



Roj: **SAP M 10733/2016 - ECLI:ES:APM:2016:10733**

Id Cendoj: **28079370132016100344**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **13**

Fecha: **12/09/2016**

Nº de Recurso: **14/2016**

Nº de Resolución: **353/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE GONZALEZ OLLEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI 507/2015,**
SAP M 10733/2016

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimotercera

C/ Ferraz, 41 , Planta 3 - 28008

Tfno.: 914933911

37007740

N.I.G.: 28.007.00.2-2014/0003929

Recurso de Apelación 14/2016

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 02 de Alcorcón

Autos de Procedimiento Ordinario 385/2014

APELANTE:: BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

APELADO:: D./Dña. Guillerma y D./Dña. Gervasio

PROCURADOR D./Dña. ELENA QUEREJETA SOTO

SENTENCIA N° 353/2016

TRIBUNAL QUE LO DICTA

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. CARLOS CEZON GONZÁLEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS

D. JOSÉ LUIS ZARCO OLIVO

Siendo Magistrado Ponente **D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS**

En Madrid, a doce de septiembre de dos mil dieciséis. La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario sobre nulidad parcial de contrato de préstamo con garantía hipotecaria, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Alcorcón, seguidos entre partes, de una, como demandantes-apelados D. Gervasio y DOÑA Guillerma , representados por la Procuradora Dª. Elena Querejeta Soto y asistidos de la



Letrada D^a. Patricia Gabeiras Vázquez, y de otra, como demandado-apelante BANKINTER S.A., representado por el Procurador D. Francisco Abajo Abril y asistido de la Letrada D^a. Patricia Borrás Cebrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 2, de Alorcón, en fecha seis de mayo de dos mil quince, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda de Juicio Ordinario formulada por Don Gervasio y Doña Guillerma representados por el Procurador Doña Elena Querejeta Soto contra la entidad bancaria BANKINTER S.A., sobre nulidad parcial de contrato de préstamo con garantía hipotecaria

DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por las partes el día 11 de diciembre de 2007 en su referencia a las divisas en él mencionadas, declarando que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 268.000 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también el euros, condenando a dicha entidad bancaria a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella derivase, así como al pago de las costas procesales. "

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, del cual se dio traslado a la parte apelada, elevándose los autos ante esta Sección en fecha **catorce de enero de 2016**, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y FALLO**, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **siete de septiembre de dos mil dieciséis**.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de la apelante Bankinter S.A. demandada en primera instancia, se interpone recurso contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1^a instancia. nº 2 de Alorcón con fecha 6 de mayo de 2015, estimatoria de la demanda de nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en escritura pública, con condena en costas a la demandada, interpuesta por los actores hoy apelados D. Gervasio y D^a Guillerma, con base en las alegaciones que luego se expondrán.

SEGUNDO.- Se aceptan los hechos y los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a los de la presente sentencia.

TERCERO.- Sucintamente en la *demanda iniciadora* del procedimiento exponían los actores D. Gervasio y D^a Guillerma, el primero ingeniero técnico industrial de instalaciones, y la segunda antigua dependiente y ama de casa, que el 11 de diciembre de 2007 habían suscrito un préstamo hipotecario multidivisa por importe de 268.000 euros con la demandada; y que a pesar de que a 9 de abril de 2014 habían abonado 105.214,28 euros en concepto de principal e intereses, adeudaban 308.718,149 euros, es decir un 15,19% más de lo pedido y un 59,10% más de lo que deberían haber debido, si hubieran concertado una hipoteca convencional. Que nunca se les informó que el capital prestado, además de las cuotas de amortización, podría incrementarse, como consecuencia del cambio de euros a yenes, por lo que se trataba de un producto híbrido que contenía un derivado implícito. Para justificar su petición principal de nulidad parcial del contrato invocaban los Informes Periciales de D. Juan Luis (Catedrático de Economía Financiera de la Universidad de Madrid), y D. Cecilio (Licenciado en Derecho por la Universidad de Madrid y Master en Mercados Financieros por diversas entidades); y para calificar el producto como un derivado financiero, citaban el art. 2 de L.M.V., la Norma NIC 39 de Contabilidad, la Ley de Defensa de los Consumidores, la jurisprudencia del T.J.U.E. y la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre Transparencia en las Condiciones Financieras. Se referían luego a la información que para ser relevante tendría que haberse facilitado por la entidad prestamista, para cumplir con la normativa financiera y la protección de los consumidores, las resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Añadían, que en estas condiciones, procedieron a suscribir notarialmente la citada escritura de préstamo hipotecario sin que la entidad prestamista pusiera a su disposición la misma con la debida antelación, ni se les hiciera una preceptiva oferta vinculante, ni fueran suficientes las explicaciones obrantes en dicha escritura. Mencionaban luego, que apenas dos meses después, el euro inició una fuerte depreciación con respecto al yen que fue conocida por la entidad financiera en el momento de la suscripción de la hipoteca, procediendo los demandantes a cambiar a francos suizos para luego retornar nuevamente a yenes, con la consiguiente



