



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

SECCION Nº 4 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

NIG: 1808742C20140023947

RECURSO: Recurso de Apelacion Civil Recurso de Apelacion Civil 282/2016

Negociado: JO

Asunto: 400297/2016

Proc. Origen: Procedimiento Ordinario 661/2014

Juzgado Origen : JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº5 DE GRANADA

Recurrente: BANCO POPULAR ESPAÑOL

Procurador : ENCARNACION CERES HIDALGO

Abogado :

Recurrido: y

Procurador : JOSEFINA LOPEZ-MARIN PEREZ

Abogado :

**D/Dª. AURORA LEAL SEGURA, Letrado/a de la Administración de Justicia Judicial de
SECCION Nº 4 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA**

POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en el Recurso de Apelacion Civil 282/2016 ha
recaído Sentencia, del siguiente tenor literal:

"

SENTENCIA NUM.-221

ILTAMOS. SEÑORES:

PRESIDENTE

D. ANTONIO GALLO ERENA

MAGISTRADOS

D. MOISES LAZUEN ALCON

D. JUAN FRANCISCO RUIZ RICO RUIZ

=====

En la Ciudad de Granada a Treinta de Septiembre de Dos Mil dieciséis. La
Sección Cuarta de esta Iltna. Audiencia Provincial, ha visto, en grado de
apelación los precedentes autos de Juicio Ordinario, seguidos ante el Juzgado de
Primera Instancia Nº5 Granada en virtud de demanda de D.





Y D^a

representados por el Procurador D^a Josefina

López-Marín Pérez y defendido por el letrado D^a Diana Martín Fernández contra BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. representado por el Procurador D^a ENCARNACION CERES HIDALGO y defendido por el Letrado.

Aceptando como relación los “Antecedentes de Hecho” de la resolución apelada , y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La referida resolución fechada en Diecinueve de Febrero de Dos Mil dieciséis contiene el siguiente Fallo: “Que estimando la demanda inicial de estos autos interpuesta por _____ y _____, representados por la Procuradora Sra. López-Marín Pérez; contra la entidad “Banco Popular Español, S.A.”, representada por la Procuradora Sra. Ceres Hidalgo, debo declarar y declaro la nulidad por existencia de error como vicio del consentimiento de la cláusula 1.3 “cláusula multivisa” del contrato de préstamo hipotecario que une a las partes; y en consecuencia debo condenar y condeno a la entidad demandada a dejar sin efecto las operaciones realizadas en francos suizos y a recalcular el capital que se adeuda a fecha de interposición de la demanda, una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados, tal y como resultaría si desde un principio el préstamo hubiera estado fijado en euros y referenciado al euribor. Con imposición de costas a la parte demandada.”

SEGUNDO.- Substanciado y seguido el recurso de apelación interpuesto por la parte Demandada, se dio traslado a las demás partes para su oposición o





impugnación; elevándose posteriormente las actuaciones a éste Tribunal señalándose día y hora para Votación y Fallo.

TERCERO.- Han sido observadas las prescripciones legales de trámite. Siendo Ponente el Magistrado Iltmo. Sr. D.ANTONIO GALLO ERENA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pese a lo que sucintamente se alega sobre inadmisibilidad, con carácter previo, en las alegaciones del escrito de oposición, en este caso entiende este Tribunal suficientemente delimitado el objeto del recurso y expresados los motivos, de manera que cumple lo previsto en los artículos 458 y 459 de la LEC, resultando posible la oposición sin indefensión, de manera que resulta correcta su admisión.

SEGUNDO.- Se alega en principio en fundamento del recurso, la inexistencia del error en el consentimiento que concluye la sentencia. En este sentido se disiente de la misma en cuanto expresa sobre que la hipoteca multidivisas es instrumento financiero derivado al que resulta aplicable la LMV, aludiendo a la STJUE de 3-12-2015. Se mantiene que en razón a no poder equipararse el préstamo multidivisas a dichos instrumentos financieros no podrá aplicarsele dicha especial normativa en cuanto a información ni ser posible presumir error en el consentimiento. Se denuncia además que la sentencia impugnada equipara falta de información con error invalidante y finalmente alega que ha existido información suficiente con el contenido de la escritura misma y con lo que se deriva de la prueba testifical, denunciando error en la valoración de la prueba.





