

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Undécima**

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

**N.I.G.:** 28.148.00.2-2014/0001191

**Recurso de Apelación 735/2015**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz  
Autos de Procedimiento Ordinario 209/2014

**Apelante:** Dña. MARÍA DEL PILAR DELSO PELEGRÍN  
PROCURADORA Dña. PATRICIA GÓMEZ-PIMPOLLO DEL POZO

**Apelado:** BANCO POPULAR ESPAÑOL SA  
PROCURADOR D. JAVIER GARCÍA GUILLÉN

## **SENTENCIA**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

**ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE:**

D. CESÁREO DURO VENTURA

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

Dña. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ DUPLÁ

Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA

En Madrid, a dos de febrero de dos mil diecisiete.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 209/2014 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz a instancia de **Dña. MARÍA DEL PILAR DELSO PELEGRÍN** como parte apelante, representada por la Procuradora Dña. PATRICIA GÓMEZ-PIMPOLLO DEL POZO contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL SA** como parte apelada, representada por el Procurador D. JAVIER GARCÍA GUILLÉN; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 24/06/2015.

VISTO, Siendo Magistrada Ponente **Dña. MARÍA JOSÉ**

**RODRÍGUEZ DUPLÁ.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz se dictó de fecha 24/06/2015, cuyo fallo es del tenor siguiente: “Desestimo íntegramente la demanda formulada por Doña María Pilar Delso Pelegrín representada por la procuradora Doña Teresa Moreno Mateos y defendida por Dalmau & Simon Abogados contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. representada por el procurador Don Javier García Guillen y defendida por el Letrado Don J. Ignacio Trillo Garrigues y, en consecuencia, debo absolver y absuelvo a la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. de la demanda y de los pedimentos contenidos en ella, con imposición de costas procesales a la parte actora.”.

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Dña. MARÍA DEL PILAR DELSO PELEGRÍN, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formuló oposición al recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## **II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** Se acepta los de la resolución impugnada en cuanto no se opongan a los siguientes.

**SEGUNDO.-** Doña María del Pilar Delso Pelegrín interpuso demanda contra Banco Popular Español SA en ejercicio de acción de nulidad, y subsidiariamente de anulabilidad contractual, por vicio del consentimiento, a propósito de la cláusula multidivisa del contrato de préstamo con garantía hipotecaria fechado a 17 de mayo de 2007, y consiguiente invalidez de las operaciones realizadas en divisas, francos suizos y yenes japoneses, y postulaba se condene a la entidad bancaria “a la restitución del préstamo hipotecario, sin el efecto producido por dichas cláusulas de divisas distintas de la moneda de uso corriente en nuestro país, el euro, desde su formalización hasta la fecha”, con subsidiaria pretensión de nulidad absoluta del contrato si a consecuencia de la nulidad de estipulaciones, por ser estas esenciales, es imposible subsista el negocio jurídico, con restitución en tal caso de las prestaciones ex artículo 1303 del Código Civil. La sentencia de primer grado jurisdiccional desestimó la demanda, con imposición de costas, siendo pilares de su discurso la integridad del contrato como acto jurídico, y consiguiente imposibilidad de su nulidad parcial, o la de una cláusula contractual, y la esencialidad y excusabilidad exigibles en el error para que prospere como vicio del consentimiento, a lo que se añadía que el control de la referida cláusula multidivisa como condición general de la contratación y conforme a los filtros acuñados por la doctrina legal, inclusión y transparencia, demuestra que es clara, incluso desde la perspectiva de la protección del consumidor, y las pruebas han demostrado que la actora tuvo información suficiente sobre el producto contratado y lo entendió, sin que, por último, sea aplicable la normativa MIFID, por ser el contrato previo a su vigencia.

Frente a dicha resolución se alza la demandante insistiendo en sus pretensiones y denuncia errónea valoración de la prueba e indebida aplicación de la legislación sobre el mercado de valores y normativa en protección de consumidores y usuarios, haciendo hincapié en el derecho a la información, transgredido por la entidad bancaria, mientras que la apelada se opone al recurso e interesa la confirmación de la sentencia.