pérdida. Procedieron luego a efectuar diversas reclamaciones que resultaron inútiles. Y alegaban la falta de transparencia y abusividad del contenido de la escritura, así como la falsa apariencia de estar ante un préstamo en yenes y no en euros. Por todo ello interesaban: a) se declarara la nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito en escritura pública, declarando que la cantidad adeudada era el saldo vivo referenciado a euros, resultante de disminuir el importe prestado de 268.000 euros; subsidiariamente pedían la nulidad total del referido préstamo, condenando a la entidad a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en euros, aplicando las mismas condiciones pactadas en la escritura en relación con los intereses, que se fijarían en el libor + 0,76% para evitar que el fallo fuera inejecutable, dadas las condiciones del mercado; subsidiariamente, la resolución del mismo contrato con indemnización de daños y perjuicios de la mencionada pérdida, siguiendo los criterios del informe pericial; y subsidiariamente, la condonación de la deuda pendiente de pago en aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus"; y en todos los casos con condena en costas a la demandada,

La *demandada* se opuso alegando, también en esencia, en primer lugar, que el préstamo no se formalizó en euros sino en yenes, siendo la deuda el contravalor de los yenes a euros, tal y como se desprendía de la lectura literal de las cláusulas del contrato; en segundo lugar, que no se estaba en presencia de un derivado financiero implícito o explícito susceptible de escindir del contrato suscrito, sino de un contrato único, (préstamo hipotecario en moneda extranjera) al que no eran aplicables ni la L.M.V. ni la Normativa Mifid, (que ni siquiera había entrado en vigor en el momento de la firma del contrato), ni ante un producto de inversión como afirmaban la jurisprudencia del T.S. y la Memoria de Reclamaciones del Banco de España; en tercer lugar, que la pretensión de nulidad parcial era incongruente con las consecuencias jurídicas propias de dicha pretensión, porque la actora, para evitar las consecuencias de la nulidad parcial, acudía al artificio de transformar completamente el producto con carácter retroactivo, eludiendo el carácter esencial que tenían las cláusulas del contrato, citando en apoyo de su pretensión algunas sentencias. Añadían que no era cierta la imputación de falta de información en la fase previa a la suscripción del contrato, y por tanto negaban la existencia de error alguno, porque no fue la prestamista la que ofreció al actor la hipoteca multidivisa, cuyo funcionamiento conocía de antemano tal y como se deducía de los emails que aportaba, ni tampoco la supuesta falta de información notarial, tal y como se advertía de la escritura de la propia escritura, en la que además de constar numerosas advertencias, se referenciaba la deuda al Euribor más un diferencial, cuando era en euros, y al libor más un diferencial, cuando lo era en divisa extranjera. Negaba luego la necesidad de asesoramiento, ni siquiera de informar sobre los tipos de cambio, ya que el contrato de autos lo era solo de préstamo, a pesar de lo cual procuró al cliente informaciones sobre la evolución del yen, como se desprendía de los documentos aportados, siendo ello el motivo que impulsó al Sr. Gervasio a concertar el préstamo en yenes, habiendo concertado además un seguro de cambio para así asegurarse las posibles oscilaciones de las divisas. Finalmente afirmaba, que las explicaciones dadas por el Defensor del Cliente, organismo independiente de Bankinter fueron claras informándole sobre los riesgos que asumió al contratar un préstamo en divisas.

El *Juzgador de instancia* estimó la petición principal de la demanda.

CUARTO.- Debemos anticipar que del examen del suplico de la demanda se desprende que tanto la pretensión principal (nulidad parcial del contrato), como las subsidiarias, interesan la petición de nulidad del mecanismo multidivisa previsto en la escritura de préstamo hipotecario suscrita, integrando el contrato con el resto de cláusulas, sin referencia alguna al mecanismo en divisas distintas al euro, de forma que se mantenga el préstamo, si bien en la moneda divisa en euros. En definitiva, no se trata de anular, extinguir o resolver el contrato sino de lograr como solución su conversión a la moneda euro, sin cláusula multidivisa por vulneración de las normas imperativas de la Ley de Consumidores y Usuarios, Ley de Condiciones Generales de Contratación, Ley de Mercado de Valores y como consecuencia de dichas infracciones provocar el error en el consentimiento de los contratantes.

Igualmente conviene hacer constar que aunque este mismo Tribunal, en algunas resoluciones, ha concedido validez a los "préstamos en divisa extranjera" diferenciándolos de los "prestamos multidivisa", como ha sostenido el T.S. en Sentencias tales como la de 21 de noviembre de 2.012, serán las concretas circunstancias que concurran en cada caso, tanto subjetivas de los contratantes, como objetivas, las que determinarán si en el momento de la perfección del negocio concierne error en el consumidor (en nuestro caso) contratante.

QUINTO.- Antes de entrar en el examen de los motivos del recurso, debemos consignar como hechos probados, bien por reconocimiento de las partes, o porque así resulta de la documental aportada los siguientes:

1º) El 11 de diciembre de 2.007 los actores suscribieron en escritura pública un contrato de préstamo hipotecario en divisas con la entidad Bankinter, por importe de 268.000 euros, haciendo constar en el Exponendo II, que la sustitución de la divisa utilizada no supondría la elevación del límite pactado inicialmente, asumiendo los prestatarios explícitamente los riesgos de cambio que pudieran originarse durante la vida del contrato...incluida la posibilidad de que el contravalor en la divisa elegida pudiera ser superior al límite pactado.



