



Roj: SAP M 10093/2015 - ECLI:ES:APM:2015:10093
Id Cendoj: 28079370112015100249
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 11
Nº de Recurso: 436/2014
Nº de Resolución: 234/2015
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: MARIA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA
Tipo de Resolución: Sentencia

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933922

37007740

N.I.G.: 28.005.00.2-2013/0004848

Recurso de Apelación 436/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 05 de Alcalá de Henares

Autos de Procedimiento Ordinario 578/2013

APELANTE: D./Dña. Isidro y D./Dña. Encarnacion

PROCURADOR D./Dña. PATRICIA GOMEZ-PIMPOLLO DEL POZO

APELADO: CATALUNYA BANC S.L. UNIPERSONAL

PROCURADOR D./Dña. ARMANDO PEDRO GARCIA DE LA CALLE

SENTENCIA

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE :

D.. ANTONIO GARCÍA PAREDES

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

D. CESAREO DURO VENTURA

Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA

En Madrid, a veintidós de julio de dos mil quince.

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 578/2013 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 05 de Alcalá de Henares a instancia de **Dña. Encarnacion y D. Isidro** , como parte apelante, representados por la Procuradora Doña PATRICIA GÓMEZ-PIMPOLLO DEL POZO, contra **CATALUNYA BANC S.L. UNIPERSONAL**, como parte apelada, representado por el Procurador D. ARMANDO PEDRO GARCIA DE LA CALLE; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra *Sentencia* dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 27/02/2014 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **Dña. MARÍA DE LOS DESAMPARADOS DELGADO TORTOSA.**

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 05 de Alcalá de Henares se dictó Sentencia de fecha 27/02/2014 , cuyo fallo es el tenor siguiente: <<Que **DESESTIMO** la demanda formulada por D. Isidro y Dª Encarnacion y absuelvo a Catalunya Banc S.A. de todos los pedimentos deducidos en su contra.

Las costas serán abonadas por la parte actora.>>

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Isidro Y Dª Encarnacion que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte contraria que formulo oposición, 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 del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

II.-FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- El presente recurso trae causa de la demanda interpuesta por D. Isidro y Dª ENCARNACION Encarnacion contra la entidad CATALUNYA BANC, S.A., en la que se solicitaba se dictara sentencia en la que se "declare la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las cláusulas y, por tanto, de las consecuencias de la Opción **Multidivisa**, del contrato firmado en fecha 18 de junio de 2007 con dicha entidad financiera y, subsidiariamente, la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las operaciones realizadas en yenes japoneses, así como la nulidad de la cláusula octava denominada Transferencia, con la condena a CATALUNYA BANC, S.A., a la restitución del préstamo hipotecario, sin tener en cuenta las cláusulas abusivas declaradas nulas o anulables, recalculando el capital que se adeuda a fecha actual, una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados, tal como sería un préstamo hipotecario que se liquida en la moneda propia del país en que se celebra dicho contrato, en Euros".

