retali, C -591-10), lo que nos obliga a acudir al derecho interno. Tampoco el art. 79 bis sanciona con la nulidad la infracción de los deberes de información, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención, el expediente administrativo sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 97 LMV).

Ahora bien, no se niega que la infracción de estos deberes de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida que la falta de información pudiera provocar un error-vicio en la prestación del consentimiento, pues la jurisprudencia no considero que la mera infracción de estos deberes de información llevaba aparejada por sí sola la nulidad del contrato de pleno derecho. Singularmente, en materia de información al cliente minorista, al que se presupone carente de conocimientos adecuados para comprender productos complejos, estos deberes de información se revelan como esenciales para formar su voluntad y poder tomar una decisión con conocimiento de causa. No es el caso de quien, teniendo la consideración de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que no pudiera ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (STS 23 abril 2015).

Lo relevante para determinar 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. Esta presunción puede ser desvirtuada por 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 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.

IV.-) *Nuestro caso. Posición de la Sala.*

1. La entidad financiera recurrente ha insistido en el currículum personal de ambos contratantes, como licenciado en derecho, abogado en ejercicio, profesor de universidad y con un máster en dirección de empresa, en el caso de D. Plácido , y de empleada de banca en materia de recursos humanos, en el supuesto de la otra demandante Dña. María Consuelo , para considerar que tenían formación adecuada para conocer el producto o pedir información o asesoramiento sobre el mismo. Además, ha señalado: (i) La propia solicitud de los prestatarios de mejorar su financiación, esto es, no fue la entidad financiera quien se dirigió a ellos sino que fueron los clientes quienes acudieron para buscar una mejor financiación de la hipoteca; (ii) El periodo de negociación precontractual que duro tres meses; (iii) La explicación del producto mediante simulaciones y la entrega de documentación advirtiéndoles de los riesgos asociados, fundamentalmente de la posibilidad de aumento del capital a pagar; (iv) La fácil comprensión gramatical de las cláusulas financieras y el propio otorgamiento notarial; (v) Las operaciones anteriores contratadas por los demandados: tres préstamos hipotecarios y fondos de inversión en renta variable; (vi) La entrega de una llave para conocer día a día la evolución del tipo de cambio de la divisa Yen japonés y el acceso a los informes bimestrales del banco sobre la evolución del mercado de divisas; y (vii) En fin, la formalización de una carencia de capital durante 24 meses sin queja alguna, a lo que luego nos referiremos.

2. La Sala estima que no se ha cumplido el deber de información cualificado que debe prestarse a un cliente minorista y ello por las siguientes razones:

(i) Es cierto que los actores acudieron a Bankinter para solicitar abaratar la financiación del préstamo hipotecario que tenían contratado con La Caixa y que en ese momento tenía un tipo de interés variable, referenciado al Euribor, del 4,69%, pero no consta que Bankinter les haya ofertado otro producto que no fuera una hipoteca multivisa (doc. 12, pág. 159).

(ii) Su formación profesional está orientada a los recursos humanos sin relación alguna con el derecho bancario o los contratos o instrumentos financieros complejos. Por cierto, que las hipotecas tradicionales son productos no MiFID y los fondos de inversión en renta variable son productos MiFID no complejos.



(iii) Las simulaciones que se les presentaron son muy limitadas (doc. 16, f. 275 vto.), se refieren a escenarios con diferenciales de cotización de la divisa funcional (yen) muy cortas, incapaces de advertir por llamativas las consecuencias del riesgo de una abrupta elevación de la cotización en relación con el euro, y además no están firmadas.

(iv) La entrega de documentación no suple la información porque el problema no es de documentación sino de información, y esta no se realizó de manera completa. En el momento de la contratación del producto financiero la divisa YenJ se encontraba en un pico bajo y los tipos de interés en Europa (Euribor) alto, pero todos los analistas apostaban por una bajada de tipos en la zona Euro y una apreciación del Yen, lo que se produjo al mes siguiente, de ahí que nada más formalizar la hipoteca los prestatarios estuvieran perdiendo (riesgo implícito), como señaló el actor. De esta esencial circunstancia no se informó a los clientes. Eso sí, se les entregó una llave para acceder a las cotizaciones euro/yen y los informes de previsión de la entidad y de ahí, con posterioridad, obtuvieron esa información, no de los empleados de Bankinter que nada les dijeron antes de la firma. El escenario presentado (doc. 12, f. 259) es excelente, por ello no extraña que hayan optado por la divisa Yen frente al dólar USA, el franco suizo o el propio euro.