Son de destacar: a) *Las cláusulas financieras, primera* en la que se pactó el capital del préstamo (268.000 euros) por su contravalor en divisas, calculado al cambio vendedor de los euros que oferte Bankinter que inicialmente quedó formalizado en 44.662,200 yenes japoneses; *segunda* en la que se pactó el sistema de amortización por medio del pago de 240 cuotas mensuales de 223.605 yenes; *tercera*, el tipo de interés aplicable que se calcularía mediante la adición al libor de un tipo de referencia para el caso de pago en divisa, o al Euribor más un diferencial en el caso de pago en euros, autorizándose a la prestataria para sustituir la divisa elegida por otra al vencer cada periodo de amortización. b) *La cláusula de garantía primera* según la cual, en garantía de pago de lo pactado, los prestatarios constituyen hipoteca en favor de Bankinter sobre la finca que más tarde describieron.

2º) El 24 de febrero de 2.012 suscriben una nueva escritura de novación del préstamo hipotecario ampliando el periodo de carencia del préstamo en veinticuatro meses.

SEXTO.- En la *primera de las alegaciones* de su recurso, la apelante, afirma la inviabilidad de la pretensión principal ejercitada en la demanda dado el carácter esencial de las cláusulas cuya supresión solicitó, incompatible con las consecuencias jurídicas pretendidas, y con la prohibición de integrar el contrato, contraria a la jurisprudencia del T.J.U.E. y a la Ley de Consumidores, lo cual comportaría la confección de un producto nuevo, porque la supresión de cláusulas esenciales del contrato, como son las relacionadas con las divisas, anularía la esencia del préstamo lo que es incompatible con el mantenimiento del contrato. La misma sentencia, contradictoriamente, de una parte confirma la prohibición del integración, y de otra acoge la nulidad parcial.

En la *segunda* discute la calificación que en torno a la naturaleza jurídica del préstamo contratado hace la sentencia, insistiendo que se trata de un préstamo hipotecario con obligación de pago en moneda extranjera, y no de un derivado implícito o explícito independientemente de dicho préstamo que precise de una información especial, y por ello, no le es aplicable la L.M.V., ni la normativa Mifid, que además, en la fecha de contratación no estaba en vigor. El riesgo de contratación del préstamo en divisas además de inherente al contrato, era conocido por los actores.

En la *tercera* insiste en la ausencia de los incumplimientos normativos denunciados por supuesta vulneración de normas imperativas, así como en la innecesariedad de la obligación de asesoramiento y de clasificación del cliente en minorista o profesional, y vuelve a reiterar la inaplicación al caso de la normativa Mifid y de la L.M.V., habiendo por el contrario cumplido las exigencias de la Orden de 5 de mayo de 1.994, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, además de las advertencias contenidas en la propia escritura pública de suscripción del préstamo, y de los arts. 80 y 82 del T.R. de la Ley de Consumidores y Usuarios. De la simple lectura de las cláusulas del contrato, como son las referidas a la entrega por el Banco de una cantidad de dinero que el prestatario se compromete a devolver en divisas; del cuadro de amortización de las cuotas conforme a lo pactado; de la opción de cambio de moneda sin necesidad de autorización del Banco; del tipo de interés aplicable referido al libor + más un diferencial cuando se entrega moneda diferente al euro, o al euro + diferencial cuando la moneda de endeudamiento es en euros, se desprende la claridad, concreción y sencillez de dichas cláusulas.

En la *cuarta* denuncia la errónea valoración de la prueba sobre la existencia del error y el dolo, la ausencia de vicios en el consentimiento y la inviabilidad de la nulidad parcial y total, porque contrariamente a lo que afirma la sentencia: 1) el perfil del Sr. Gervasio excluye la existencia del error acerca de la comprensión de los riesgos inherentes al préstamo de autos, como se desprende de la documental (emails) aportada, acreditativa de que estaba al día de la evolución de la economía; 2) que estamos en presencia de un solo contrato de préstamo hipotecario, no de un derivado financiero en el que el aumento de la deuda se produjo como consecuencia del aumento de cotización entre divisas; 3) que nada impide la contratación de este tipo de préstamo por particulares, ni su suscripción exige conocimientos financieros; 4) que la iniciativa de la contratación partió del demandante; 5) que en contra de lo afirmado, se facilitó verbalmente al contratante información veraz sobre el préstamo y su funcionamiento y se hicieron simulaciones en papel, como se desprende de la documental aportada y de la escritura notarial suscrita; 6) que también le fue suministrada información posterior sobre la evolución de los tipos, y así también se desprende la documental obrante en autos; 7) que tampoco hubo error en cuanto a la moneda en que el prestatario se endeudó y en la que debía devolver el préstamo, y también resulta de la documental aportada. Finalmente, que en el presente supuesto, no concurren los requisitos precisos para que el error vicie el consentimiento tales como la esencialidad, ya que aún en el caso de no se advirtiera de la fluctuación, la misma no es esencial; la excusabilidad, ya que el prestatario pudo con una mínima diligencia cual era la simple lectura de la escritura apercibirse de lo que firmaba; y por último el error debe ser interpretado restrictivamente.

