



SECCIÓN CUARTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
Avda. Tres de Mayo nº3
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 20 84 70 - 922 20 84 76
Fax.: 922208473
Email: s04audprov.tfe@justiciaencanarias.org
Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:
0000865/2015-00
Juzgado de Primera Instancia Nº 5 (Antiguo mixto Nº 6)
de San Cristóbal de La Laguna

Rollo: Recurso de apelación
Nº Rollo: 0000376/2016
NIG: 3802342120150007672
Resolución: Sentencia 000009/2017

SENTENCIA

Notificado 18-1-17

Rollo núm. 376/2016.

Ilmos. Sres.

Presidente

Don Pablo José Moscoso Torres.

Magistrados

Don Emilio Fernando Suárez Díaz.

Doña Pilar Aragón Ramírez.

En Santa Cruz de Tenerife, a dieciocho de enero de dos mil diecisiete.

Visto, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial integrada por los Ilmos. Sres. antes reseñados, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de La Laguna, en los autos núm.865/15, seguidos por los trámites del juicio ordinario, promovidos, como demandante, por DON , representado por la Procuradora doña Beatriz Ripollés Molowny y dirigido por el Letrado doña Ágora Rosales Merenciano, contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por el Procurador don Claudio García del Castillo y dirigido por el Letrado don Daniel Machado Rubiño, ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia siendo Ponente el Magistrado don Pablo José Moscoso Torres, con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrado-Juez doña María Mercedes





Santana Rodríguez dictó sentencia el diecinueve de mayo de dos mil dieciséis cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «*FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Beatriz Ripollés Molowny en nombre y representación de D.*

asistido de la Letrada Dña. Ágora Rosales Merenciano contra Banco Popular S.A. representado por el Procurador D. Claudio García del Castillo y asistido por el Letrado D. Jesús Pérez de la Cruz Oña y en su consecuencia debo declarar la nulidad o anulabilidad de la cláusula 1.3, multidivisa del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 5 de noviembre de 2008 y por lo tanto de las operaciones efectuadas en divisas distinta al euro, condenando a la demandada a la restitución del préstamo hipotecario, sin tener en cuenta dicha cláusula, recalculando el capital que se adeuda a la fecha de interposición de la demanda, una vez descontados las amortizaciones e intereses pagados, tal y como sería un préstamo hipotecario en euros, fijándose provisionalmente la cantidad pendiente de amortizar a fecha de 16 de octubre de 2015 en 222.319,82 euros, declarando que la moneda en la que se realizaran las sucesivas liquidaciones será el euro, siendo el efecto de dicha anulabilidad de la cláusula que conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por el actor es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, debiendo la demandada ser condenada a estar y pasar por dichas declaraciones y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento, todo ello con expresa condena en costas en esta primera instancia.».

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día siete de diciembre del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la «*nulidad o anulabilidad de la cláusula 1.3, multidivisa del contrato de préstamo con garantía hipotecaria*» celebrado entre las partes el día 5 de noviembre de 2008; dicha resolución ha sido apelada por la entidad demandada que, en el escrito de interposición y tras una referencia a la demanda y a los antecedentes más relevantes, con expresión de los pronunciamientos que se impugnan, funda su impugnación en los siguientes motivos: (i) Indebida aplicación del art. 1301 del CC y reciente doctrina jurisprudencial que lo desarrolla –STS de 12 de enero de 2015-. (ii) Error en la valoración de la prueba en cuanto a la declaración que realiza la sentencia acerca de la inexistencia de información sobre los riesgos del préstamo. (iii) Error en la valoración de la prueba respecto de la concurrencia de actos posteriores de los demandantes que acreditarán la inexistencia del error e infracción de la jurisprudencia (STS de 30 de junio de 2015). (iv)





Infracciones de derecho adjetivo: Indebida aplicación del art. 79 bis LMV en la redacción introducida por la Ley 42/2007, de 19 de diciembre, que traspone la Directiva Mifid con el consiguiente error en la valoración de la prueba. (v) Infracciones de derecho adjetivo de aplicación con relación a la prueba practicada respecto de la entrega de documentación e información al suscribir el préstamo y de la inexistencia de un vicio del consentimiento, y en concreto: (i') Inaplicación del art. 217.2 de la LEC; (ii') la sentencia equipara una eventual falta de información con el error invalidante; (iii') el préstamo en divisas e incidencia de las fluctuaciones de la divisa; (iv) conocimiento de los riesgos; (v') confirmación contractual e inaplicación del art. 1309 del CC.