TERCERO.- Esta Sala viene expresando con reiteración que la valoración de la prueba se incardina en el ámbito propio de soberanía del juzgador, siendo así que a la vista del resultado de las practicadas en el acto del juicio resulta soberano en la valoración de la prueba conforme a los rectos principios de la sana crítica. En definitiva, cuando se trata de valoraciones probatorias, la revisión de la sentencia deberá centrarse en comprobar que aquélla aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que las conclusiones fácticas a las que así llegue no pongan de manifiesto un error evidente o resulten incompletas, incongruentes o contradictorias, no resultando posible sustituir el criterio del Juzgado por el personal e interesado de la parte recurrente.

Por lo demás las pruebas deben ser valoradas relacionándolas unas con otras, en valoración conjunta (SSTS de 3-3-88 y 25-1-93, entre otras), con predominio de la libre apreciación (SSTS de 22-1-86 y 18-11-97). La libre valoración de la prueba, a la que se refiere el T.S. entre otras en sentencias de 20-2-92, 28-11-92 y 11-4-98, deberá llevarse a cabo de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que si bien no están codificadas, han de entenderse como las mas elementales directrices de la lógica humana. Teniéndose en cuenta ello, es facultad del Órgano Judicial optar entre las distintas pruebas practicadas, por lo que se derive de una o de otra, atribuyéndoles el valor que considere procede, siempre y cuando no se aparte de las reglas de la lógica, de forma que se excluya de cualquier arbitrariedad.

CUARTO.- Sentado cuanto antecede, el error en el consentimiento ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia -sentencias de 4 de enero de 1982 (RJ 1982, 179), 756/1996, de 28 de septiembre (RJ 1996, 6820), 726/2000,





de 17 de julio (RJ 2000, 6803), 315/2009, de 13 de mayo (RJ 2009, 4742)- exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

El Tribunal Supremo, en relación con los requisitos que deben concurrir para que el error sea capaz de invalidar el consentimiento contractual, señala que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato [sentencias de 12 de julio de 2002 (RJ 2002, 7145), 24 de enero de 2003 (RJ 2003, 1995) y 12 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6900)] y, además y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

Respecto del error vicio y la falta de información, el TS, en sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero , y 716/2014 de 15 diciembre, entre otras, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que





suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, 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.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general, la específica de consumidores o la sectorial bancaria, impone en cada caso a la entidad demandada puede llegar a posibilitar presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba en contrario.

QUINTO.- Sin embargo, pese a lo que se alega en el escrito de recurso, así ha actuado el juzgador en este caso, sin que haya equiparado falta de información con error.

Aunque entendemos que el cliente debe ser informado por el banco antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporte la operación de que se trate, así lo expresa el TS en sentencia de 20 de enero de 2014, entre otras, pues este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil (LEG 1889, 27) y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, como ha quedado expresado en el anterior fundamento, el defecto de información no es equiparable al error en el consentimiento.

Si examinamos la sentencia apelada, esta al inicio de su fundamento





sexto, con cita de la del TS de 30-6-2015 que incluso transcribe parcialmente, desconecta cualquier automatismo en la posible falta de información con el vicio de consentimiento y mucho menos con la nulidad contractual por infracción de normas imperativas. Así decía que lo relevante para decidir si había existido error no es, en si mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

SEXTO.- Sentado todo ello, ya de entrada debemos resaltar que la hipoteca multidivisas es un producto complejo, de evidente riesgo, y que en este caso estamos en sede de consumidores. Los actores ostentan dicho carácter, habiendo concertado el crédito hipotecario para adquirir su vivienda habitual. Por otro lado debe destacarse también que la escritura de autos se otorgó el 10-6-2007, antes de la incorporación al derecho español de la normativa MiFID.