**TERCERO.-** Previo a cualquier otra consideración es señalar que la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada por Banco Popular Español SA, a favor de Doña María del Pilar Delso Pelegrín, documenta la operación crediticia litigiosa, y entre las cláusulas financieras, respecto al capital del préstamo, se convino como importe, en el punto 1.1 “la entrega... en calidad de préstamo multdivisa, de la suma de trescientos ochenta y un mil ochocientos sesenta y nueve (381.869 €) francos suizos (equivalentes a doscientos treinta mil euros (230.000 €). Dicho contravalor se establecerá en base al cambio “comprador” de la divisa elegida, respecto del euro, que el Banco publique en la fecha que se formalice el presente contrato, salvo que las partes acuerden la aplicación de un cambio distinto” “El préstamo inicialmente queda formalizado en Francos Suizos (CHF)”, y más adelante, el punto 1.3, relativo a la cláusula multdivisa, establece lo siguiente: *“La prestataria podrá, con un mínimo de 3 días hábiles de antelación al vencimiento de cada cuota de amortización, solicitar la sustitución de la divisa por otra de las cotizadas en España, incluida el euro, valorándose a estos efectos la divisa que se sustituya al cambio vendedor, y la que se introduce al cambio comprador. La sustitución deberá afectar al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar utilizado y reflejado en una sola divisa.*

*El tipo de cambio comprador y vendedor aplicado a cada uno de los cambios de divisa deberán ser los publicados por el Banco el día en que se solicite el cambio de la divisa, salvo que las partes acordaran la aplicación de un cambio distinto, todo ello de conformidad con lo establecido en la presente Cláusula. La efectividad del cambio de divisa no se producirá hasta 2 días hábiles posteriores a la fecha de la solicitud.*

*A tal efecto, se harán los oportunos trasposos y el Banco reflejará el préstamo en la clase de divisa o, según el caso, en euros, que haya determinado la prestataria, quedando los diferentes saldos amparados, a todos los efectos, por lo pactado en el presente contrato y por la garantía hipotecaria que conlleva.*

*La prestataria comunicará al Banco, antes de las 12 horas del día en que finaliza el plazo para solicitar el cambio de la divisa en cada periodo de amortización, mediante telex o telegrama, o cualquier otro medio escrito del que quede constancia de su recepción, la clase de divisa por la que, en su caso, opta. A estos efectos, las solicitudes recibidas en día inhábil, o con posterioridad a las 13:15 horas de un día hábil, se tendrán por recibidas el día hábil inmediatamente posterior. Si no comunicara la variación de la moneda se entiende que opta por mantener la elegida para el periodo anterior.*

*Las solicitudes de cambio de divisa que se realicen dentro los tres últimos días hábiles anteriores al vencimiento de una cuota, se harán efectivas en las mismas condiciones que si hubieran sido recibidas el día hábil siguiente al vencimiento de dicha cuota.*

*En el día en que se haga efectivo el cambio de divisa, el Banco practicará una liquidación extraordinaria de intereses que abarcará el periodo comprendido entre la fecha de vencimiento de la cuota de amortización inmediatamente anterior a la solicitud de cambio efectuada y el día hábil anterior al que se haya hecho efectivo el cambio de la divisa. Del mismo modo, el pago de la siguiente cuota de amortización ordinaria, una vez hecho efectivo el cambio de la divisa, se llevará a cabo en la fecha establecida en la Cláusula 2.1.b), si bien, el periodo de cálculo de esta cuota estará comprendido entre la fecha en que el cambio de la divisa se ha efectuado, y la fecha en que se produzca el pago de esta cuota ordinaria.*

*La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio. Por tanto, la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a Banco Popular Español S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la moneda que, según el caso sea contratada, pueda ser*

*superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso, de manera que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar fuera superior en un 10% al importe de la responsabilidad hipotecaria que por principal corresponde, la prestataria deberá realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso. En caso de que dicha amortización extraordinaria no se lleve a cabo en el plazo de dos meses contados desde la fecha en el exceso se produzca, el Banco estará facultado para llevar a cabo la sustitución de la divisa contratada por euros.*

*La sustitución de la divisa utilizada implicará, en todo caso, la modificación del tipo básico de referencia aplicable, en los términos establecidos en el apartado 3.4 de la presente cláusula.*

*Para la determinación del contravalor a euros del saldo pendiente en cada momento se tendrá en cuenta el cambio vendedor de la divisa de que se trate publicado diariamente por el Banco.*