Referían los demandantes en su demanda que con fecha 18 de junio de 2007 suscribieron con la entonces CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA un contrato de préstamo hipotecario de vivienda en yenes japoneses por importe de 270.000 euros, equivalentes a 44.488.003 yenes japoneses, señalando que si bien prestaron su consentimiento a la suscripción de tal contrato, lo hicieron en base a la información que sobre el producto ofertado y su evolución recibieron de la entidad demandada, presuponiendo que ésta actuaba con profesionalidad y absoluta buena fe, siendo que, a la vista de cómo ha evolucionado la deuda, han llegado a ser conscientes de que la información ofrecida por la demandada fue incompleta, oscura y carente de veracidad, por lo que el consentimiento emitido por ellos se encontraba viciado. A su entender, contrataron sin haber recibido la suficiente explicación acerca de la opción **multidivisa** prevista en el contrato -creyendo que contrataban un préstamo hipotecario que liquidaba intereses según el tipo existente en Japón siendo éste más reducido que en España y por tanto que les resultaba más beneficioso-, ni de los riesgos que se asumían y, por tanto, que su error fue sustancial y el dolo de la demandada principal y omisivo al haber ocultado información; y que ascendiendo el préstamo a 270.000 euros, después de cinco años y abonar unos 82.000 euros, resulta que en enero de 2013 la deuda es de 380.080,13 euros. Invocaron además el incumplimiento por parte de la demandada de lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores y la normativa MIFID, así como el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En cuanto a la nulidad de la estipulación octava del contrato, que prevé la posibilidad de cesión del contrato por parte de la entidad financiera sin necesidad de informar de ello al cliente, quien renuncia al derecho que le concede el art. 149 de la Ley Hipotecaria , dicen solicitar la misma en base al carácter abusivo de la misma al suponer una renuncia o limitación de los derechos del consumidor, en el sentido expresado por el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 16 de diciembre de 2009 .

La demandada se opuso a la pretensión formulada, alegando que el préstamo hipotecario en divisas no se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores, que el actor Sr. Isidro tiene una cualificación profesional que hace inverosímil el argumento de la demanda referente a la falta de conocimientos o de información; que los prestatarios quisieron contratar un préstamo en divisas, y emitieron un consentimiento informado y no viciado -en la escritura de préstamo hipotecario el Notario autorizante hace constar expresamente, en cumplimiento de las previsiones contenidas en la normativa sobre transparencia y su deber de asesoramiento e información previsto en el art. 147 del Reglamento Notarial : "... de que el consentimiento ha sido libremente prestado, de que el otorgamiento se adecuaba a la legalidad y a la voluntad libre y debidamente informada de los comparecientes...", así como en cuanto a los riesgos de la operación en la escritura se señala -Cláusula Segunda-: "C) OPCION **MULTIDIVISA** (...). D) ... el prestatario 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", y que el clausulado es claro, se pacta claramente cual es la cantidad prestada, la facultad del cambio de divisas, las liquidaciones que habrían de practicarse, los

tipos de interés aplicables a cada divisa, etc.-, y el contrato lleva varios años desplegando sus efectos, y los actores atendiendo el pago de las liquidaciones a sus respectivos vencimientos las cuotas de amortización del préstamo. Respecto de la cláusula Octava, destaca que la actora no pide la nulidad de esta cláusula en el suplico, ni la misma es el fundamento de la acción de nulidad por vicio del consentimiento, que no tiene que ver con la acción de nulidad por vicio del consentimiento ni con las divisas -argumento de la demanda-, sino con la facultad de cesión prevista en el art. 149 de la Ley Hipotecaria .

La sentencia desestima la demanda. Analiza y describe ampliamente la naturaleza y contenido del contrato, concluyendo que el préstamo **multidivisa** es un producto financiero y no de inversión, al que por tanto no le es aplicable la normativa MIFID y la Ley de Mercado de Valores. Razona que no es un producto esencialmente complejo y difícil de entender, y si bien esta operación es más compleja que el préstamo hipotecario sin **multidivisa**, pues junto al riesgo de variación del tipo de interés está el de fluctuación del cambio de divisa, nada de ello afecta, en principio a la eficacia del contrato. También declara probado, dando credibilidad al testigo empleado del banco Sr. Ángel Daniel , que fue el actor quien acudió a la sucursal de la demandada, no siendo cliente anterior, a solicitar un préstamo **multidivisa** en yenes, por lo que la operación fue producto de la iniciativa del actor, manteniéndose conversaciones y reuniones diversas entre las partes durante cerca de un mes y medio antes del otorgamiento de la escritura, tiempo en el que se cruzó todo tipo de información y detalle entre ambas. Razona que no hay documento informativo porque ello implica la existencia de una oferta genérica o pública para un cliente indeterminado, pero no para quien propone el contrato por sí mismo. Destaca la formación personal y profesional del demandante, quien, después de acreditarse públicamente en la red LinkedIn como multititulado superior por Universidades extranjeras y presentar un curriculum vitae lleno de referencias a actividades de dirección empresarial, adornado con el manejo de cinco idiomas, siendo el inglés y el español nativos, y el francés "full professional proficiency", titulado en Reino Unido y trabajando actualmente en Nueva York, pasa a reconocer que casi todo es incierto y que ni es ingeniero industrial, ni ha realizado ningún MBA y que el resto de sus títulos lo son a distancia. Pero en todo caso, concluye que el actor acude al banco sabiendo perfectamente lo que le interesaba y que tenía conocimientos suficientes como para entender el riesgo del negocio, riesgo que le fue advertido y que aparece explícitamente incorporado a la escritura del préstamo