(v) La fácil comprensión gramatical de las cláusulas financieras de la hipoteca y el otorgamiento notarial no añade nada y no implica conocimiento de la carga económica del contrato, de los riesgos asumidos caso de una severa revalorización de la divisa Yen, que en el año 2012, es decir, cuatro años después de la formalización de la hipoteca, había llevado a los prestatarios a deber en agosto de 2012, incluso después de haber abonado todas las cuotas de amortización, la suma de 762.519.-€ frente a los 490.000.-€ solicitados en divisa YenJ, lo que les impulsó a pedir la carencia de capital que se materializó en la escritura de 12 abril 2012.

(vi) No se les informó de otro dato esencial y es que el propio banco se había reservado la posibilidad de activar el vencimiento anticipado del contrato si la fluctuación del yen superaba en un 25% la garantía hipotecaria (Cláusula 6º.bis.1), y como contrapartida no se les ofertó la contratación de un seguro de cambio para evitar consecuencias tan perjudiciales, lo que venía siendo exigido por el R.D.Ley 2/2003, de 25 abril y la posterior Ley 36/2003 (art. 19), y

(vii) La propia imprevisibilidad alegada por el banco sobre la evolución de la divisa es argumento que abona la tesis de que el producto ofertado era inadecuado para los clientes, que lo único que perseguían era mejorar el coste de la financiación, y no puede excusarse con descargos de responsabilidad como los incluidos en los doc. 15 y 16 (f. 273 y 274) inaceptables en quien presta servicios de inversión, como tampoco en la posibilidad de acceder a las cotizaciones y cambiar la moneda funcional a otra divisa más favorable cada mes de vencimiento. No lo hicieron los actores-apelados ni una sola vez y ello es prueba de que no conocían el funcionamiento del instrumento financiero.

3. En conclusión, además de que el producto ofertado no era adecuado para unos clientes de perfil conservador/moderado se les ofreció una defectuosa información sobre los riesgos del producto contratado y no disponían de los conocimientos suficientes para conocer el alcance del producto, por lo que se aprecia error excusable de los actores en la prestación del consentimiento.

V.-) La confirmación del negocio jurídico.

1. La demandada apelante mantiene que la conducta de los demandados, al pedir la nulidad del contrato va contra sus propios actos, y la carencia de capital solicitada por los prestatarios y concedida por el banco en la escritura de 12 abril 2012 no hace sino confirmar el negocio inicial.

2. La Sala entiende que la carencia de capital no se explica más que por el interés del propio banco en mantener un producto que le era beneficioso y no hay confirmación del contrato. En efecto, como indica la STS 15 octubre 2015 *"la confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración"*.

3. Y en nuestro caso no concurre el requisito del conocimiento y cese de la causa de nulidad que exige el art. 1311 del Código Civil. La vigencia y desenvolvimiento del contrato durante cuatro años, que se corresponde con el aumento de las cuotas de amortización mensual y del capital prestado y la posterior solicitud de carencia, no constituye ninguna confirmación del negocio, pues en ese tiempo los prestatarios no eran conscientes del vicio, ya que lo fueron posteriormente, en agosto de 2012, cuando advirtieron que el capital debido era muy superior (casi el 50%) al capital prestado. Fue entonces cuando conocieron el riesgo que encerraba el producto contratado y del cual no les informaron. Conforme a la jurisprudencia del TS (STS 10 noviembre 2015) la confirmación expresa o tácita debe realizarse después de que hubiera cesado la causa



que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, lo que no ocurre en este caso. Por eso, no hubo confirmación del negocio, ni expresa ni tácita.