*El cambio de divisa realizado a solicitud de la parte prestataria devengará la comisión que se especifica en la Cláusula 4.5 del presente contrato.”*

El periodo de amortización del préstamo se fijó en 25 años (hasta el día 17 de mayo de 2032), 300 cuotas mensuales, y su cuantía, en el primer periodo a tipo fijo -3,14 por ciento anual-, y en los restantes periodos el resultante de aplicar el procedimiento acordado para revisión, -diferencial de 0,40 + básico de referencia euribor o libor- determinándose una cuota inicial de 1.847,86 francos suizos -equivalente a 1.127,87 euros- y previendo que el contravalor del importe de dicha cuota en la moneda de la cuenta de cargo se calcularía de conformidad con lo expresado en la propia cláusula.

**CUARTO.-** La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, señera en la materia y de constante cita en litigios parejos al actual, aborda la naturaleza de la cláusula multidivisa en los siguientes términos: “*lo que se ha venido en llamar coloquialmente ‘hipoteca multidivisa’ es 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 Euríbor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).*

*El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertados estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.”*

*Explica 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. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. 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 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."*

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



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

**QUINTO.-** Ciertamente en principio incumbiría a la actora demostrar el vicio del consentimiento -error-, como resulta de las reglas de distribución del onus probandi, por ser el hecho de que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas aplicables, el efecto jurídico correspondiente a su pretensión, criterio genérico de distribución de la carga de la prueba según el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e inconcusa la doctrina legal que asigna a quien sostiene la concurrencia de un vicio del consentimiento la carga de acreditarlo, pues se presume válidamente prestado, bajo la buena fe que ha de presidir las relaciones negociales -por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2006 y 17 de junio de 2005- en homenaje a la seguridad jurídica, asentada en el respeto y cumplimiento de lo pactado, mas, a la vez, como las normas reguladoras del mercado de valores imponen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito -vid. artículo 79 bis de la Ley de Mercado de Valores y normativa reglamentaria que la desarrolla -resulta paladino que incumbía a la entidad bancaria, conforme a las susodichas reglas del onus probandi ex artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acreditar que cumplió su deber de información clara, precisa y detallada, asegurándose de que la clienta comprendía el funcionamiento del producto y riesgos asumidos, en suma, justificar la concreción y suficiencia del asesoramiento.

Para comprobar el grado de cumplimiento de las obligaciones correspondiente a la entidad bancaria conforme al marco normativo vigente en septiembre de 2007, importa recordar que venía constituido

por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores en la versión entonces en vigor, el Real Decreto Legislativo 629/1993, y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995; el hecho de que no se hubiera traspuesto a nuestro ordenamiento de Directiva 2006/39/CE no equivale a que no fuera exigible a las entidades bancarias el deber de informar y actuar en defensa de los intereses de sus clientes, con normas de conducta similares a las después previstas en la Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

Así, el artículo 79 de la Ley 24/1988, y códigos de conducta aprobados por el Gobierno en desarrollo y el Ministerio de Economía a propósito de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, exigían que las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito y las personas o entidades que intervengan en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, se atuvieran a los principios y requisitos que el precepto señala, y que en lo ahora de interés son: a) comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, b) desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de sus clientes como si fuesen propios, c) asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados, d) dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.

El Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores, regulador del código de conducta, establece en su artículo 4-1 que las entidades solicitarán de sus clientes la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando ésta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer, señalando en su artículo 5 que estas entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes “toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión” y la información a la clientela debe ser clara,

correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata...”; por su parte la Orden de 25 de octubre de 1995 exige que la información sea “clara, concreta y de fácil comprensión.”.

Además debe tenerse en cuenta la normativa general en materia de consumo, en cuanto la aquí demandante tiene la consideración legal de consumidora.

**SEXTO.-** La doctrina legal es contundente a la hora de insistir en relación al deber de información de las entidades financieras; baste citar como muestra las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2015 y 15 de julio de 2016.