Por todo ello en este caso tiene relativa importancia la problemática que se plantea en relación a la STJUE de 3-12-2015, no obstante consideramos interesante ponerla de manifiesto así como lo expresado por el TS sobre este tipo de hipoteca que en su Sentencia de 30-6-2015 define 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 a elección del prestatario, y 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, normalmente el Libor. Su atractivo esta en poder utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos





y la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario.

Es obvio que los riesgos de este tipo de préstamo exceden a los solicitados en euros, al añadirse el riesgo de fluctuación de la moneda que incide no solo en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro, sino que también determina el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado.

Como sigue expresando dicha sentencia : “Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multdivisa" se han





apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos.”

El TS afirma rotundamente en esta sentencia que la hipoteca multidivisa es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero y además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, considera el TS en la sentencia referida, que está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en su art. 2.2. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley .

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista debe cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre (RCL 2007, 2302), que traspuso la Directiva 2004/39/CE (LCEur 2004, 1848 y LCEur 2005, 289), de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero (RCL 2008, 407), y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.

Sin embargo luego la STJUE de 3 de diciembre de 2015, refiriéndose a un





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

Esta resolución interpreta la Directiva 2004/39/CEE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (conocida como directiva MiFID) y en particular sobre la eventual consideración de un préstamo de consumo multidivisa como un servicio o actividad de inversión de conformidad con el artículo 4, apartado 1, punto 2 de la Directiva MiFID .

La Directiva MiFID fue transpuesta al ordenamiento jurídico español por medio de la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modificó la ley 24/1988 de 28 de julio, de Mercado de Valores, norma que ha sido derogada por el reciente Real Decreto legislativo 4/2015 de 23 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, por lo tanto como ya hemos dicho no afectará al caso de autos.





Por tanto es evidente que en estos momentos existe aparente contradicción entre la sentencia del TJUE y la del TS. El primero máximo intérprete de la Directiva ha concluido que en ella no se incluyen las hipotecas multidivisas. El TS, competente para interpretar la legislación española, considera la hipoteca multidivisa producto derivado y complejo que queda en el ámbito de la LMV. Las Audiencias Provinciales de Burgos y de Valladolid, respectivamente, en sentencias de 5 de abril y 30 de junio de 2016, mantienen que una Directiva comunitaria y la ley estatal que la transpone son instrumentos diferentes. La Ley estatal tiene que respetar el contenido mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación mas amplio, permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluya.

SEPTIMO.- No debemos olvidar como ya adelantábamos, que el supuesto de autos afecta a consumidores. El TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014 que tiene por objeto una hipoteca multidivisa concedida a un consumidor, aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) diciendo, que la exigencia de transparencia (claridad y comprensibilidad), en términos del artículo 4.2), de las cláusulas contractuales no puede reducirse solo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical (apartado 71), porque el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto del profesional en lo referido, en particular , al nivel de información y, en consecuencia, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Y en concreto en una hipoteca multidivisa extranjera, una cláusula contractual como al clausula III/2 antes mencionada, que permite al profesional calcular la cuantía de las cuotas





mensuales de devolución en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por ese profesional, produce el efecto de elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite. Recuerda el TJUE que los artículos 3 y 5 del Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l) y 2 letras b) y d) del Anexo de la misma otorgan una importancia esencial para el cumplimiento del requisito de transparencia a la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como al relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo (apartado 783).

Al margen de la aplicación de la normativa MiFID, o su trasposición en la Ley del Mercado de Valores en su redacción dada por ley 4/2007, existen unos deberes de información que incumben a las entidades bancarias para con sus clientes, que como declara la STS de 20 de enero de 2014 [nº 840/2013 (RJ 2014,781)] a la que ya hemos aludido, es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de buena fe, que se contiene en el artículo 7 del Código civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los





aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar.