2. La parte apelada se ha opuesto al recurso interpuesto de contrario, refuta sus argumentos y solicita la desestimación del recurso con la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- 1. El primero de los motivos alegados (la caducidad de la acción entablada) tiene como base fundamental la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, sobre la caducidad de la acción de anulación de contratos bancarios por error vicio y dolo, sentencia en la que, tras matizar que no puede confundirse la consumación del contrato que menciona el art. 1301 del CC con la perfección del mismo, y señalar que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error, concluye en que *“el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error”*.

Sobre esta base entiende la entidad demandante que fue ya a los pocos días de suscrito el contrato (en noviembre de 2008) cuando *“el recurrido tomó cabal conocimiento del riesgo del Préstamo”*, pues según su declaración fue a los veinte días de celebrado el contrato miró la cuenta y *“se debían 5.000 euros más, 5.000 euros”*, siendo entonces cuando adquiere consciencia de lo contratado y comienza el cómputo del plazo de cuatro años de caducidad, ya transcurrido cuando se presentó la demanda en el año 2015.

2. No obstante hay que matizar, como señala el apelado en su oposición al recurso, que en la demanda no solo se solicita la nulidad por el error vicio en el contrato sino también por el carácter abusivo de la cláusula multidivisa por su falta de transparencia, lo que implicaría, de estimarse, la nulidad de pleno derecho de la misma (art. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios – LDCU-) que no se encuentra sujeta al plazo de caducidad establecido en el art. 1301 del CC que, por tanto, no sería aplicable.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal mencionada (seguido por el mismo Tribunal en alguna resolución posterior, como por ejemplo en la sentencia de 19 de septiembre también de 2015) ha sido analizada por esta Sección (así, sentencia de 18 de mayo de 2016) que ha señalado que estas sentencia contemplan dos contratos diferentes (la primera un contrato de seguro de vida *unit linked* y la segunda una compra de acciones preferentes) al que es objeto del presente caso con el que si bien pueden tener algún aspecto común (el tratarse de productos financieros de cierta complejidad, en el caso del seguro, y de elevado riesgo al igual que con la





compra de acciones), presentan diferencias notables y sustanciales en lo su que se refiere a su consumación, que es el concepto básico del que hay que partir para resolver la cuestión aquí planteada.

3. En efecto, en esos otros contratos su cumplimiento puede agotarse en el momento de la perfección (al suscribir el seguro y con la compra de las acciones) de manera que su consumación puede producirse en ese momento, a partir del cual su objeto sufre las oscilaciones de su valor que le son propias, y expresivamente se ha señalado (en relación con la compraventa, de acciones preferentes por ejemplo) que *es preciso separar las obligaciones asumidas por comprador y vendedor, de aquellas obligaciones que pueda ser asociadas a la cosa adquirida*. Por ello cuando se ha incurrido en error en la prestación del consentimiento en esos otros contratos, lo que viene a hacer el Tribunal Supremo es, para conciliar la regla del art. 1301 del CC con el principio de la *actio nata* (pues no se puede ejercitar la acción de anulabilidad por error mientras que no se es consciente del mismo), interpretar dicho precepto en consonancia con el significado de la caducidad, para iniciar el cómputo de su plazo no en el momento de la perfección o consumación, sino en el momento en que la acción puede ya ejercitarse.

4. En este caso se trata de un contrato diferente, un préstamo hipotecario multidivisas en el que no se ha producido la consumación del contrato; en cualquier caso, tampoco bajo el prima del apelante puede estimarse el motivo, ya que tampoco puede considerarse que a los pocos días de celebrado el contrato pudiera percibir en toda su extensión las características del contrato y todos los riesgos asumidos, realizando el primer cambio en la divisa del préstamo, pues el cambio precisamente habría de realizarse para corregir las primeras alteraciones sin que se pudiera representar en realidad la verdadera significación del mismo, lo que más bien tuvo lugar en la fecha señalada en la sentencia apelada cuando solicitó información y asesoramiento, percatándose entonces de la trascendencia económica de la condición suscrita.

TERCERO.- 1. El resto de las alegaciones se refieren, en lo esencial, al conocimiento por el actor de los riesgos que asumía el al contratar, a la información que se le ofreció que excluiría el error determinante de la nulidad de la cláusula, a la actuación posterior del prestatario acreditativa de la inexistencia del error, a la extensión de la información realizada que no se encuentra sujeta a las disposiciones del art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y a la valoración de la prueba de la entrega de documentación e información al suscribir el préstamo.

