



Roj: **SAP B 10871/2015 - ECLI: ES:APB:2015:10871**

Id Cendoj: **08019370172015100360**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **22/10/2015**

Nº de Recurso: **277/2014**

Nº de Resolución: **401/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA SANAHUJA BUENAVENTURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN DECIMOSÉPTIMA

ROLLO núm. 277/2014

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 1 SANT FELIU DE LLOBREGAT

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 17/2013

SENTENCIA núm. 401/15

Ilmos. Sres.:

Don Paulino Rico Rajo

Doña Ana Maria Ninot Martínez

Doña María Sanahuja Buenaventura

En la ciudad de Barcelona, a veintidos de octubre de dos mil quince.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimoséptima de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 17/2013 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 1 Sant Feliu de Llobregat, a instancia de Genaro Y María Antonieta quien se encontraba debidamente representado/ a por Procurador y asistido/a de Letrado, actuaciones que se instaron contra "UNNIM BANC, S.A.U." GRUP BBVA, quien igualmente compareció en legal forma mediante Procurador que le representaba y la asistencia de Letrado; actuaciones que penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación de Genaro Y María Antonieta contra la Sentencia dictada en los mismos de fecha 21 de enero de 2014, por el Sr/a. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia recaída ante el Juzgado de instancia y que ha sido objeto de apelación, es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Desestimo la demanda interpuesta por Genaro y María Antonieta contra UNNIM BANC, S.A.U.

Se condena en costas a Genaro y María Antonieta . "

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Genaro Y María Antonieta y admitido se dio traslado del mismo al resto de las partes con el resultado que es de ver en las actuaciones, y tras ello se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO .- De conformidad con lo previsto en la Ley, se señaló fecha para celebración de la votación y fallo que tuvo lugar el pasado veintiuno de octubre de dos mil quince.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado y cumplido las prescripciones legales.



VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a María Sanahuja Buenaventura.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don. Genaro y Doña. María Antonieta interpusieron demanda contra UNNIM BANC, S.A.U., solicitando se declare la nulidad del préstamo con garantía hipotecaria y de la novación del mismo, así como las liquidaciones generadas desde el inicio, se acuerde el reintegro de los importes que hayan percibido las partes, y se condene a las costas, con ofrecimiento expreso por parte de los demandantes al reintegro del capital prestado de 510.000.- € objeto de este pleito.

Exponían que el 19 de julio de 2007 las partes suscribieron con CAIXA TERRASSA (después UNNIM BANC, después BBVA) un préstamo con garantía hipotecaria de una finca que es su vivienda habitual, y en 31 de marzo de 2011 una novación del mismo; que la compraron en 1998, y solicitaron en 2005 un crédito con CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA por 360.000.- € que no alcanzó para la remodelación de la masía, y como esta entidad les denegó una ampliación entraron en contacto con la demandada, a través del director de la oficina, que les aconsejó que concertasen un crédito con divisas, concretamente con referencia al yen japonés, porque se había depreciado durante los últimos años, y mantenía esta tendencia, y por ello su coste sería menor que en euros; que los demandantes son personas con formación universitaria (técnico de televisión y docente), pero sin conocimientos financieros, y entendieron que podían asumir el riesgo de encarecimiento de la cuota, que podrían mitigar convirtiendo el pago de la misma en euros, posibilidad a la que podrían acogerse en cualquier momento; que se realizó una simulación (dto. 4) del crédito de 510.000.- € que necesitaban, y en base al mismo fundaron su voluntad, sin existir ninguna otra información precontractual que explicase los posibles riesgos que se pudiese correr, y la escritura de hipoteca no explica el riesgo que pudiese existir; que se estableció en la escritura que el capital prestado era de 86.185,283 yenes japoneses, que al cambio equivalía a 510.000.- €, con amortización en 30 años, interés de referencia el LIBOR a tres meses, posibilidad de conversión a otra divisa o euros, y se ingresó en la cuenta de los demandados el importe en euros; que la apreciación del yen frente al euro ha sido de un 59,95 % del 2007 al 2012, por lo que el importe del capital adeudado ha aumentado de 510.000.- € a 827.263,86 €; que se produjo un error en el consentimiento de los demandantes, clientes minoristas, en el otorgamiento de un contrato complejo y su novación, que vició su voluntad, pues no tenían todos los elementos para comprender las consecuencias de las condiciones financieras del préstamo, al no ser facilitada información previa suficiente para plantearse los diferentes escenarios posibles; que se ha vulnerado el art. 10.1º, c), párrafo 4 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, de 24-7-1984, vigente al momento de otorgarse el contrato de préstamo, o incluso de la Ley contra la usura de 1908.