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

También existe una normativa aplicable a los préstamos hipotecarios como la Ley de 26/1988 de Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito (art. 48); la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Ley 36/2003 de 11 de noviembre (RCL 2003, 2651) de medidas de reforma económica, que impone a la entidad bancaria el deber de proporcionar información adecuada y suficiente para que un cliente minorista, consumidor comprenda el alcance y trascendencia jurídica y económica del producto que va a contratar y asegurase de que lo ha entendido con la suficiente claridad con carácter previo a la contratación.

Como señala la STS 840/2013, el incumplimiento de los deberes de información puede tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en





que la falta de información puede provocar un error vicio, pero como ya hemos dicho, la mera infracción de este deber no conlleva por si solo la nulidad de pleno derecho del contrato, salvo que se hayan traspasado los limites de la autonomía privada de la voluntad (artículo 1255 C.C.). Por ello lo que procede determinar es si los demandantes pudieron padecer al contratar error grave, esencial y excusable sobre lo que contrataban y sobre sus condiciones y sus riesgos.

Lo relevante para decidir si ha existido vicio es si al contratar, el cliente tenia conocimiento suficiente de la características de la hipoteca multidivisa y sus riesgos asociados. La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta de conocimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto contratado y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria y que justifica el carácter excusable del error del cliente.

OCTAVO.- Finalmente, para terminar de situarnos, consideramos interesante aludir a la Directiva 2014/17/UE (LCEur 2014, 313) 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, pese a que por su fecha y plazo de trasposición no es aplicable para la resolución de este recurso. Esta directiva resalta en sus considerandos iniciales que por 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. Luego los artículos 13.f y 23 contiene previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.

NOVENO.- De todo cuanto antecede se evidencia que aun no aplicando la normativa MiFID y ni tan siquiera la LMV, en este caso la solución estimatoria de la demanda sería la procedente. No debemos olvidar que estamos en el marco de aplicación de la normativa de consumidores y que la entidad bancaria no acredita haber efectuado la necesaria información. En definitiva, la sentencia apelada se sustenta finalmente para declarar la nulidad en la existencia de vicio en el consentimiento por error esencial excusable, que entiende esta Sala que efectivamente concurre, con el sentido y alcance a que nos hemos referido en anteriores fundamentos y ello en relación a la opción multidividas, cuyas totales consecuencias económicas no han podido ser conocidas y comprendidas realmente por el consumidor, sin que pueda sostenerse que el juzgador ha incurrido en error en la valoración de la prueba, como se pretende por la parte recurrente, con alusión a la testifical y al contenido de la escritura, para entender que ha existido





información suficiente.

La conclusión a que llega la sentencia es claramente razonable sin que vulnere las reglas de la lógica, lo que inviabiliza la concurrencia del pretendido error valorativo.

Como ya hemos expresado, aun cuando se pueda admitir que los actores no desconocían la transcendencia de que variaran los valores entre la divisa elegida y el euro, en el supuesto de autos se trata de consumidores que no pueden ser calificados como expertos financieros. Su actividad profesional es por completo ajena a ese mundo, careciendo de todo conocimiento en dicha materia, no constando tampoco que en el pasado hayan realizado operaciones especulativas o de alto riesgo. Por ello no puede presumirse que conociesen los verdaderos riesgos de este tipo de hipoteca, de ahí la importancia del cumplimiento por la entidad de la obligación de informarles previamente a la formalización del contrato, de las características y riesgos de esta. Y aunque no ignoraran que se estaban endeudando en una moneda extranjera cuando firman la hipoteca y que una depreciación del euro respecto de la divisa elegida (franco suizo) podía implicar un encarecimiento de la cuota a pagar en euros, como expresaba el TS en la sentencia antes citada de 30 de junio, habría sido preciso que el Banco hubiera suministrado información que posibilitase, se “haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas





"hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos."