Los demandantes recurren en apelación la sentencia, alegando que ha quedado probado el incumplimiento esencial del deber de información y el dolo omisivo que se imputan a la demandada, que les llevaron a consentir un negocio que no hubieran convenido de conocer los graves perjuicios que asumieron, habiendo suscrito el préstamo hipotecario con un consentimiento viciado, en la creencia de que el préstamo se liquidaba según el tipo existente en Japón y desconociendo los graves perjuicios que asumieron. Insisten en que el préstamo hipotecario en divisa es un producto especialmente complejo. Y además de la infracción del deber de información, alegan los siguientes motivos de la nulidad pretendida: error del cliente del banco al prestar el consentimiento; vicio del consentimiento por dolo civil; nulidad por legislación sobre consumidores y usuarios; incumplimiento de la directiva MIFID y Ley del Mercado de Valores.

La demandada se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO .- Naturaleza y características de la hipoteca multidivisa

La problemática de las llamadas "**hipotecas multidivisa**" ha sido abordada por la muy reciente STS de 30 de junio de 2015, recurso num. 2780/2013 , Ponente Rafael Sarazá Jimena, que resuelve Recurso de Casación frente a la sentencia dictada por la Sección 19 de la AP Madrid, de 17 de julio de 2013 , que estimaba el recurso presentado por KUTXABANK contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. 97 de Madrid en Procedimiento Ordinario 304/2012, que revocaba la sentencia apelada y desestimaba la demanda.

La Audiencia en su resolución consideró que se había incumplido el deber de información previo a la suscripción del contrato. Afirma también que el incumplimiento de la normativa administrativa relativa a ese deber de información no puede producir por sí mismo la nulidad del contrato, aunque tiene trascendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia, era plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asumía y, en definitiva, si pudo incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones. Y concluye que el perfil del contratante no permite atribuir el error a defectuosa información, cuando pudo y debió, ampliar la que se le ofrecía de no estimarla suficiente, o negarse al contrato mismo; dado el perfil de los demandantes (ejecutiva y abogado especialista en Derecho bancario e **hipotecas multidivisa**, administrador de varias sociedades, y que solicitó en varias ocasiones el cambio de divisas en el préstamo), no consideró que hubiera concurrido un error

excusable que viciara el consentimiento. Por ello revocó la sentencia y desestimó la demanda, excepto en el extremo a que se refería el allanamiento parcial de Kutxabank.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo comienza por establecer el marco general de la naturaleza y características de las "**hipotecas multidivisa**" en los siguientes términos:

" **3.-** 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 Euribor, 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 concertado 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.

4.- 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.

5.- En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso.

Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes « *en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado* », así como que « *algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban*» En el considerando trigésimo, la Directiva añade que « *[d]ebido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de*

crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio».

En los arts. 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen."

TERCERO.- Normativa aplicable

En el supuesto que se somete a esta alzada invocan los demandantes como fundamento de su alegada falta de información, la Ley del Mercado de Valores y la normativa MIFID, y el incumplimiento que de dicha regulación achacan a la contraparte.