UNNIM BANC, S.A.U. se opone indicando que, tras la petición realizada por los demandantes, les ofrece la firma de una hipoteca en yenes que, a diferencia de lo ocurrido en ocasiones anteriores, no se ha mantenido constante, ni ha sufrido una depreciación, lo que ha implicado un mayor coste de financiación, y los demandantes sabían que podía pasar; que la ventaja de la moneda japonesa es que ha sido durante años un referente de estabilidad con muy bajo interés, y el inconveniente o principal riesgo es la evolución del tipo de cambio; que los demandantes recibieron información del Sr. Valentín (empresario local), que les informó de las bondades de la financiación que tenía el producto y les dirigió hacia CAIXA TERRASSA, por lo que cuando llegaron a la sucursal ya querían la hipoteca multidivisas, pero aun así se les informó de las características y circunstancias del préstamo hipotecario y sus riesgos, realizando la simulación que acompañan como dto. nº 4; que las cláusulas del contrato son claras, y el "error" está en que la evolución de los tipos de cambio no ha resultado beneficioso para los demandantes; que el Notario da fe de su "voluntad debidamente informada"; que la novación de 31-3-2011 fue como consecuencia de buscar una solución para el pago de las cuotas que se habían elevado con la subida constante del cambio Euro-Yen; que en esta ocasión se realizó el test de conveniencia, en aplicación de la normativa MIFID, y se les informó que este producto complejo no les era conveniente, pero aun así lo suscribieron.

La sentencia de instancia desestima la demanda, argumentando en síntesis:

"... que no se contrata un préstamo de 510.000€, sino un préstamo de la cantidad de yenes equivalente a 510.000€ el día del préstamo. Así se establece claramente en la escritura de préstamo, en mayúsculas y en negrita. El notario autorizante ha declarado que informa de dichas condiciones a los prestatarios, en especial de lo que consta en negrita y/o mayúsculas. Y los testigos, trabajadores en la entidad demandada en su días, han declarado que la parte demandante necesitaba 510.000€; y que la única manera de poder asumir la carga financiera que ello implicaba era haciendo el préstamo en yenes, **multidivisa**, como el que se hizo. Han dicho que fue la propia parte demandante la que así lo solicitó; y que la entidad demandada no ofrece este tipo de préstamos por iniciativa propia, sino a petición del cliente, como ocurrió en este caso. (...)



Considero que la parte demandante sabía perfectamente, o debía saber, que contrataba un préstamo en yenes y que debía devolverlo en dicha divisa. Así consta claramente en la escritura. También considero que lo hizo así porque consideró que le beneficiaba el tipo de cambio; y que, por el mismo motivo, pudo y debió considerar que, en caso de que el yen se apreciase respecto al euro, implicaría un aumento de la cuota hipotecaria. También está perfectamente determinado el interés ordinario a pagar, LIBOR más un punto y, a partir de la novación, UNIMM más 1 punto o LIBOR BBA más tres puntos. Por lo que también en este aspecto la parte demandante ha tenido elementos suficientes para conocer lo que pactaba.