Pues bien, se puede anticipar que la Sala comparte, en lo esencial, los razonamientos y argumentos de la sentencia apelada que se atiene a los criterios ya señalados por el Tribunal Supremo en la materia que es objeto del proceso (sentencia de 15 de junio de 2015) pero que no desconoce la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de al Unión Europea (sentencia de 3 de diciembre de 2015 y que ha matizado algunas de las conclusiones o criterios de nuestro Tribunal Supremo), y proyecta ese conjunto de doctrina, con la base legal que le sirve de soporte, a las circunstancias específicas del presente caso, dándose aquí por reproducidos esos argumentos; de tales circunstancias debe destacarse el carácter de consumidor del actor (bombero de profesión) al intervenir en la relación que es objeto del proceso, lo que le confiere un factor diferenciado con el supuesto contemplado por algunas de las sentencias a las que alude el apelante en su recurso, como por ejemplo, la sentencia de la Sección 3ª de esta Audiencia de 22 de septiembre de 2015 (solo transcrita parcialmente), en la





que justamente se parte de la base de que la demandante (una sociedad de capital) no ostentó en la relación jurídica la condición jurídica de consumidor, pues no actuaban «*en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*» y por tanto no pueden beneficiarse de la protección dispensada a los consumidores, aunque los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros.

En este caso esa condición del actor supone la aplicación de toda la normativa protectora de los consumidores y, en concreto, la relativa a las condiciones generales tal y como se interpreta y configura en la jurisprudencia de dichos tribunales, con el nivel de transparencia que exige una condición de tal tipo para su inserción con plena validez y eficacia en el contrato y no merezca la condición de abusiva.

Como se ha señalado en la jurisprudencia, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "*error propio*" o "*error vicio*", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "*carga económica*" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en las presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Por ello, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. 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.

Este presupuesto (de la transparencia) no solo reclama 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 que 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 - 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, sin que este adquiera un conocimiento sobre la significación y el alcance económico que realmente tiene. Por lo demás, esa exigencia se encuentra en relación con la información que el empresario debe ofrece al consumidor para que este adquiera esa conocimiento, sobre todo cuando por su profesión y actividad (en este caso bombero) no se puede presumir que ostente conocimientos financieros suficientes que le permitan discernir con suficientes elementos de juicio.





El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha tratado de esa cuestión con relación a la cláusula multidivisa no solo en la sentencia antes citada sino en la anterior de 30 de abril de 2014 en cuyo fallo señala el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

En este caso, la cláusula controvertida, considerada en si mismo y si bien puede ser clara y comprensible en su redacción, no lo es tanto en exponer la significación y el alcance económico que la cláusula pueda tener, en función del recálculo permanente aplicable con proyección sobre las cuotas y el capital, de manera que su eficacia y validez dependerá de la información que se haya ofrecido al cliente, y ello con repercusión no solo en el posible error que puede generar en el cliente de terminante de la anulabilidad del contrato, sino en la falta de transparencia que determina su carácter abusivo y su nulidad de pleno derecho según el precepto citado (art. 83 de la LGCU).

2. Sobre esta base entiende la Sala que no se puede estimar el primero de los motivos del recurso (ni los demás) en el que se denuncia el error en la valoración de la prueba sobre la inexistencia de información sobre los riesgos del préstamo, correctamente refutado por lo demás en el escrito de oposición; en este ya se advierte que al tiempo de la presentación de la demanda el actor ya había pagado 83.267,85 euros de su crédito hipotecario y que, sin embargo, adeudaba 16.319,82 euros más que siete años antes cuando firmó el préstamo (considera que ha sufrido un pérdida económica que ronda los 100.000 euros entre el importe de las cuotas abonadas que no han amortizado nada de capital y el incremento de la deuda inicial), así como que en ese momento (el de la perfección del contrato) el yen se encontraba en una tendencia de apreciación que se inició en julio de 2008, de modo que el tipo de cambio para el cliente, y la previsión de su evolución, era perjudicial para éste y se le debió de informar de esa circunstancia, sobre todo dado el perfil del actor, bombero y sin experiencia en el mundo de las finanzas y de la inversión, desconociendo las previsiones de su evolución y la influencia que iba a tener la cláusula multidivisa.