La primera expresa:

**“3.-** *La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes.*

*La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores establecía como principios a los que debían atenerse las empresas que actuaran en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, los de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado, organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios, asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y*

*mantenerlos siempre adecuadamente informados, y dejar constancia frente a los clientes de cualquier posible conflicto de intereses en relación con el asesoramiento o con el servicio de inversión que se preste.*

*Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes y la que deben proporcionarle, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles la información adecuada e imparcial.*

*La previsión contenida en la anterior redacción del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a « informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes ».*

*El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen*

*funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de estos información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):*

*« 1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos ».*

*La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9: « Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».*

**4.-** *La sentencia recurrida infringe esta normativa reguladora del mercado de valores al estimar suficiente y adecuada la información que suministró a la demandante.*

*Ciertamente, como hemos declarado en las sentencias núm. 385/2014, de 7 de julio, 110/2015, de 26 de febrero, y 535/2015, de 15 de octubre, entre otras, en contra de lo afirmado por la recurrente, no es relevante que la información que la empresa de servicios de inversión facilitó a la demandante no incluyera la previsión de evolución de los tipos de interés. Hemos añadido en la sentencia núm. 491/2015, de 15 de*

septiembre, y 535/2015, de 15 de octubre, que no cabe apreciar error vicio en la contratación de los swaps basado en el desconocimiento que en ese momento tenía el cliente sobre la evolución que iban a tener los tipos de interés, e imputar el error al incumplimiento por parte del banco de un supuesto deber de informar acerca de las previsiones del mercado.

*Pero sí es relevante a efectos de apreciar infringida la normativa sobre el mercado de valores que la entidad de crédito no suministrara al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía y la entidad que podían alcanzar los mismos, y no se cerciorara de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que no ha sido cumplido en este caso.*

*Que las condiciones generales del contrato reunieran los requisitos que los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación establecen para que puedan entenderse incorporadas al contrato, como afirma la Audiencia Provincial (si bien está mencionó el precepto aplicable a la contratación con consumidores y usuarios, que no es aplicable pues la demandante no reúne esa cualidad) no supone que se haya cumplido el elevado estándar de información a que le obliga la normativa sectorial que se ha mencionado y resumido.*

*Asimismo, la información suministrada con anterioridad a la firma del contrato era claramente insuficiente pues no informaba adecuadamente sobre los riesgos del producto, en concreto sobre el riesgo de pérdidas severas en caso de bajada de los tipos de interés (en un producto en el que el cliente buscaba cubrir el riesgo de subida de los tipos de interés). Tampoco informaba sobre la existencia de un coste de cancelación que podía ser elevado. Y no contenía una información clara, imparcial y no engañosa en los términos que se exponen a continuación.*

**5.-** *Como consecuencia del deber de información imparcial que la normativa sectorial (también la anterior a la trasposición de la Directiva MiFID) impone a las empresas de inversión, existen determinados extremos sobre los que la entidad que ofrece a un cliente no experto la*

*contratación de un swap debe informar a este. La intensidad de estos deberes de información son tanto mayores cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo, debido a su perfil inversor.*

*En primer lugar, debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.*

*Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos, qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho anteriormente, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente.*

*También debe suministrar al cliente una información clara y correcta sobre la forma de calcular el coste de cancelación anticipada de los productos. Esta información tiene carácter esencial por cuanto que la cancelación anticipada no es una eventualidad anormal en el contrato de swap, desde el momento en que en el mismo se prevén una serie de "ventanas" en las cuales el cliente puede cancelarlo anticipadamente. Esa información no se suministraba en el presente caso, y pese a haberse puesto de manifiesto por la demandante, la sentencia recurrida no ha*

*otorgado ninguna trascendencia a esta grave omisión.*

*Asimismo, la entidad bancaria, a la vista de la complejidad del producto, debe informar en términos claros de los posibles desequilibrios entre las cargas que para el cliente supone que el tipo de interés de referencia baje y las que para el banco supone que este tipo suba, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio, y en el caso objeto del recurso se plantea que mientras que las cantidades que el cliente recibió cuando el tipo de interés de referencia subió eran de escasa cuantía, las que debía pagar cuando el tipo de interés bajó eran muy superiores.*

*El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional.*

**6.-** *Como hemos dicho en anteriores resoluciones, el suministro de una información inadecuada e insuficiente por la entidad bancaria hace presuponer la existencia del error en un cliente que no sea un experto en el mercado de productos financieros.*

*El hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente ese carácter experto, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.*

*Tampoco lo supone el hecho de que el administrador realizara la contratación con la asistencia del contable de la empresa, licenciado en económicas. Hemos afirmado en la sentencia núm. 549/2015, de 22 de octubre de 2015, que no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable.*