En la determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico "**hipoteca multidivisa**" para establecer cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista, la citada STS de 30 de junio de 2015 , expresa:

" **6.-** 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."

Cierto es que el contrato objeto de este pleito es anterior a la normativa MIFID, al ser previo a la fecha de 1 de noviembre de 2007, pero ello no exime a la demandada de ofrecer al cliente la información precisa para que comprenda el alcance del producto que ha de contratar y asegurarse de que lo ha entendido con la suficiente claridad con carácter previo a contratar el producto, en base al contenido de los artículos 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio , antes de su modificación, según el cual "Toda persona o entidad que actúe en un mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberá dar absoluta prioridad al interés de su cliente".

Como declara el Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , que invoca la citada de 30 de junio de 2015, "estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil 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 proporcionarse 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."

Conforme a lo expresado, la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información. Y este es precisamente uno de los principales hechos controvertidos en este procedimiento, el referido a la información proporcionada por la demandada sobre el producto contratado, lo que debemos examinar en una doble vertiente: cuál era la información exigible y cuál la facilitada.

CUARTO.- Deberes de información de la entidad bancaria

La normativa sectorial regula con detalle las obligaciones de información que debe cumplir la entidad bancaria sobre los productos y servicios que ofrece.

1.- *Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*. Su artículo 48.2 establece las obligaciones básicas de las entidades de crédito para la protección de los legítimos intereses de su clientela, que se traducen en:

a). Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios (...). La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la **hipoteca** recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos. (...)

d). Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones (...).

h). Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.

2.- *Orden de 5 de mayo de 1994*, vigente a la fecha de la escritura, que tenía por finalidad primordial, según su exposición de motivos, garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos y pretende asimismo facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. Desde 2007 la Orden resulta de aplicación, por mandato de la Ley 26/1988, a todos los préstamos hipotecarios que recaigan sobre viviendas, aunque su cuantía sea superior a los 150.253,03.- euros fijados en su artículo primero, y supone para las entidades de crédito dos obligaciones básicas:

a). La entrega del folleto informativo, regulada en el artículo 3: 1. Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma.

b). La entrega de la oferta vinculante, regulada en el artículo 5: 1. Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito vendrá obligada a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo. La oferta se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. 2. En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación a que se refiere el núm. 2 del art. 7, en el despacho del Notario autorizante.

Las normas específicas sobre préstamos en divisas de la citada Orden son las siguientes:

a). El artículo 7.3.6 señala que en cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario, en el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

b). En el Anexo II, al regular la cláusula de amortización, se establece que dicha cláusula especificará, si se tratara de préstamos en divisas, las reglas a seguir para la determinación del valor en pesetas de cada cuota. En el mismo sentido, en la cláusula sobre intereses ordinarios se especificarán las reglas aplicables para el cálculo en pesetas del importe de los intereses. En la cláusula sobre comisiones, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

3.- Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica , cuyo artículo 19 regula, como antes lo había hecho el RDL 2/2003, los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, en los siguientes términos: 1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original. 2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito.

4.- Ley del Mercado de Valores, en su modificación por la Ley 47/2007 , para incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE, MIFID, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La introducción de la distinción entre clientes profesionales y minoristas ha servido para reforzar la protección del cliente minorista, al estimarse que carece de los conocimientos o experiencia suficiente, frente a un profesional, como para comprender, valorar o gestionar correctamente los riesgos a los que se expone al proceder a contratar determinados productos financieros, extremando las obligaciones de información en las operaciones realizadas con éstos últimos, en los términos regulados en el artículo 79 bis, que regula exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los clientes potenciales. Son deberes básicos de la entidad bancaria los de diligencia y transparencia -artículo 79 LMV- y específicos los métodos para cumplir con la obligación de información -artículo 79 bis LMV-.