En definitiva se le debió de explicar las circunstancias a las que alude el apelado (en concreto que con el mismo esfuerzo económico en la moneda funcional, la capacidad de reducir la deuda puede ser inferior a lo previsto si la moneda se aprecia sobre el euro, que las cuotas de amortización pueden variar, además de por el tipo de interés aplicable, por el cambio aplicable a las monedas, que el riesgo no se limita a ser una simple representación inicial del capital prestado, sino que actúa como recálculo permanente, que influye no solo sobre el cálculo de las cuotas, sino también al propio capital, etc.) a través de los medios adecuados (con simulaciones e hipótesis de los escenarios posibles, folletos explicativos, otra información escrita...).

3. La prueba de esa información corresponde la entidad demandada y esta insiste en el recurso en que la misma se desprende del documento núm. 1 aportado con la demanda y se





justifica con la declaración de la testigo –la Directora de la oficina en la que se tramitó el préstamo-. Esta declaración, sin embargo, debe valorarse adecuadamente no solo en relación de las circunstancias personales de la testigo (art 376 de la LEC), que mantiene una relación laboral con la entidad demandada, sino que además al haber intervenido directamente en los hechos controvertidos, sus manifestaciones tiene una cierta concomitancia con la respuestas en la prueba de interrogatorio (art. 309 de la LEC) que solo puede ser propuesta por la otra parte y cuya régimen de valoración (art. 316 de la misma Ley) restringe en parte su eficacia respecto de los hechos favorables. Al margen de ello, solo se le dio la información escrita que figura en el documento en el que tanto insiste la parte apelante en este motivo.

4. Este documento, sin embargo y vistas sus características, no puede considerarse suficiente; en él se señala que como consecuencia de las posibles fluctuaciones del cambio de divisas al euros, puede dar lugar a que la deuda sea incluso superior al importe inicial de la operación; se trata de un documento previamente redactado por la entidad bancaria, con esa expresión un tanto genérica, que se pasó a la firma del actor antes de la firma del contrato, que éste no recordaba haber firmado, que representa más bien una fórmula estereotipada sin análisis de circunstancias y referencias más concretas; en función de esas circunstancias, no puede considerarse en sí mismo suficiente para representar toda la información que requería el cliente dado el perfil al que ya se ha aludido; en realidad y como se señala en el escrito de oposición al recurso, *“tal documento no implica que el actor conociera el producto, puesto que de ser así no habría sufrido una pérdida económica de casi 100.00 euros”*. El motivo por tanto no puede estimarse,

CUARTO.- 1. También alude la apelante a que los actos posteriores del demandante (al realizar varios cambios de divisas) acreditarían la inexistencia del error tal y como se viene a concluir en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2015, alegación que habría que relacionar con la de la confirmación del contrato con base en el art. 1309 del CC –alegada al final del recurso-, pues *“basta acudir a los diversos cambios de divisa”* para tenerlos como actos que implican la renuncia al ejercicio de la acción al tener ya entonces conocimiento del riesgo asumido.

2. Sobre esta alegación hay que insistir, en primer lugar, en que no es solo el vicio del error el fundamento de la pretensión actora ni el motivo por el que se debe estimar la demanda la nulidad, sino que la pretensión y la declaración de nulidad también tiene fundamento en la condición de abusiva de la clausula controvertida (que incluso puede ser apreciada de oficio, si bien en este caso ya fue planteada por el actor en la demanda) por no superar el control de transparencia exigible para su validez y eficacia.

En segundo lugar, que la sentencia del Tribunal Supremo citada parte de la base de que los demandantes no ostentaron, en la relación que era objeto del proceso en el que se dictó, la condición jurídica de consumidores, pues no actuaban *«en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional»*, como exige el art. 3 del TRLCU, y no basta, por tanto, con ser persona física para quedar incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de dicha ley; por otro lado, consideró que tales demandantes eran profesionales de elevada cualificación (ejecutiva, la esposa, y abogado y empresario, el marido), con conocimientos especializados en Derecho bancario y en concreto en hipotecas, lo que claramente no es el caso de autos en el que el actor, como se ha repetido, es bombero de profesión con conocimientos en electricidad.





Por último, no cabe la confirmación de un contrato o de una cláusula nula de pleno derecho como es el caso.