*7.- Hemos declarado también que en este tipo de contratos sobre productos financieros complejos y de riesgo, la normativa reguladora del mercado de valores es fundamental para determinar si el error es sustancial y excusable, puesto que establece para las empresas que operan en el mercado financiero una obligación de información a los clientes con estándares de claridad e imparcialidad muy elevados, y determina los extremos sobre los que ha de versar tal información (fundamentalmente, naturaleza y riesgos del producto, y posibles conflictos de interés). Por tanto, si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento.*

*Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrarla de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».*

*Cuando no existe la obligación de informar, no puede imputarse el error a la conducta omisiva de una de las partes porque no facilitó la información a la contraria, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a*

sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

**8.-** Tampoco se considera correcta la afirmación de la sentencia en el sentido de que no existe error excusable que vicie el consentimiento porque la demandante podía haberla evitado con una diligencia regular o media, mediante la simple lectura del contenido del contrato suscrito, integrado por cláusulas redactadas de manera concreta, clara y sencilla, con posibilidad de comprensión directa.

Como ya se ha dicho, que las cláusulas prerredactadas del contrato de swap cumplieran los requisitos necesarios para considerarlas incorporadas al contrato, de acuerdo con los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, no supone que suministraran al cliente la información clara, precisa, no engañosa e imparcial que exigía la normativa sobre el contrato de valores, puesto que faltaba información sobre los extremos que han sido indicados (riesgo realmente asumido, valor inicial del swap, coste de cancelación, etc).

Como ya declaramos en las sentencias núm. 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le

*impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia.”.*

La segunda insiste: “**1.-** Esta sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de "swaps" de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión. La sala ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Así ha ocurrido, a partir de la importante sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, en las sentencias 384/2014 y 385/2014, ambas de 7 de julio, 387/2014 de 8 de julio, 110/2015 de 26 de febrero, 491/2015, de 15 de septiembre, 547/2015, de 20 de octubre, 550/2015, de 13 de octubre, 559 y 562/2015, de 27 de octubre, 560/2015, de 28 de octubre, 595/2015 y 610/2015, de 30 de octubre, 588/2015, de 10 de noviembre, 623/2015, de 24 de noviembre, 675/2015, de 25 de noviembre, 631/2015, de 26 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 670/2015, de 9 de diciembre, 691/2015, de 10 de diciembre, 692/2015, de 10 de diciembre, 742/2015, de 18 de diciembre, 31/2016, de 4 de febrero, 195/2016, de 20 de marzo, y 331/2016, de 19 de mayo, entre otras.

**2.-** *La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes.*

*La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El art. 79 de la Ley del Mercado de Valores establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]».*

*Por tanto, aunque tras la reforma operada por la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes (apartados 5 y siguientes) y la información que deben suministrar a tales clientes (apartados 1 a 4), de modo que refuerza el nivel de protección de estos, con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos y de suministrarles información clara, correcta, precisa, suficiente, facilitada con suficiente antelación, haciendo hincapié en los riesgos de la operación, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo. Por tal razón, la afirmación que se hace en la instancia en el sentido de que cuando se suscribió el contrato de swap entre las partes no se había incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la normativa MiFID puede justificar que no se apliquen los requisitos formales introducidos por la Ley 47/2007, de 19 de noviembre, o que no se utilicen las categorías legales establecidas en la misma (por ejemplo, en la clasificación de los clientes), pero no puede servir para excusar a la entidad bancaria de cumplir un alto estándar de diligencia en el cumplimiento de sus deberes de información frente a sus*

*clientes, tanto para recabar información sobre el perfil y necesidades de dicho cliente como para transmitir a este la información suficiente sobre la naturaleza y riesgos del producto que se le ofrece, especialmente cuando se trata de un cliente no experto en productos financieros complejos.*

**3.-** *Por otra parte, la Directiva MiFID no solo se encontraba ya en vigor cuando se concertó el contrato, sino que había transcurrido ya el plazo de transposición de la misma.*

*En nuestra sentencia 244/2013, de 18 de abril, respecto de un contrato concertado cuando la citada Directiva se encontraba ya en vigor pero no había transcurrido el plazo de trasposición, afirmamos:*

*«Por otra parte, la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86). En tal sentido, esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo. Así ocurrió en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996, que utilizó la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, para interpretar la normativa de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».*