En síntesis, puede afirmarse que la citada legislación sectorial impone específicos deberes a la entidad financiera en orden a la tutela de los intereses de sus clientes, estableciendo el legislador severas prescripciones para garantizar que tengan perfecto conocimiento de las características y riesgos que tenga el producto que se les ofrece por la entidad, lo que constituye el fin y objetivo de toda la información precontractual.

Información exigible desde la perspectiva de la normativa de protección de consumidores y usuarios

Desde la perspectiva de la normativa de protección de consumidores y usuarios, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, es también de aplicación a este supuesto, ya que los demandantes son personas físicas que han actuado en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

El artículo 60, sobre la información previa al contrato, establece que "antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

Y su artículo 80 establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, éstas deberán cumplir los siguientes requisitos: A) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. B) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. C) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

La sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Kúria (Tribunal Supremo) de Hungría, relacionada con un contrato identificado como «préstamo hipotecario denominado en divisas, garantizado mediante hipoteca» firmado entre un consumidor y una entidad bancaria (Jelzálogbank), establece que la exigencia de transparencia (claridad y comprensibilidad, en términos del artículo 4.2.) de las cláusulas contractuales no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical (apartado 71), porque el sistema de protección establecido por

la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información y, en consecuencia, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Recuerda el TJUE que los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13, y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma otorgan una importancia esencial para el cumplimiento del requisito de transparencia a la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (apartado 73). Para ello, el tribunal nacional debe determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo. Es decir, el contrato de préstamo debe exponer de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, 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.

Sobre el control de transparencia, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 24 de marzo de 2015, Recurso 1765/2013, Ponente Rafael Sarazá Jimena, explica:

1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en *sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio*. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo", puede citarse tanto la referida *sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo*, como la posterior *sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre*.

2.- La recurrente alega que este control de transparencia carece de base jurídica y responde al mero voluntarismo de la Sala, pues no tiene anclaje en ninguna norma, nacional o comunitaria europea, ni en la jurisprudencia del actualmente denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

La Sala no comparte esta apreciación de la recurrente.

3.- El *art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE*, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

La *sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo*, con referencia a la anterior *sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio*, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c* en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, *declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13*, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada *sentencia núm. 241/2013*, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Este doble control consistía, según la *sentencia núm. 241/2013*, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por *esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio*, 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 los 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, seguía diciendo nuestra sentencia, «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 una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El *art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE* conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

4.- La *sentencia núm. 241/2013* basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al *art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE*, y citaba a tales efectos lo declarado en la *STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG*, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste».

5.- La *STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13*, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo **multidivisa**, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo» (párrafo 73), y concluir en el fallo que «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».

Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior *STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13*, cuyo párrafo 74 declara: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73)».

QUINTO.- Desde lo precedente, en el supuesto litigioso, consideramos que la entidad financiera demandada incumplió con la obligación de informar a los demandantes, de manera clara, precisa, suficiente y comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero complejo que estaban contratando.

La demandada sostiene que la información suministrada fue correcta, y que en la escritura de préstamo hipotecario el Notario autorizante hace constar expresamente, en cumplimiento de las previsiones contenidas en la normativa sobre transparencia y su deber de asesoramiento e información previsto en el art. 147 del Reglamento Notarial : "... de que el consentimiento ha sido libremente prestado, de que el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad libre y debidamente informada de los comparecientes...", y que las advertencias sobre las consecuencias del préstamo en divisas se especifican en la Cláusula Segunda de la escritura: "C) OPCION **MULTIDIVISA** (...). D) ... el prestatario 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".

No podemos compartir tal argumento. No se ha acreditado suficientemente una información precontractual en las condiciones que exigía la naturaleza y complejidad del producto.