En la *quinta* afirma, que aun en el hipotético caso de mantener la existencia del vicio en el consentimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.309 del C.C., este habría quedado extinguido porque el contrato



fue confirmado válidamente por la actora a través de su conducta en los años posteriores a la firma al haber pagado numerosas cuotas.

En la *sexta*, que son también inviables sus subsidiarias pretensiones de resolución del contrato invocando el art. 1.124 del C.C. por las mismas razones antes expuestas.

Y en la *séptima*, que la estimación del recurso debería conducir a la imposición a la actora de las costas del procedimiento.

SEPTIMO.- Para responder a los precitados motivos comenzaremos por decir que las " *hipotecas multidivisas* " han sido objeto de diferentes resoluciones judiciales que han destacado la considerable complejidad que las mismas entrañan para clientes minoristas sin la adecuada formación financiera, por cuanto es necesario conocer la operativa de referencias como el Libor (London Interbank Offered Rate, o tasa de interés interbancaria del mercado de Londres), así como de los diversos factores que inciden en su variación, sobre los que el común de los ciudadanos carece de la necesaria información, siendo una de las cuestiones más controvertidas, si este tipo de hipotecas están o no sometidas a la normativa Mifid, como posible "derivado financiero". El T.S. en su reciente Sentencia de 30 de junio de 2.015 las ha definido como " *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* ", añadiendo que " *Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda..... "y que " 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*".

También debemos añadir que no puede sin más predicarse de los préstamos hipotecarios, sean un "derivado financiero". El mismo T.S. en la precitada Sentencia expone, que aunque se puedan producir los mismos resultados desfavorables para los prestatarios, y aunque dada la fecha de contratación del préstamo no le eran aplicables ni la reciente Ley 1/2013 de 14 de mayo del Mercado de Valores, ni la normativa Mifid, la entidad bancaria no estaba exenta del deber de informar detallada y adecuadamente de las condiciones del contrato de préstamo hipotecario multidivisa, porque claramente nos encontramos ante consumidores que solicitaron el préstamo para adquirir una vivienda, a los que amparaba la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente en el momento en que se celebró el contrato de préstamo, que establecía en su art. 1.2 lo siguiente : " *A los efectos de esta Ley son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden* ", y lo dispuesto en su art. 7 según el cual " *Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley* ", en el art. 10.2 según el cual " *en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor* ", y el art.13.1.d) según el cual " *los productos y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios permitan de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre "Precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el importe de los incrementos o descuentos, en su caso, y de los costes adicionales por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento o similares* ". En definitiva y como dijo la Sentencia de esta misma Sección de 28 de marzo de 2.016 (Pte. Sr. De Bustos) "en atención a la fecha en que se perfeccionó la escritura de "préstamo con garantía hipotecaria" (en nuestro caso 11 de diciembre de 2007), las disposiciones legales aplicables con carácter principal son:

La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en las reformas efectuadas con anterioridad a la perfección del contrato (artículos 1 , 10 y 13)

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (artículos 1 , 2 , 5 , 6 , 7 , 8 y Disposiciones Adicionales Primera y Segunda, que modifican la Ley 26/1984 y la legislación hipotecaria). Aplicación refrenda la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 .

- La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de febrero. En el referido artículo se dispone que los contratos entre las entidades de crédito y la clientela se formalizarán por escrito debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y sus



derechos ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras (a); imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito (b); efectuar la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a préstamos a intereses variables (c); determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, tal información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si se ajustan a sus necesidades y cuando puede verse afectada su situación financiera (d). El apartado 3 del artículo 48 establece que las disposiciones que puedan dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias contempladas en el número 2 no podrán ofrecer un nivel de protección de la clientela inferior al que derive de las disposiciones que se aprueben por el Ministro de Economía y Hacienda al amparo de dicho número.

- La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de dicha Orden -artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo -artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento - artículo 7-.

OCTAVO.- Ahora bien, como ha dicho acertadamente la Sentencia de la Sección 19ª de la A.P. de Barcelona, de 19 de enero de 2.016 "Sentada la naturaleza del producto contratado con arreglo a la jurisprudencia emanada por el TJUE, hemos de destacar que aun cuando corresponde a la actora la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, por su parte corresponde a(en nuestro caso Bankinter S.A.) acreditar que dio a los prestatarios información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación de la " hipoteca multidivisa " en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado. En este sentido la S.T.S de 24 de marzo de 2015 recogiendo la doctrina sentada por las SSTs de 8 de septiembre de 2014 , 9 de mayo de 2013 y 18 de junio de 2012 establece lo siguiente: 1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, cual es , la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre , 375/2010, de 17 de junio , 401/2010, de 1 de julio , y 842/2011, de 25 de noviembre , y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio , 827/2012, de 15 de enero de 2013 , 820/2012, de 17 de enero de 2013 , 822/2012, de 18 de enero de 2013 , 221/2013, de 11 de abril , 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio3 .- Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de un cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato." Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación - en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio..... Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