Por ello, no hay vulneración de la normativa de consumidores ni de la ley de represión de la usura de 1.908. La parte fue informada y tuvo los elementos suficientes para conocer lo esencial de lo que contrataba: una hipoteca **multidivisa** en yenes; y para el riesgo que supone, y que asume, respecto a la variación del tipo de cambio. Tampoco considero que sea abusivo lo que se contrató. El interés a pagar por un préstamo es el precio que debe pagar el prestatario por el dinero recibido en préstamo y, por tanto un elemento esencial del contrato. En este sentido, la Directiva de la Unión Europea 93/13, a tener en cuenta al considerar si una cláusula es abusiva para un consumidor o usuario, dice en el decimonoveno considerando que a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación. Rige, así pues, la libertad para contratar, sin más límites que los que resultan del art.1.255 C.C , esto es, la ley, la moral o el orden público. Y lo pactado no infringe dichos límites. Por lo que no se vulnera ni la normativa de consumidores ni la ley de 1.908. Teniendo en cuenta, especialmente, que dicha normativa sería trascendente en cuanto al interés pactado; y lo pactado no excede de los límites que resultan del principio de autonomía de la voluntad del art.1.255 C.C .

Tampoco cabe apreciar la nulidad por error del consentimiento. (...)

... por lo manifestado en el fundamento anterior, ya que la parte demandante sabía o pudo y debió saber lo que contrataba. Pero, además, concurren otros motivos para a no apreciar el error.

Hay que tener en cuenta que el no saber que los riesgos que implican una apreciación del yen y el desconocer que el yen iba a apreciarse sería un elemento que no implicaría nunca nulidad total por ausencia de consentimiento. Hay conocimiento de consentir un préstamo **multidivisa** en yenes, que es lo esencial. Por ello, el error no daría la nulidad per se del contrato, sino que, como mucho, tendría una relevancia para la anulabilidad, prevista en los arts. 1300 y ss C.C . Como ya he explicado, no considero que haya tal error, pero, en todo caso, la acción de nulidad ya habría caducado; y el contrato habría quedado posteriormente convalidado.

En cuanto a la caducidad, podemos establecer que el plazo que marca el art.1301 del CC . es un plazo de caducidad , tal como han expresado distintas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 18 de junio de 2012 . El art.122-3.2 del Codi Civil de Catalunya dice que Quan es tracta de relacions jurídiques disponibles, la caducitat no ha d'ésser tinguda en compte d'ofici pels tribunals, sinó que ha d'ésser al·legada per una persona legitimada. En el presente caso la parte demandada en sus conclusiones ha alegado la caducidad, y la parte demandante ha podido hacer sus alegaciones al respecto. Así pues, puede ser tenida en cuenta por este juez. El art.122.5.1 de dicho Codi Civil dice, para el inicio del cómputo, que El termini de caducitat s'inicia, si no hi ha normes específiques, quan neix l'acció o quan la persona titular pot conèixer raonablement les circumstàncies que fonamenten l'acció i la persona contra la qual es pot exercir. En tot cas, s'aplica també a la caducitat el que disposa l'article 121-24 en matèria de preclusió. Y conforme al art.1301 del Código Civil , el plazo se inicia desde la consumación del contrato. En el presente caso el contrato se perfecciona, con los elementos esenciales sobre los que versaría el hipotético error, el 19 de julio de 2007, siendo que la novación posterior afecta sólo al período de carencia y a la indexación del interés sobre el capital, pero no al carácter de préstamo **multidivisa** en yen. Y la demanda se interpone el 28 de diciembre de 2012, una vez transcurrido el plazo de 4 años de caducidad. Y, si se tiene en cuenta que el contrato es de tracto sucesivo y si se aceptase la hipótesis de que la parte demandante no pudo ser consciente del riesgo asumido hasta que se deprecia el euro frente al yen, el inicio del cómputo de caducidad se daría a partir de mediados de 2008, teniendo en cuenta el gráfico aportado por la parte demandante. También en este último caso ha transcurrido el plazo de 4 años, pues la demanda se presenta a finales de 2012.

En cuanto a la convalidación del contrato, el art.1.309 C.C . dice La acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente. EL art.1310 dice Sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261. Y el art.1313 dice La confirmación purifica al contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración. En el presente caso, ya he explicado que el contrato no es nulo por ausencia de consentimiento, sino que, a lo sumo, anulable. Desde que a mediados de 2008 aumenta el importe de la cuota hipotecaria como consecuencia da la depreciación del euro frente al yen no ha habido reclamación por la parte demandante, sino que ésta ha seguido pagando las cuotas. Y el 31 de marzo de 2011 suscribe una novación de dicha hipoteca. Estos datos suponen una conducta de la parte demandante que implica la confirmación del contrato la consiguiente extinción de acción de nulidad."