En el contenido de la explicación precontractual es de singular relevancia la información que tiene la obligación de prestar la entidad financiera a quien por no ser un profesional y carecer de conocimientos específicos sobre la materia, se halla en situación contractual desigual y, por tanto inferior. Dicha información precontractual ha de aclarar todas las circunstancias relativas al funcionamiento y a los riesgos de un producto como la **hipoteca multidivisa**, vinculados al genérico riesgo de fluctuación de la moneda, que actúa como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en divisa, lo que supone la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital y, a la vez, hace posible que la cuantía del propio capital se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas.

Precisamente porque esas variaciones imprimen al préstamo hipotecario un riesgo muy elevado el propio banco debe protegerse y para ello se reserva la facultad de darlo por vencido anticipadamente -cláusula 6ª bis f)- si el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización en un momento determinado fuese superior al valor pericial de la finca, o si dicha desviación fuera superior al 5%, y el prestatario no cancelara parcialmente la deuda por la diferencia al objeto de mantener dicha proporcionalidad -entre la divisa prestada y su contravalor en euros, de forma que en ningún momento el capital pendiente de amortizar en divisas, en un determinado período de interés, represente un incremento de la deuda en euros- según lo establecido en el pacto segundo letra D).

Estos riesgos tienen una dificultad añadida, y es que el prestatario, para optimizar las posibles ventajas que para un consumidor supone la contratación de este tipo de **hipoteca**, deberá tener en cuenta múltiples factores, todos los meses, para tomar la decisión más adecuada sobre la divisa aplicable y sobre la forma de gestionar su pago, ya con su contravalor en euros, ya mediante la puesta a disposición del banco de la divisa de pago.

En este caso, no existe documentación precontractual alguna. Y la prueba del cumplimiento del deber de información, cuando solo se facilita de forma oral, no puede consistir únicamente en la manifestación del propio empleado de la entidad bancaria, cuya versión, en el marco jurídico del artículo 376 de la LEC, no

es prueba suficiente de la información verbal que se habría facilitado y tampoco puede resultar del propio contenido del contrato y su cláusula segunda, que tal como está redactada, su lectura no garantiza que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente se puede suponer el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo (definición clara de su posición jurídica tanto en los 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).

En suma, correspondiendo a la entidad bancaria, conforme al principio de facilidad probatoria, normativizado en el apartado 7 del art. 217 LEC, la carga de probar que facilitó completa, rigurosa y comprensible información a los clientes sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero complejo que estaban contratando, la demandada no ha logrado probar de forma suficiente que facilitó tal información.

SEXTO.- Sobre el error vicio del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 establece las siguientes consideraciones:

"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia.

Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).

El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración."

Y la STS de 30 de junio de 2015 explica:

" 11.- Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero , y 716/2014 de 15 diciembre , ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (*sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril*). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente."

En conclusión, el incumplimiento del deber de información si bien en sí mismo no conlleva el error vicio en el consentimiento, si permite, junto con el perfil y experiencia del cliente en materia de productos financieros complejos, presumir que aquel no estuvo debidamente formado y fue emitido con desconocimiento de elementos esenciales del contrato y de sus riesgos potenciales, al basarse en suposiciones o percepciones inexactas, sin que tales carencias les sean imputables, máxime cuando las disposiciones legales que regulan la contratación en el ámbito de estos productos financieros imponen a la otra parte contratante el deber esencial de informarle con carácter previo sobre la naturaleza, objeto, funcionamiento y riesgos inherentes al producto que se va a concertar.

SEPTIMO.- Corresponde, por tanto, determinar si en este caso los demandantes, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia, eran plenamente conscientes de las obligaciones y riesgos que asumían y, en definitiva, si pudieron incurrir en error grave y esencial sobre lo que contrataban y sobre sus condiciones y riesgos.

De la revisión del material probatorio, la Sala considera que no concurren los elementos necesarios para otorgar a los demandantes el perfil de clientes expertos.