*La influencia interpretativa de las Directivas es aún más considerable cuando ha transcurrido el plazo de trasposición sin que hayan sido transpuestas al Derecho interno. Lleva razón la recurrente*

cuando alega que la elevación en el nivel de protección del cliente que supone la citada Directiva debe ser utilizada como criterio hermenéutico en la interpretación de la normativa interna, para obtener el fin útil de la Directiva no transpuesta en plazo. Sobre esta cuestión, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Pleno), de 11 de julio de 1996, caso MPA Pharma GmbH contra Rhône-Poulenc Pharma GmbH, declaró:

«En primer lugar, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona (véanse, en particular, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, apartado 48; de 13 de noviembre de 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I- 4135, apartado 6, y de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 20). Sin embargo, según esta jurisprudencia, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para conseguir el resultado perseguido por esta y atenerse así al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CE ...»

**4.-** La previsión contenida en el anterior art. 79 de la Ley del Mercado de Valores desarrollaba la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha Directiva. Los arts. 10 a 12 de la directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Su art. 11 prevé que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]; a transmitir de forma adecuada la información que

*proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes ». Estas obligaciones de las empresas de inversión son reforzadas y formalizadas por la posterior Directiva MiFID.*

*El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo):*

*«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos ».*

**5.-** *El incumplimiento por la demandada del estándar de información impuesto en esta normativa sobre las características del producto financiero complejo que ofrecía a su cliente, y en concreto*

*sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.*

*Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en las sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 460/2014, de 10 de septiembre, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente».*

*Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la*



*protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.”*

**SÉPTIMO.**- A mayor abundamiento, entre los requisitos esenciales de todo contrato se halla el consentimiento de los contratantes, vid. artículo 1261 del Código Civil, que se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el negocio, conforme al artículo 1262 del mismo texto, y que será nulo – artículo 1265- prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Por ello la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige plena conciencia de lo que significa el contrato y de los derechos y obligaciones derivados, lo cual otorga importancia a la negociación previa y a la fase precontractual, en que los contratantes merecen toda la información necesaria para valorar cuál es su interés en el contrato y actuar en consecuencia, postulado que alcanza especial intensidad si cabe en el ámbito de la contratación bancaria.

Sin embargo para que el error –nacido de falta de información- implique vicio del consentimiento, conforme a los postulados generales, ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuese objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y la doctrina legal señala p.e. *STS de 10 de abril de 1999*, que ha de ser esencial y excusable, requisito este último que el *Código Civil no menciona pero se deduce del principio de buena fe consagrado en su artículo 7*, a valorar en atención a las circunstancias del caso, y se erige en una medida de protección para la otra parte contratante; el error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (*STS de 4 de enero de 1982, 3 y 29 de marzo de 1994*), de acuerdo con los postulados de la buena fe, diligencia que ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el supuesto, incluso las personales, no sólo las de quien ha

padecido el error, y se ha de atender a lo exigible, mayor cuando se trata de un profesional, y menor cuando se trata de persona inexperta; igualmente la *STS de 23 de julio de 2001* señala que el error invalidante no ha de ser imputable al que lo padece; y, no merece el calificativo de excusable el que obedece a la falta de diligencia exigible a las partes contratantes, que implica cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible (*STS de 6 de febrero de 1996*); en parecidos términos reiteran la misma doctrina las posteriores *sentencias de 24 de enero de 2003, 12 de noviembre de 2004, 17 de febrero de 2005, 22 de mayo y 11 de diciembre de 2006*.

En punto al deber de información y el error como vicio del consentimiento, expresa la *STS de 20 de enero de 2014*, relativa a un contrato de *Swap* pero con criterios asentables ahora, que la previsión legal del deber de información apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de los productos financieros con clientes minoristas, y su incumplimiento puede incidir en la apreciación del error, en tanto afecte a los concretos riesgos asociados a la contratación, y el hecho de que el *apartado 3 del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores* imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos" muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, o dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación. En suma esos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera inciden directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error.

Otras sentencias del Alto Tribunal también han abordado la cuestión, como la de 8 de julio de 2016, que contiene una síntesis de la doctrina al respecto, la de 12 de enero de 2015, que perfila los estándares de información que la normativa del Mercado de Valores impone a las entidades financieras, y rechaza las menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declara haber sido informado debidamente, o la de 22 de diciembre de 2009, que estima la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil como argumento relevante para la nulidad del contrato celebrado con entidad bancaria.