SEGUNDO.- La representación Don. Genaro y Doña. María Antonieta plantean en su recurso las siguientes alegaciones:

- Error en la valoración de la prueba, porque el juzgador no tiene en cuenta los tratos precontractuales, en los que la entidad ofrece el producto informando de sus características y condiciones. Así, del dto. 4 y 5 de la demanda, y 2, 3 y 8 de la contestación, se aprecia que los recurrentes buscaban un crédito por importe de 510.000.- €, que reciben el importe en euros, no en divisa, y que pueden asumir el coste de ese crédito en euros, aunque en la sentencia se afirme lo contrario. Destaca que el juez obvia la declaración del Sr. Valentín, que no conoce a los recurrentes, por lo que no pudo recomendarles el producto, como se afirma en el informe de la oficina; y tampoco se hace referencia en la sentencia a la declaración de los empleados que indicaron que la información solía ser verbal y se limitaba a explicar la evolución histórica de la divisa.

- Considera que el contrato es contrario a la Ley Azcárate de 1908 porque si los recurrentes han de pagar más por el capital que recibieron estamos en la disyuntiva de cómo calificar ese importe de más, que puede suponer satisfacer una carga financiera superior en más de un 60% de su deuda.

- Insiste en que el tipo de interés queda indeterminado porque su coste depende exclusivamente de lo que se entienda por "medidas usuales" en los mercados de divisas.

- Afirma el error en el consentimiento porque no les dio una información real, veraz y suficiente, sino que por el contrario se les dijo que la hipoteca multidivisa suponía una cuota más baja, que en caso de que se disparara podrían pagarla en euros, pero que no tenían por qué preocuparse porque tenían ingresos y bienes suficientes para hacerlo, como consta en el informe de la oficina (dto. 2 de la contestación). Destaca que era un producto que solo pueden usar personas de perfil especulador, y en el dto. 3 de la contestación existe una nota manuscrita del comité de riesgos del banco en la que se recomienda la reconversión de la operación a euros, pero no se advierte de ello a los clientes; que es el banco que recomienda y asesora a los recurrentes para concertar la hipoteca en yenes; y que el error es excusable porque los clientes son consumidores no expertos en la contratación de productos financieros de esta complejidad.

- Discrepa de la consideración de que la acción esté caducada porque estamos ante una relación de tracto sucesivo y prestaciones periódicas y no de cumplimiento instantáneo, y la consumación del contrato se produce con el total cumplimiento de las prestaciones para ambas partes.

- Y también se muestra disconformidad con el fundamento sobre la convalidación del contrato y la extinción de la acción de nulidad. Afirma que nunca han realizado actos de convalidación porque no lo son el pagar las cuotas o realizar una novación para mirar de reducir la carga financiera, ya que estos no son actos claros, precisos y concluyentes de la voluntad de renunciar, que además exige el conocimiento de la causa de nulidad.

TERCERO.- Respecto a la caducidad de la acción debe considerarse: (i) que el artículo 1.301 del Código Civil establece que la acción de nulidad (anulabilidad) durará cuatro años; (ii) que se trata de un plazo de caducidad; (iii) que el tiempo comienza a contar desde la consumación del contrato en el caso de error en el consentimiento; (iv) que la consumación se produce cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes; (v) que no nos hallamos ante un contrato de tracto único, con lo que el contrato no queda consumado en el propio momento de la adquisición del producto financiero; (vi) que nos encontramos ante un contrato de tracto o ejecución diferida que no se consuma en el momento de la perfección del contrato, pues se mantienen obligaciones y derechos de gestión, pago de prestaciones periódicas, que no pueden reputarse meras obligaciones accesorias; (vii) que el plazo empezará a contarse cuando se haya producido el completo cumplimiento de las prestaciones por ambas partes, el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo. Por ello, no cabe considerar la acción como caducada.