En nuestro caso, del análisis e interpretación del propio clausulado contenido en la escritura de suscripción del préstamo hipotecario multidivisa podemos concluir, que se trata de una cláusula redactada por la entidad



financiera sin intervención de los prestatarios, y que éstos tienen la condición de consumidores con arreglo a la normativa de consumidores y usuarios, que hemos citado, entonces vigente; de forma, que contrariamente a lo que afirma la recurrente, no podemos afirmar que su redacción sea clara y comprensible a fin de que los demandantes pudieran conocer con sencillez, tanto la carga económica, como jurídica que suponía el mecanismo multidivisa; y ello, como dice la precitada Sentencia de la A.P. de Barcelona, *"tanto desde el punto de vista gramatical o de redacción, como de los riesgos concretos asociados a su concreto y determinado funcionamiento, máxime dadas las condiciones que concurren en el concreto y presente supuesto, en el que ningún conocimiento de la propia mecánica y operativa del mecanismo resulta tuvieron"* los prestatarios, en nuestro caso D. Gervasio , de profesión ingeniero Técnico Industrial, sin acreditada experiencia financiera, de perfil minorista y conservador , y todavía más su esposa D^a Guillerma , solamente ama de casa; quienes contrariamente a lo que también afirma la apelante, los productos que contrataron lo fueron con fecha posterior a la suscripción del contrato objeto de la litis. Al igual que sucedió en el caso resuelto por la precitada sentencia, no puede desconocerse que la cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato cumple una función definitoria del mismo, y la referencia que se hace en el mismo al tipo de divisa o moneda concreta elegida (yen japonés) es clara y sencilla, y se ubica dentro de la cláusula primera reguladora del capital del préstamo, con tratamiento autónomo y diferenciado. Y, si bien se explica con sencillez el mecanismo de cambio o de sustitución de la divisa elegida, y la forma en que pueden hacerlo los prestatarios en cualquier momento durante la duración del contrato, reflejando a tal efecto el Banco la liquidación correspondiente al cambio de la divisa que se sustituya al cambio vendedor y la que se introduce al cambio comprador (incluido el Euro), las cláusulas que se refieren no ya al cambio de moneda sino a la forma de calcular los intereses que se devengan en dichos supuestos, son complicadas y oscuras, pues parece de una parte que el referido cambio de divisa no va a suponer ninguna elevación en el importe del préstamo, y sin embargo la afectación a los saldos pendientes de cambio parece indicar justamente lo contrario. Ya en el mismo Exponendo de la escritura de préstamo se dice que *" el prestatario reconoce que este préstamo esta formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato exonerando a Bankinter S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la divisa elegida pueda ser superior al límite pactado "*. El equívoco se patentiza también a continuación cuando se sigue diciendo que *" Si se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula 7ª de las financieras"* de forma que el Banco puede resolver el contrato cuando el contravalor de la divisa elegida sea superior al "límite pactado", "límite" que se ignora si se refiere solo al cubierto por la garantía hipotecaria o al de la deuda existente en ese momento. La redacción es también en este extremo confusa o poco clara. Lo que en definitiva se trata de determinar es si cuando los prestatarios contrataron el producto financiero conocían, de modo comprensible y completo, el real alcance de los riesgos asociados a la fluctuación de la divisa en la paridad yen/euribor en toda su extensión. No evidentemente de la fluctuación inherente al tipo de cambio entre la divisa escogida y el Euro propio del mecanismo multidivisa, esto es las fluctuaciones lógicas que pueden experimentar los tipos de cambio de las distintas divisas, sino si al tiempo de celebrar el contrato, tuvieron la oportunidad real de conocer los riesgos inherentes al mecanismo multidivisa, y muy especialmente el riesgo de tipo de cambio y la posibilidad de sufrir una variación al alza del principal en caso de depreciación del Euro respecto del yen, o apreciación yen/euro para el supuesto de que hiciese uso de la facultad conferida en la propia cláusula de cambio de divisa. Y en el caso de autos, de las pruebas practicadas se desprende que a tenor de los hechos expuestos, disposiciones legales aplicables y jurisprudencia citada, concurre en los actores error vicio en el consentimiento emitido por incumplimiento de Bankinter S.A. de los deberes legales de información, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1258 , 1261.1 , 1265 y 1266 en relación con el artículo 1300 y siguientes del Código Civil , y ello con base en las siguientes razones:

Los actores no son expertos financieros y carecen de los conocimientos precisos y cualificados para contratar instrumentos financieros sobre productos como el que suscribieron con fecha 11 de diciembre de 2007 (préstamo multidivisa), ya que con anterioridad únicamente había concertado un préstamo ordinario con garantía hipotecaria con una entidad bancaria distinta a la demandada, cuyo elevado coste pretendía reducir con aquél, por lo que en atención a sus respectivas situaciones personales y perfiles de clientes no profesionales, exigía una clara y suficiente información precontractual por parte de Bankinter S.A., que le permitiera alcanzar una cabal comprensión de las cláusulas financieras referidas a la divisa elegida y, de modo más concreto, al cálculo del valor la cuota de amortización periódica y a la repercusión del tipo de cambio en el capital del préstamo que, a resultas de sus fluctuaciones, podía experimentar un gravoso incremento.