**OCTAVO.-** La sentencia de instancia niega la ambigüedad u oscuridad de la cláusula litigiosa e indica que su rúbrica está resaltada en color negro, y tras disertar sobre los controles precisos en el ámbito de la protección de consumidores menciona los informes periciales presentados por las partes y concluye que la Sra. Delso, auxiliar de vuelo y cuyo padre trabajaba como administrativo en un Registro de la Propiedad, merced a las explicaciones ofrecidas por el empleado del banco Sr. Rodríguez Hernández entendió los parámetros que condicionaban el pago de su hipoteca.

No compartimos esta conclusión. Los dictámenes periciales emitidos por Don Salvador Sánchez Toledo y Don Juan Alberto Cagigas Campos, el primero sobre la definición del contrato de préstamo hipotecario en divisas y su funcionamiento y diferencias con el tradicional en euros y referenciado al euribor, definición de los riesgos en caso de liquidaciones mensuales y de liquidación anticipada, análisis de comisiones y singularmente la relativa a cambio de divisa, evolución del tipo de cambio en el momento de la firma del contrato y análisis de los valores históricos del tipo de cambio euro/franco, de la evolución del capital pendiente debido a la variación del tipo de cambio y situación económica del entorno en el momento de la firma del préstamo litigioso, y el segundo perito sobre la idoneidad del producto financiero contratado para la adquisición de un inmueble por parte de un particular, aun

prescindiendo de las consideraciones jurídicas hechas por ambos economistas y centrándonos en los aspectos financieros y monetarios de sus informes, revelan que estamos en presencia de un producto financiero mucho más complejo de lo que una primera aproximación a su naturaleza haría pensar. No otra cosa resulta del dictamen emitido a instancia de Banco Popular Español SA por Don Rubén Manso Olivar, cuyo tecnicismo y extensión para analizar la naturaleza y términos del préstamo litigioso y en concreto la cláusula multidivisa, y otros aspectos -paridad de los tipos de interés, actuación de las entidades de crédito en estos casos y sus implicaciones en la operativa bancaria, estudio de la información facilitada al cliente, y contexto financiero en fechas anteriores y posteriores a la suscripción y expectativas- deja ver un diseño contractual impropio para una persona no versada en conocimientos financieros, por mucho que le fueran explicados características y escenarios, con tablas de simulación, y, en teoría, los riesgos vinculados al modelo, sobre lo que disienten en sus manifestaciones la actora y el testigo, pues mientras aquélla describe una situación de tendencioso relato de los posibles efectos positivos del contrato -rápida y ventajosa amortización merced a las condiciones ofrecidas a su gremio-, pocas explicaciones y ocultación de aspectos fundamentales, con el efecto de que no comprendió la trascendencia del negocio, en cambio el empleado Sr. Rodríguez Hernández manifiesta que explicó al detalle las condiciones financieras del préstamo, entregando copia de los documentos a la interesada, con simulación de monedas y escenarios, con suministro de tablas, haciendo hincapié en el riesgo de cambio y su reversibilidad, posible resultado negativo, volatilidad, etc., manifestaciones éstas que han de ser tomadas con cautela, y sumisión a la sana crítica prevista como pauta de valoración en el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues como advierte la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, no cabe que la prueba tomada en consideración con carácter principal para estimar probado que el banco cumplió su obligación de informar sea la testifical de sus empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la

omisión en caso de no haberla procurado.

Por lo demás, la Sra. Delso Pelegrín tenía la condición de consumidora, según la normativa de consumidores y usuarios, texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, e igualmente según la anterior regulación, Ley 26/1984, de 19 de julio, vigente al tiempo de la contratación, como destinataria final, acreedora de la precisa información, y desde esta perspectiva no podemos concluir que la redacción de la cláusula controvertida fuera lo suficientemente clara y comprensible para conocer la impensa económica y jurídica que implica el mecanismo multidivisa y los riesgos asociados a su funcionamiento, que exceden, desde luego, los propios de un préstamo hipotecario a interés variable pactado en euros, pues al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda, con la eventualidad de que pese al puntual abono de las cuotas de amortización periódica puede ocurrir que sí se aprecia la divisa frente al euro el prestatario adeude un capital en euros mayor que el recibido al concertar el préstamo, efecto de que el tipo de cambio se aplica no sólo a las cuotas periódicas sino que también supone un recálculo del principal prestado.