CUARTO.- En cuanto al fondo, debe partirse de las consideraciones previas sobre la naturaleza y características del negocio jurídico cuya anulación se pretende, así como sobre la normativa que regula la información que las entidades que lo ofertan deben facilitar a sus potenciales clientes, que se recogen en la STS del 30 de junio de 2015 (Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA), que analiza la concurrencia de error vicio en el consentimiento en un supuesto de "hipoteca **multidivisa**" como el que nos ocupa, indicando:

"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.

El TJUE ha dictado una sentencia, la de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 , que tiene por objeto una de estas hipotecas **multidivisa** (concedida a un consumidor) (...)

6.- La determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico para determinar cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista no es una cuestión pacífica.

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 relación a la obligación de información, el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores , en la redacción existente en el momento de la suscripción del préstamo hipotecario **multidivisa** señalaba:

"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, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:

- a) Comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado.
- b) 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, sin privilegiar a ninguno de ellos.
- c) Desarrollar una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses de los clientes como si fuesen propios.
- d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone.
- e) Asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados."

Y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, también de aplicación, recogía las normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, y contenía un código de conducta en el que se exigía de la entidad bancaria, entre otras, las obligaciones de información que se recogen en el art. 5 apartado tercero , que indica:

"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".

Las anteriores normas determinan que **corresponda a la entidad bancaria la carga de acreditar que proporcionó al cliente la información que exigen dichos preceptos** . Y la obligación de información de las entidades financieras, dada la complejidad de este mercado y el propósito de que se desarrolle con transparencia, exige que se cumpla **especialmente en la fase precontractual** con explicaciones exhaustivas y detalladas, folletos o documentos informativos, así como, posteriormente, a través de la redacción de los contratos que debe ser exacta, imparcial, clara y no engañosa. Además el TS ha indicado que esa obligación de información legalmente requerida se debe traducir en una **obligación activa de las empresas que actúan en este ámbito, y no de mera disponibilidad** .

La STS, del 20 de enero de 2014 (Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO) razona:

"Ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, **esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto** ."

Y respecto del error vicio, el Tribunal Supremo, 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."

QUINTO.- En el presente caso, la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por las normas sobre el Mercado de Valores citadas, relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando. Lo cual es especialmente grave porque son consumidores, minoristas, y sin conocimientos sobre productos financieros complejos (él técnico de televisión, y ella docente), como se hizo más evidente si cabe cuando les realizaron el test en el momento de la novación, con resultado de no conveniente, pese a lo cual se suscribió al no existir opción, pues los clientes no podían asumir el pago de las cuotas.

La entidad financiera no realizó simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento del tipo de hipoteca en el momento de contratar, en fase precontractual. El único escenario que se les planteó fue el que refleja el dto. nº 4 de la demanda, que contempla la devolución de 510.000.- € más unos intereses en 30 años de 143.437,52 €, sin hacer ninguna referencia a los posibles cambios del tipo de cambio de divisas.

El Notario, Sr. ANTONIO CALAFELL, no pudo informar a los demandantes sobre las circunstancias del préstamo, más allá de dar lectura al contrato, pues como manifestó en la vista no es conocedor de cómo funciona el instrumento financiero de préstamo hipotecario en **multidivisa**, elaborando la escritura con la minuta que le remitió el banco.

En el dto. 2 de la contestación a la demanda, que es el informe de la oficina firmado por el Sr. Indalecio , subdirector de la oficina (folio 195), se refleja que los clientes podrían soportar el endeudamiento que supondría la conversión del préstamo, lo que evidencia que los que tenían que alertar de los riesgos del producto ligado a los mercados de divisas, no contemplaron la posibilidad de una gran depreciación del euro, por lo que difícilmente puede considerarse que los clientes fueran advertidos de ello. Se pone de manifiesto porque cuando la depreciación del euro se produjo, y los recurrentes acudieron a la oficina porque no podían hacer frente a la subida de las cuotas, se les propuso la novación como única salida, pues los empleados el banco vieron que, en contra de lo que ellos mismos habían valorado, los clientes no podían plantearse la conversión a euros porque consolidaban un crédito muy superior a la cantidad recibida en préstamo, a la que no podrían hacer frente.