No se facilitó a los demandantes un folleto informativo del producto que contrataron, que les hubiera permitido conocer su contenido y de modo especial aquéllas cláusulas financieras concernientes a la divisa elegida y, en su caso, solicitar las aclaraciones y explicaciones necesarias sobre los extremos dudosos o de difícil comprensión.



Tampoco resulta acreditado que la demandada realizara por escrito una oferta vinculante del préstamo que, incluso, hubiera permitido a los demandantes buscar un asesoramiento de terceros sobre la conveniencia del producto en atención a la finalidad que pretendía obtener, que no era otra que abaratar el coste de la hipoteca que ya pesaba sobre la finca de su propiedad, y sus circunstancias personales, sobre todo cuando el plazo de amortización era de treinta años, que no hacía posible realizar una predicción ni siquiera aproximada de las fluctuaciones de la moneda.

d) Antes de la firma de la escritura, no se puso a disposición de los actores el proyecto o borrador de aquella en la notaría con la antelación que marca la Orden de 5 de mayo de 1994 (artículo 7), ni después el Sr. Notario en el momento de la firma le efectuó la advertencia prescrita sobre el riesgo que conllevaba la fluctuación del tipo de cambio, con indicación de sus efectos.

e) La información verbal que supuestamente facilitaron a D. Gervasio , se muestra totalmente insuficiente, como puso de manifiesto sus declaraciones, ya que, aunque los empleados del Banco en la vista del juicio manifestaron que realizaron simulaciones en periodos anteriores con datos pasados, no lo hicieron sobre el impacto futuro que podía afectar al capital prestado, reconociendo que era un producto muy específico que no se ofrece a todo el mundo.

Se debió evaluar, y no se hizo, la conveniencia del producto para los demandantes, teniendo en cuenta su nivel escaso de formación y conocimientos sobre su funcionamiento y el gran riesgo que comportaba, como requería un proceder acorde a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y deberes de las partes, que en este caso era desigual, posición que exige a las entidades de crédito velar por los intereses de sus clientes como si fueran propios, siendo verosímil que de haber sido informado D. Gervasio con claridad y sencillez sobre los grandes riesgos que asumía, no hubiera suscrito el contrato de préstamo, que por ello queda viciado por error en el consentimiento que prestó y da lugar al acogimiento de las alegaciones que, con una causa común de haberse procedido erróneamente a valorar la prueba practicada sobre la información facilitada por Bankinter, dan sustento al recurso de apelación.

e) Por último, este Tribunal comparte totalmente, el pronunciamiento emitido por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Alcorcon sobre la nulidad de cláusula de yen japonés incluida en la escritura de préstamo de 11 de diciembre de 2007.

NOVENO.- Por lo que se refiere a la alegación según la cual no se ha infringido lo dispuesto en los arts. 1.262 y sgts. del C.C . y 10.2 de la L.G.D.C.U . Como viene reiterando la doctrina legal recogida entre otras en la Sentencia del Pleno de la Sala I del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 , que "recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con cita de otras anteriores, que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. El *art. 1266 CC* dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (*art. 1261.2 CC*). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (*sentencia núm. 215/2013, de 8 abril*). El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autoresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración comercial seriamente emitida. La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error , sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de



un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa. Así se declaró en la *Sentencia de esta Sala núm. 113/1994, de 18 de febrero*. En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este 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 (en este sentido, *Sentencia de esta Sala núm. 829/2006, de 17 de julio*, y las que en ella se citan)".

Y en el presente caso, reiteramos que el déficit de información ofrecido por la demandada a los prestatarios resulta palmario y evidente. Bankinter incumplió la obligación de comportarse con diligencia y transparencia para con sus clientes en cuanto a los concretos riesgos asociados a la elección de la divisa escogida más en concreto en cuanto a las concretas consecuencias derivadas del funcionamiento y riesgos derivados del tipo de cambio de la operación en la determinación del principal adeudado y las posibles modificaciones en cuanto a su cuantía a fin de que esos consumidores pudieran evaluar con criterios claros, precisos, detallados y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo. Partiendo de todo ello, procede concluir la procedencia de la nulidad parcial del préstamo hipotecario de autos, nulidad parcial que conlleva que, aún sin la parte afectada el contrato pueda subsistir siempre que los contenidos afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para afirmar que aún sigan concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. Concurriendo tales condiciones, el negocio puede por tanto subsistir como se deduce de la doctrina plasmada en la S.T.S. que entendió que la nulidad de las cláusulas suelo en aquel caso analizadas no había de comportar la de los contratos en los que se insertaban, por no imposibilitar "su subsistencia"- y el TJUE de 30 de abril de 2014 -en relación, precisamente, aun préstamo hipotecario multidivisa - (en el mismo sentido las SS.T.S. de 12 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015). Sin duda la aquí debatida cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato. Más no formando parte inescindible de su objeto y causa, no cabe concluir sin embargo que nos encontremos ante una condición esencial toda vez que con los precisos ajustes (como préstamo en euros y referenciado al euríbor), el negocio puede subsistir; posibilidad que significativamente preveía la propia escritura. No hay motivo, por tanto, para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial. En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula multidivisa y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea la que interesaron los actores en su petición principal.