Circunstancias tales como que la Sra. Delso tomara la iniciativa de dirigirse a la entidad bancaria para obtener información sobre la hipoteca, o su condición de auxiliar de vuelo, con estudios de Magisterio, no permiten inferir especial conocimiento sobre la materia o una formación específica en finanzas, siendo asimismo irrelevante el dato, expresado en la sentencia impugnada, de que el padre de Doña María del Pilar Delso prestara servicios como auxiliar administrativo en un Registro de la Propiedad.

Tampoco de la actitud de la prestataria a partir de la suscripción del contrato resulta que conociera los riesgos asumidos, más allá de la consecuencia, evidente, de que la carga económica soportada por ella se hizo más intensa, llegando a ver casi doblada la cuota mensual de

amortización, lo que la llevó a consultar repetidamente sobre posibles soluciones, y a quejarse de su situación, cambiando en una ocasión la divisa inicialmente tomada, francos suizos, por yenes. La Juzgadora infiere el “perfecto entendimiento” de la prestataria sobre el funcionamiento de la hipoteca de un correo electrónico, remitido cinco años después de contratar, en el que manifiesta su ignorancia sobre “por qué está tan mal el yen”, pero si bien se ve, lo que conociera la actora a esas alturas nada demuestra sobre la formación del consentimiento negocial un lustro antes, momento en que no consta en forma alguna que la demandante entendiera la cláusula multidivisa o estuviera familiarizada con el comportamiento del mercado de divisas, como tampoco que, fruto de la intervención notarial –puesta a disposición de la prestataria del proyecto de escritura para su examen previo, lectura en alta voz por el Notario y juicio del mismo sobre libertad en la prestación del consentimiento y voluntad informada- tomase noticia de su contenido, pues la actuación del fedatario no garantiza la comprensibilidad real ni el control y cumplimiento del esencial deber de facilitar información clara y cumplida, sobre lo que advierte la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014.

**NOVENO.-** En definitiva, la prueba practicada da soporte a los hechos nucleares de la acción de nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario litigioso, compatible con la subsistencia del negocio jurídico, cuyo restante contenido es separable y reúne cuantos requisitos precisa el contrato como esenciales para su formación –consentimiento, objeto y causa-, como en casos semejantes al de autos admite doctrina legal de que es representativa la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, con antecedente en la de 12 de noviembre de 1987 y reiteración en la de 12 de enero de 2015, por lo que entra en escena el principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial, sin posibilidad ahora de integración o moderación conforme al artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva.

Suprimida la cláusula multidivisa es efecto de la nulidad parcial la

permanencia del contrato y la secuela de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante traducido a euros, operando desde su inicio como un préstamo en euros, referenciado a euribor, criterio que hemos mantenido en nuestras anteriores sentencias dictadas en los Rollos de apelación Nº 436/2014 y Nº 264/2015.

**DÉCIMO.-** En mérito a las anteriores consideraciones procede estimar el recurso, revocando la sentencia impugnada y acogiendo la demanda en su pretensión principal, conforme se dirá, con imposición de costas de la primera instancia a la entidad demandada y sin especial pronunciamiento sobre las de esta alzada ex artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

### **III.- FALLAMOS**

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Doña María del Pilar Delso Pelegrín contra la sentencia de fecha 24 de junio de 2015, dictada por la Titular del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torrejón de Ardoz, en el procedimiento nº 209/2014, de que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y estimando la demanda entablada por aquélla contra Banco Popular Español S.A. declaramos la nulidad parcial del contrato del préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes el día 17 de mayo de 2007, en el contenido relativo a la cláusula multivisa, y consecuentemente que la cantidad adeudada por la actora es el saldo vivo del préstamo referenciado en euros, resultante de detraer al importe prestado las cantidades amortizadas hasta la fecha en concepto de principal e intereses, también convertidos a euros, de manera que el préstamo quede referenciado a euros y el tipo de interés al euribor; imponemos las costas de la primera instancia a la entidad demandada, sin especial pronunciamiento sobre las de esta

alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2578-0000-00-0735-15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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