Sobre la formación personal y profesional del Sr. Isidro , es cierto -y así se pone de relieve en la Sentencia recurrida- que se acreditó públicamente en la red LinkedIn como multititulado superior por Universidades extranjeras y presentar un currículum vitae lleno de referencias a actividades de dirección empresarial, adornado con el manejo de cinco idiomas, siendo el inglés y el español nativos, y el francés "full professional proficiency", titulado en Reino Unido y trabajando actualmente en Nueva York, pero después pasa a reconocer que casi todo es incierto y que ni es ingeniero industrial, ni ha realizado ningún MBA y que el resto de sus títulos lo son a distancia. Desde lo cual, no se puede afirmar que la cualificación real del Sr. Bauzas, como tampoco la Sra. Encarnacion , presuponga en ellos conocimientos financieros suficientes como para hacerse una idea cabal de la naturaleza y riesgos de un producto complejo como éste.

Los correos informáticos aportados por la demandada, en los que ésta se apoya para señalar que demostrarían el conocimiento que el actor tenía sobre el producto, se remitieron entre agosto de 2012 y febrero de 2013, cinco años después de la contratación del producto. No puede decirse que tales actuaciones muestren que en efecto se conocían las características y los riesgos del producto cuando se contrató.

Como también nos dice la citada STS de 30 de junio de 2015 :

" 13.- Que un cliente bancario sea clasificado, a efectos de la normativa MiFID, como minorista significa que no reúne los rigurosos requisitos que la Ley del Mercado de Valores exige para ser considerado

cliente profesional. Resumidamente, son clientes profesionales las entidades financieras; determinadas administraciones u organismos públicos de considerable importancia; empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; 3º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros; inversores institucionales que tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros; y clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas, siempre que se cumplan al menos dos de los siguientes requisitos: 1º que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores; 2º que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros; 3º que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

Ciertamente, ser cliente minorista implica una presunción de falta de conocimiento de los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las empresas de inversión, que en este caso no se han cumplido. Y además, no cabe entender que los demandantes tuvieran, por su profesión o experiencia, conocimientos profundos de este producto financiero complejo que les permitiera conocer los riesgos asociados a él. No puede considerarse, por las razones que se han expuesto, que quienes contrataron el préstamo hipotecario **multidivisa** disponían de los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del instrumento financiero contratado y los riesgos asociados al mismo, teniendo en cuenta que se trata de un producto peculiar, que precisa de conocimientos especializados que no están al alcance de cualquier ejecutivo."

A tenor de todas las circunstancias expuestas, estimamos que la información proporcionada por la entidad financiera demandada a los actores, suscriptores de un préstamo hipotecario **multidivisa**, fue defectuosa e incompleta, y en suma que el consentimiento no estuvo correctamente formado y que, por tanto, se emitió viciado por error sustancial y excusable. Lo que da lugar a que debamos acoger el recurso y la pretensión deducida con carácter principal en la demanda.

OCTAVO .- La estimación del recurso de apelación, con revocación de la sentencia de primera instancia y estimación de la demanda, determina que se impongan a la demandada las costas de la primera instancia, sin especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el artículo 394, ambos 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 en nombre y representación procesal de D. Isidro y DÑA. Encarnacion contra la sentencia dictada en fecha 27 de febrero de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcalá de Henares, **REVOCAMOS** dicha resolución, y en su lugar, dictamos otra mediante la que, estimando la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Isidro y DÑA. Encarnacion contra CATALUNYA BANC, S.L., UNIPERSONAL:

1.- Declaramos la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en fecha 18 de junio de 2007, en los contenidos relativos a la opción **multidivisa**.

2.- Declaramos que el efecto de dicha nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandados es el saldo vivo de la **hipoteca** referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado (270.000 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue de 270.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura para el euro (EURIBOR).

3.- Con imposición a la demandada de las costas de la primera instancias. Y sin especial pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

4.- Se acuerda la devolución del depósito constituido a la parte apelante de acuerdo con el apartado octavo de la Disposición de 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, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder 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 2578-0000-00-0436-14, 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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