La entidad bancaria a quien correspondía la carga de probar, no acredita que informase debidamente, es decir de forma objetiva, suficiente y comprensible, a los demandantes de las características y riesgos concretos del préstamo y en especial sobre los inherentes a las oscilaciones del tipo de interés y cotización de la divisa. No aparece documental sobre información previa al contrato con descripción del producto, sus requisitos condiciones, efectos y prestaciones de las partes. No consta se facilitase a los demandantes simulaciones u otros documentos o informaciones complementarias, con anterioridad a la escritura pública en la que se formalizó la hipoteca multidivisas cuyo clausulado es insuficiente para que los actores conozcan la mecánica y los riesgos que entraña la operación que estaba contratando.

Por lo demás la prueba testifical de la directora de la sucursal bancaria en el momento en que se otorgó la escritura, entendemos que por si sola, sin complemento documental, no será suficiente. Debemos valorar que sigue siendo empleada de la entidad bancaria y directamente interesada en el asunto, sin que su testimonio se haya podido cotejar con información escrita alguna proporcionada a los prestatarios, no resultando razonable pensar que en estas circunstancias se puedan recordar detalles de uno entre los múltiples asuntos en habría intervenido hace tantos años.





En definitiva, debe entenderse que en el supuesto de autos ha existido una ausencia información completa y comprensible sobre las características y riesgos del préstamo concertado, con vulneración de la normativa protectora de los usuarios de los servicios bancarios, y que ello ha determinado que el consentimiento aparezca viciado por error sustancial y excusable.

DECIMO.- Por otro lado tampoco se encuentra error en la apreciación de las circunstancias personales de los prestatarios y las consecuencias que de ello se extrae, sin que los actos realizados por los actores luego de la suscripción del préstamo resulten trascendente a los efectos pretendidos por la entidad bancaria.

No debemos olvidar que el hecho de que hubiese habido antes de denunciar el contrato liquidaciones consentidas, no puede entenderse un acto propio que impida accionar como ahora se hace una vez conocido su error, en tanto que esta doctrina que actuará como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, e impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia y libremente queridos, lo que excluye que pueda operar en supuestos como el de autos en que se denuncia vicio del consentimiento, si efectivamente existe. La doctrina de los actos propios, como principio general del Derecho, ha sido desarrollada por una reiteradísima jurisprudencia, de la que caben destacar las S.S.T.S. de 30 octubre 1995 y 27 de enero de 1997, que expresa que para la aplicación de tal doctrina es preciso que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar,





modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica alertante a su autor. Los actos propios han de tener como fin la creación, modificación o extinción de algún derecho, sin que en la conducta del agente exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho, en cuya idea esencial insiste la sentencia de 30 septiembre 1996: para que los actos propios vinculen a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar o modificar una determinada situación jurídica con carácter transcendental y definitivo y causando estado.

En este caso como se pone de manifiesto en el fundamento séptimo de la resolución apelada, no ha existido acto alguno de los actores que posibilite concluir como se pretende en el recurso. Realmente la inacción hasta que se ha interpuesto la demanda pese a que el banco le remitía periódicamente extractos informativos de la situación del préstamo no lo posibilita. La sentencia del TS de 17-12-2015, que se transcribe parcialmente en la sentencia apelada, así lo expresa.

UNDECIMO.- Por todo cuanto antecede el recurso deberá ser desestimado y condenarse a la parte apelante al pago de las costas de esta alzada, de acuerdo con lo previsto en los Arts. 394 y 398 de la LEC.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal dispone el siguiente,

FALLO

Que desestimándose el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

la que dimana este Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, condenándose a la parte apelante al pago de las costas del recurso con pérdida del deposito al que debe darse destino legal.

Contra la presente resolución cabe recurso de Casación, por interés Casacional, y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, que deberá interponer ante este Tribunal dentro del plazo de veinte días contadas desde el siguiente a su notificación.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Lo anterior concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y para que así conste, extiendo y firmo el presente testimonio en GRANADA, a nueve de noviembre de dos mil dieciséis.

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

“En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)”.