DECIMO.- Por lo que atañe a la alegación referida a la infracción del art. 217 de la L.E.C. por errónea valoración de las pruebas y por infracción de las normas sobre la carga de la misma que como afirma la Sentencia de la Sección 9 de esta misma Audiencia de 30 de junio de 2015 "esta cuestión obliga a hacer una serie de reflexiones: La primera guarda relación con la valoración de la prueba y a la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, extremo este último donde opera el *artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, precepto que, en sus apartados 2 y 3, establece que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, e incumbe al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior; lo cual significa que corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada, los impeditivos o extintivos del mismo, sin que deba desconocerse, por un lado, que, conforme al apartado 1 del referido precepto, si al tiempo de dictar Sentencia el Tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, habrá de desestimar las pretensiones del actor, si a éste le corresponde la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones, y, por otro que, a tenor del apartado 6 del tan repetido artículo, para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio. La segunda relativa a la valoración conjunta de la prueba, se hace necesario destacar, como ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de abril de 1993, que las pruebas no caben ser fragmentadas ni desarticuladas para sacar así conclusiones propias para pretender imponerlas, indicando la Sentencia de nuestro Alto Tribunal de 25 de mayo de 1973 que "según reiterada doctrina de esta Sala, no cabe, cuando la prueba se ha apreciado en conjunto, separar alguna de las probanzas o elementos de ella, para con apoyo en ellos, acusar al Juzgador de haber incidido en equivocación". La valoración conjunta de la prueba, por tanto, comprende todas las practicadas durante el procedimiento conectadas entre sí, no las que aisladamente señala la parte que deben ser examinadas. Por último, en cuanto a la función del órgano *ad quem* cuando se denuncia el error en la valoración de la prueba, esta Sala ha mantenido reiteradamente (vid Sentencia



de esta Sección 12 de fecha 30 junio de 2011, rollo 9/2010) en cuanto a la función del órgano ad quem cuando se denuncia el error en la valoración de la prueba, lo siguiente: " En tal sentido, ha de señalarse que, si bien el recurso de apelación por su carácter ordinario permite la revisión íntegra del juicio fáctico, no está sin embargo estructurado para sustituir, sin razón alguna, el criterio imparcial y ponderado del Juez por el subjetivo de la parte. Para que triunfe este motivo, habrán de aportarse razones objetivas que hagan manifiesto el error valorativo del Juez, pues éste, como decisor de la controversia, está en posición equidistante de las partes, y, en principio, puede otorgar mayor o menor valor a determinados medios probatorios que ante él se hayan practicado" y concluye diciendo negando, como sucede en el nuestro caso, por las razones expuestas los denunciados errores de valoración de la prueba, de distribución de la carga de la misma sin que en consecuencia se haya producido la existencia de dolo omisivo o error en el consentimiento invocados.

En todo caso las reglas de distribución de la carga de la prueba nada tienen que ver con la de las atinentes a la valoración de la misma. No se infringe el art. 217 de la L.E.C . cuando el juzgador considera, con independencia de su mayor o menor acierto, que un determinado hecho se encuentra acreditado. El propósito de la actividad probatoria es la demostración de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes en sus actos alegatorios como fundamento de sus respectivas pretensiones. Y sólo si alguno de los hechos alegados no queda plenamente demostrado se hace preciso determinar sobre cuál de los litigantes ha de recaer el perjuicio de esa falta de acreditación. Como recuerda la reciente STS, Sala Primera, 262/2013, de 30 de abril : *«... las mencionadas reglas exclusivamente se infringen cuando, por no haberse considerado probados hechos necesitados de demostración, se atribuyan las consecuencias del defecto a quién, según ellas, no le correspondía sufrir la imputación de alguna o deficiencia probatoria.....Carece de sentido, en consecuencia, denunciar un deficiente reparto del "onus probandi" en casos en los cuales el Tribunal de instancia, tras la correspondiente valoración de los medios de prueba practicados, hubiera declarado que los hechos controvertidos de que se trate han quedado demostrados - con independencia de la parte que hubiera proporcionado el medio de prueba que produjo ese efecto -. Por la misma razón, no es procedente denunciar la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba para impugnar la valoración de los medios efectivamente practicados, dado que no contienen criterios o máximas sobre tal materia - sentencias 526/2012, de 5 de septiembre , 557/2012, de 1 de octubre , entre otras muchas".* Dicho de otro modo, la infracción de las reglas de la carga de la prueba se produce cuando la resolución jurisdiccional afirma que un determinado hecho no ha quedado probado y sin embargo atribuye las consecuencias negativas de esa falta a la parte que no se encontraba gravada con la carga de su demostración.

En el caso de autos no se produce dicha circunstancia. La sentencia de primer grado tras el examen de los medios de prueba practicados en modo alguno afirma que haya quedado indemostrado algún hecho relevante, ni atribuye las consecuencias negativas de esa falta a la parte que, de acuerdo con las reglas contenidas en el citado art. 217 de la L.E.C . no se encuentre gravada con la carga de la justificación del hecho concernido. Lo que la sentencia de instancia dice es que se aprecia en la demandada una vulneración de las normas de conducta exigibles durante la comercialización del producto, en definitiva que se omitió por la entidad bancaria demandada información alguna relevante que se encontrara legalmente obligada a facilitar. En consecuencia el motivo debe perecer.