3. Partiendo de lo expuesto, tampoco cabe estimar este motivo, pues poco importa que el demandado se percatara con posterioridad a la perfección del contrato de los riesgos que entrañaba la cláusula ni las medidas a adoptar para aminorar las consecuencias tan perjudiciales que se estaban produciendo, entre ellas el cambio de divisa para contrarrestarlas, ni esa actuación *ex post* convalida la falta de información *ex ante*, y, además, tampoco esa conducta es expresiva de que el actor tuviera ya conocimiento de la significación y alcance económico de la cláusula, al margen de que pudiera variar la divisa precisamente para paliar los perjuicios que ya desde un principio se generaron. Por otro lado, tampoco existe una infracción de la doctrina sentada en la sentencia mencionada del Tribunal Supremo por las diferencias existentes y ya puestas de manifiesto entre el supuesto contemplado en ella y el que es objeto de la presente resolución. Finalmente no es posible la confirmación del contrato con la conducta posterior del actor si se tiene en cuenta el carácter abusivo de la condición general y la naturaleza de la nulidad, radical o de pleno derecho, que comporta.

QUINTO.- 1. Tampoco el resto de los motivos pueden estimarse; si bien la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 se ha pronunciado sobre la calificación de la cláusula multidivisa como servicio financiero en sentido algo diferente al señalado en la sentencia del Tribunal Supremo anterior ya citada, lo que podría determinar la inaplicación del art. 79 bis de la Ley de Mercado de Valores introducida para la transposición de la Directiva MiFid, ello por sí mismo no determina la desestimación de la demanda si se tiene en cuenta que la obligación de información no prestada se mantiene con base no ese precepto, sino en la normativa de consumidores en orden a garantizar la transparencia en el sentido antes expresado, información que como antes se ha señalado no se prestó; además y por otro lado, sería aplicable en todo caso las obligaciones de información recogidas en el precepto señalado antes de la reforma llevada a cabo para la transposición de la Directiva mencionada, y en el resto de las disposiciones aplicables que podrían llevar a la misma conclusión.

2. No existe infracción del art. 217.2 de la LEC pues, como se ha señalado por alguna Audiencia Provincial (sentencia de 1 de julio de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid,, en un caso idéntico en lo sustancial al del presente caso), *«sentada la naturaleza del producto contratado con arreglo a la jurisprudencia emanada por el TJUE, hemos de destacar que aún cuando incumbe al actor la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, como fundamento de la acción ejercitada, corresponde en todo caso al Banco demandado acreditar que dio al prestatario información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación del préstamo hipotecario con la opción "multidivisa" en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados al instrumento financiero contratado. Siendo tal principio general una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se*





encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar (STS 20 de enero de 2014)».

3. No cabe entender, de igual modo, que la sentencia equipare una eventual falta de información con el error invalidante; en realidad y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, la información -que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros- es imprescindible para que el cliente pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información de modo que el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. Y en caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente que contrata cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo, lo que en este caso y como se ha señalado no ha ocurrido.

4. Tampoco la alegación sobre el préstamo en divisas y la incidencia de las fluctuaciones, que tienen como base el conocimiento y la aceptación de un elemento aleatorio del contrato, pueden aceptarse, pues precisamente ese componente reclama una información más ajustada y unos conocimientos específicos del funcionamiento del mercado de divisas para poder comprender y ser consciente del riesgo que se contrae, y lo que no cabe admitir es que una operación para la financiación de la adquisición de un vivienda o cualquier otra finalidad propia del consumidor, se erija en una operación especulativa y de riesgo fuera o más allá de los márgenes de la oscilación que pudieran generar otras referencias (como la variación del tipo de interés). Como igualmente tampoco puede estimarse que hubiera un conocimiento específico de la especial significación de los riesgos que se asumían como si de una operación de inversión o especulativa se tratara.

SSEXTO.- 1. Procede, en definitiva y por lo expuesto, desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia apelada.

2. La desestimación íntegra del recurso lleva consigo la imposición de las costas a la parte apelante por disponerlo así el art. 398.1, en relación con el art. 394, ambos de la LEC.

F A L L O

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto y **CONFIRMAMOS** en todas sus partes la sentencia recurrida, **IMPONIENDO** a la parte apelante de las costas originadas en la segunda instancia, **CON PÉRDIDA** del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente sentencia, dictada en un juicio ordinario tramitado por razón de la cuantía que no excede de seiscientos mil euros, caben, en su caso, recurso de casación por interés casacional (art. 477.3 de la LEC) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste solo si





se formula aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la LEC), y si se interponen ambos en legal forma en el plazo de veinte días ante este Tribunal previa la constitución del depósito en la forma y cuantía legalmente prevenidas.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y demás efectos legales.

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