Pretende la demandada que la información la recibieron los demandantes a través Don. Valentín , mecánico de automóviles, y también cliente de la oficina, que no conoce a los demandantes, según manifestó en la vista, y quien también tiene una hipoteca en divisas, de lo que se lamenta.

El testigo Sr. Sebastián , director de la oficina en el momento de la suscripción del préstamo, manifestó que estuvo en las reuniones previas con los demandantes, que no había tríptico informativo, que no recuerda si en la minuta se reflejaban los riesgos, y que se explicaba la evolución del tipo de cambio con gráficos. Pero como indica la propia demandada en su escrito de contestación a la demanda, como el yen japonés venía manteniendo un tipo de cambio constante, o incluso sufría depreciaciones, difícilmente la muestra de los gráficos podía alertar a los clientes de los riesgos que ese tipo de producto a 30 años podía comportarles.



Por su parte el testigo Sr. Abelardo , también empleado de la oficina en el momento de la suscripción no sólo del préstamo, sino también de la novación, manifestó que la operación la negoció el director, Sr. Sebastián , y que, cuando las cuotas aumentaron mucho, los demandantes se personaron en la oficina preguntando extrañados por la causa, explicándoles que era porque había variado el tipo de cambio. Ello también evidencia que los clientes no habían entendido el modo de funcionamiento de la hipoteca **multidivisa**.

Los clientes no recibieron una información completa y veraz, y no conocían los riesgos de concertar una hipoteca en divisas, que aceptaron porque se la presentaron como una opción más económica para asumir el préstamo que necesitaban para financiar las obras de su vivienda.

Lo expuesto lleva a concluir que existió error que vicia el consentimiento y permite la anulación del contrato, pues los demandantes no tienen los conocimientos suficientes para hacerse una idea cabal de la naturaleza y los riesgos del producto que contrataban, puesto que se trata de un sector de la contratación muy específico y, sobre todo, de un producto muy peculiar, que precisa de conocimientos especializados que no están al alcance de cualquiera.

El error debe considerarse excusable, pues como indica el TS en sentencia de 12 de enero de 2015 :

"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, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, 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."

Y la misma sentencia del TS indica los criterios y requisitos exigidos en el art. 1311 del Código Civil para que pueda considerarse tácitamente confirmado el negocio anulable:

" **La confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta** , por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración. (...) **La falta de queja sobre la suficiencia de la información es irrelevante desde el momento en que, además de ser anterior al conocimiento de la causa que basaba la petición de anulación, era la empresa de servicios de inversión la que tenía obligación legal de suministrar determinada información al inversor no profesional, de modo que este no tenía por qué saber que la información que se le dio era insuficiente o inadecuada, y de ahí que se haya apreciado la existencia de error** ."

Partiendo de estos criterios no puede considerarse confirmado el contrato por la novación realizada, como única salida para poder hacer frente a las elevadas cuotas, que ascendieron de algo más de dos mil euros a más de ocho mil.

En consecuencia, debe declararse la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes el 19 de julio de 2007, y la nulidad de la novación de 31 de marzo de 2011, con restitución recíproca de todas las cantidades percibidas con ocasión del mismo, con sus intereses, y con imposición de las costas de la primera instancia.

SEXTO.- Estimado el recurso no se condena en las costas del mismo (art. 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso planteado por la representación Don. Genaro y Doña. María Antonieta , REVOCAMOS la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Sant Feliu de Llobregat, el 21 de enero de



2014 , y declaramos la nulidad del préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes el 19 de julio de 2007 (CAIXA TERRASSA, después UNNIM BANC, y ahora grupo BBVA), y la nulidad de la novación de 31 de marzo de 2011, acordando el reintegro de los importes que hayan percibido las partes, con sus intereses, con condena a la demandada en las costas de la primera instancia, y ello sin imposición de las del recurso.

Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, procédase a la devolución de la totalidad del depósito ingresado en su día por la parte recurrente.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.