4. Y, desde otro ángulo, ambos negocios están funcionalmente conectados, no se trata de una operación la carencia que se contrata de forma autónoma, sino con la finalidad de que pasado el tiempo convenido mejorase la paridad Yen/Euro y de esa forma pudieren enjugar los resultados desfavorables anteriores. Este efecto encadenado de los dos contratos responde a una unidad intencional y la causa de nulidad del primer negocio debe trascender al segundo puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos, el segundo no se hubiere concertado de no existir el primero, conforme al principio de que "quienes juntos nacieron, juntos caerán" (STS 10 noviembre 1964 y 17 junio 2010).

VI.-) *Los efectos sobre la eficacia del negocio.*

1. La apelación combate la nulidad parcial del préstamo solicitada por los actores apelados y concedida en la sentencia por entender que la cláusula multidivisa es elemento esencial y estructural del contrato que no permite su anulación parcial para referenciar el préstamo al Euro desde el primer momento de la contratación.

2. El TJUE en su sentencia de 30 abril 2014 (C-26/2013), aunque referida a contratos celebrados con consumidores, lo que no es el caso, entiende que es el juez nacional quien debe decidir lo que es objeto principal del contrato en contratos celebrados bajo condiciones generales de contratación que no han sido objeto de negociación individual, lo que nos puede servir de orientación.

3. La petición de los actores-apelados de que se declare la nulidad de las respectivas cláusulas de "opción multidivisa" que figuran en la escritura de hipoteca de 8 agosto de 2008, es coherente con la naturaleza del préstamo concertado en YenesJ, porque la mencionada opción no puede ejercitarse sin grave perjuicio para el cliente por la fluctuación de la moneda.

Sin embargo, esta petición de nulidad debe ser matizada porque no se trata de anular en su integridad la denominada "cláusula multidivisa", y los propios apelados lo dicen en su demanda (y/o su aplicación en yenes), y expulsarla del contrato sino de anularla solo en parte, en la medida en que la posibilidad de salir de la divisa yenes no es en sí misma perjudicial para el cliente bancario, sino que el perjuicio se le causa al verse obligado a liquidar la equivalencia en euros según la paridad vigente en el momento en que ejercite la opción.

4. Por tanto, lo procedente es establecer que la opción que el demandante ha manifestado querer ejercitar le permite referenciar a euros el préstamo, de modo que la equivalencia entre una y otra moneda no debe establecerse en el momento de ejercitar la opción sino en relación a la fecha de la escritura de 5 agosto 2008, de la que se deriva la carencia de capital de 12 abril 2012, sin verse obligados a soportar la fluctuación experimentada por la moneda, y permitiéndoles liquidar la deuda directamente conforme a la equivalencia en euros vigente en aquél momento.

De ahí que sea procedente anular en parte esta cláusula de opción, lo que permite conservar el negocio (art. 10 Ley 7/1998 de CGC , art. 4 de los P.U. - Principios Unificadores de Contratos -, art. 40.2 del CEC - Código Europeo de Contratos - y 5.106 de los PDEC -Principios de Derecho Europeo de Contratos) en la medida en que para salir del yen precisan abonar su valor en euros al tiempo de la opción, y entender que el préstamo debe referenciarse en euros y que los demandantes-apelados pueden salirse de la divisa según la equivalencia existente el 5 agosto 2008, lo que conlleva que se imponga a la entidad financiera la obligación de efectuar el recalcule de los intereses que deberán haber abonado los actores con arreglo a la indicada moneda al tipo pactado para los casos en que el capital pendiente esta en euros, y fijar definitivamente en esta moneda el capital pendiente de amortizar.

CUARTO.- Régimen de costas.

Al desestimarse el recurso las costas se imponen a la recurrente (art. 398.1 LEC).

FALLO

EL Tribunal decide:

1º.- Desestimar el recurso de apelación formulado por BANKINTER S.A. frente a la sentencia de 20 julio 2015, dictada por el Juzgado de 1º Instancia Nº 2, de Tarragona, en Procedimiento Ordinario nº 1160/2013, que se confirma.

2º.- Imponemos las costas al a la recurrente.

Con pérdida del depósito constituido.



La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469 - 477 Disposición Adicional 16ª LEC), y se interpondrá en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

Firme esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