UNDÉCIMO.- En cuanto a la alegación de que para el caso de mantener la existencia del vicio en el consentimiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.309 del C.C ., este habría quedado extinguido porque el contrato fue confirmado válidamente por la actora a través de su conducta en los años posteriores a la firma al haber pagado numerosas cuotas, nos remitimos a lo dicho por la Sentencia de la A.P. de Valencia de 19 septiembre 2014 cuando afirma que "Analizado el motivo, hemos de decir en primer lugar que la presunción de la voluntad confirmatoria no puede predicarse sin más, en abstracto, de un determinado tipo de actos, sino que ha de ser fruto de una labor interpretativa que tenga en consideración todas las circunstancias concurrentes y los hechos anteriores, coetáneos y posteriores del acto en sí (art. 1282 código civil) y, sobre todo, el interés que el legitimado pudiera tener en el momento de realizar dicha conducta en el mantenimiento de la eficacia del contrato. El art. 1.313 del C. Civil establece que la confirmación purifica el contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración, esto es, tiene efectos retroactivos. En cuanto a su forma, puede ser expresa o tácita, produciéndose ésta, como dispone el art. 1.311 del Código Civil , cuando con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecuta un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo, lo que enlaza con el art. 6-2 del Código Civil referente a la necesidad de que la renuncia de los derechos sea precisa, clara y terminante. Por ello, y lo avala además la expresión "necesariamente" que utiliza el art. 1.311 del C. Civil , ha de obrarse con cautela y estar al caso concreto y sus circunstancias cuando se trate de deducir si una determinada actuación puede considerarse como purificadora de un vicio contractual. En este sentido nuestro T.S., en sentencia de 24-07-06 , ha señalado que el mero conocimiento de la causa de nulidad no implica aceptación. Por ello, la recepción de los extractos y el pago de las derivadas de los productos, sin haber ejercitado la acción de anulabilidad no puede



ser entendida, sin más, como confirmación o convalidación del contrato. Así lo entiende la SAP, Civil sección 4 del 14 de julio de 2014 que dijo: "consolidada doctrina jurisprudencial, que proclama que la confirmación tácita de los contratos, sólo se produce cuando con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, se ejecuta, por quien está legitimado, un acto inequívoco que implica necesariamente la voluntad de renunciar a ella (SSTS de 24 de marzo de 1956 , 1 de diciembre de 1971 , 10 de abril de 1976 , 8 de junio de 1973 , 27 de octubre de 1980 , 4 de julio de 1991 , 15 de febrero de 1995 , 12 de noviembre de 1996 , 4 de octubre de 1998 entre otras); es decir, que los vicios del consentimiento pueden ser subsanados, confirmándose el contrato, si se reitera en circunstancias tales en las que no pueden suponerse concurrentes las causas determinantes de la existencia del error, lo que no acontece en el caso presente. Por su parte, la STS de 5 de septiembre de 2012 nos enseña cuales son los requisitos para la aplicación de la clásica regla "venire contra factum proprium non valet" (no se puede actuar contra los propios actos): 1) una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y 3) que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables (entre otras muchas, sentencias 292/2011, de 2 de mayo , 691/2011, de 18 de octubre y 285/2012 de 8 mayo). Esta doctrina no es de aplicación «en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia" (STS de 31 de enero de 1995). En igual sentido, las SSTS de 25 de octubre de 2000 , 12 de febrero de 1999 y 4 de junio de 1992). E insistiendo en tal doctrina, las recientes SSTS de 21 de junio de 2011 y 760/2013 , de 3 de diciembre señalan que no procede tal alegación, cuando "los actos están viciados por error o conocimiento equivocado (SSTS 8 de mayo de 2006 y 21 de enero de 1995)".

Pues bien, en el presente caso, fue al apercibirse los demandantes de los efectos que la suscripción de la cláusula multidivisa les producían cuando pudieron constatar la realidad de lo contratado, confirmando entonces que el producto contratado no respondía las características que les habían ofrecido, elementos todos ellos que claramente conforman que los demandantes cuando lo contrataron no eran conscientes de que se trataba de un producto financiero de alto riesgo, contrario a sus expectativas y perfiles conservadores de mera ahorradora, por lo que no efectuaron acto jurídico alguno del que quepa deducir la ratificación de su viciado consentimiento, o comportamiento que pudiera entrar en patente contradicción con el ejercicio de las presentes acciones. La percepción de liquidaciones en el pasado, bajo la persistencia del error, no constituye un supuesto de confirmación, sino de extensión temporal de tal vicio de voluntad; comportamiento que, desde luego, no ratifica, sanando los contratos anulables objeto de este proceso."

DUODÉCIMO.- La estimación de la petición principal con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida hace innecesario en el examen de las otras peticiones formuladas con carácter subsidiario.

DECIMOTERCERO.- Por disposición del art. 398 de la L.E.C . las costas de este recurso deberán ser impuestas a la apelante.

Vistos los citados artículos y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril en nombre y representación de Bankinter S.A. contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 2 de Alcorcón con fecha 6 de mayo de 2.015 , de la que el presente Rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos, con imposición a la apelante de las costas causadas por este recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional** , con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 €por cada tipo de recurso** , previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 de Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

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



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