

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Decimonovena**

C/ Ferraz, 41, Planta 5ª - 28008

Tfno.: 914933886, 914933815-16-87

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0018109

**Recurso de Apelación 749/2016**



(01) 30757619394

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 56 de Madrid  
Autos de Procedimiento Ordinario 104/2015

**APELANTE:** BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

PROCURADORA: Dª. MARÍA JOSÉ BUENO RAMÍREZ

**APELADO:** ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN)

PROCURADORA: Dª. SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCÓN

**SENTENCIA N° 431**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D. FERNANDO DELGADO RODRÍGUEZ

Dª. CARMEN GARCÍA DE LEÁNIZ CAVALLÉ

Dª. MARÍA VICTORIA SALCEDO RUIZ

En Madrid, a uno de diciembre de dos mil dieciséis.

La Sección Decimonovena de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 104/2015 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 56 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelada **ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN)**, representada por la Procuradora Dª. SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCÓN y defendida por Letrado, y de otra, como demandado-apelante **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.**, representado por la Procuradora Dª. MARÍA JOSÉ BUENO RAMÍREZ y defendido por Letrado; todo

ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 9 de mayo de 2016.

VISTO, siendo Magistrado Ponente **D. FERNANDO DELGADO RODRÍGUEZ**.

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

**PRIMERO.**- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 56 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 9 de mayo de 2016, cuyo fallo es del tenor siguiente:

*“Que estimando la demanda interpuesta a instancia de la ASOCIACION DE AFECTADOS POR PERMUTAS FINANCIERAS Y DERIVADOS FINANCIEROS ( ASUPEDEFIN) en representación de dos de sus asociados DÑA y D contra la mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL , declaro la nulidad por error como vicio de consentimiento de la cláusula 1.3 del contrato de préstamo hipotecario de 11 de mayo del 2007, con la eliminación de toda referencia a las divisas extranjeras, quedando integrado el contrato con la referencia al Euribor y el diferencial señalado en el contrato. Así mismo, se debe de recalcular la cantidad debida por los actores, con las cantidades entregadas, calculándolo con el Euribor y el diferencial, debiendo correr la parte demandada con todos los gastos que genere esta novacion y condena al pago de las costas procesales a la entidad demandada.”*

**SEGUNDO.**- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, (dándose traslado a la adversa que se opuso al mismo) y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.**- No estimándose necesaria la celebración de vista pública quedó en turno de deliberación, votación y fallo, lo que se ha cumplido el día 29 de los corrientes.

**CUARTO.**- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la Sentencia recurrida de nueve de mayo de dos mil dieciséis nº 131/2016, dictada en el Procedimiento Ordinario 104/2015, del Juzgado de 1ª Instancia nº 56 de Madrid:

**PRIMERO.-** Por la representación de la ASOCIACIÓN DE AFECTADOS POR PERMUTAS FINANCIERAS Y DERIVADOS FINANCIEROS (ASUPEDEFIN) en representación de dos de sus asociados: Dª y D. se formuló demanda contra BANCO POPULAR ESPAÑOL en las que solicitaba se declarase la nulidad o anulabilidad por error del consentimiento del clausulado de la escritura de préstamo "multidivisa" con garantía de hipoteca, otorgada por dichos asociados el día 11 de mayo del 2007 por la cantidad de capital prestado inicial de 392.000 euros, o su cambio en yenes, interesando se declare la nulidad de la cláusula multidivisa, fijar que la cantidad debida es resultante de restar el capital pagado y la comisión de cambio, fijar la deuda en euros, referenciarla al Euribor y mantener el resto del clausulado del préstamo hipotecario, con la eliminación de toda referencia a la fijación de las cuotas y capital en divisa extranjera.

La parte actora basó su pretensión en el error en el consentimiento de los actores, dada la falta de claridad y abusividad de la cláusula multidivisa, pues según la parte actora, en ningún momento se representaron la posibilidad de que el capital prestado fuese a aumentar, entendiendo que las clausulas multidivisa únicamente afectaban a la cuota mensual. Además se alega que el préstamo multidivisa es un derivado financiero, dado que el principal de la hipoteca y sus cuotas dependen de las fluctuaciones del cambio de la divisa, de que el yen o la divisa elegida sea más fuerte que el euro, de este modo, le es aplicable la LMV y sólo se puede entender el préstamo multidivisa como derivado financiero, pues solo un producto de este tipo, da como resultado que, a pesar del pago puntual de las cuotas durante seis años, lo debido en la actualidad sea mayor que lo prestado. Esta demanda fue estimada en la Sentencia recurrida.

**SEGUNDO.-** El Banco demandado, y apelante, contestó a la demanda, y fundó su apelación frente a la referida Sentencia, en cuanto al fondo del asunto, alegando que la hipoteca multidivisa no es un derivado financiero, que los actores conocían perfectamente el

producto y el comportamiento del yen japonés, pues el segundo de ellos es japonés, finalmente alega que hubo consentimiento libre, dada la información otorgada, y que los actores consintieron el contrato, sin formular queja alguna en muchos años.

En la Sentencia recurrida de nueve de mayo de dos mil dieciséis nº 131/2016, dictada en el Procedimiento Ordinario 104/2015, del Juzgado de 1ª Instancia nº 56 de Madrid se desestimaron con acierto las excepciones de forma opuestas por la parte demanda, en primer lugar y respecto de la condición general cuestionada, los juzgados de Primera Instancia son competentes para conocer de las mismas, pues en la demanda se interesa la nulidad parcial por error en el consentimiento, dado que supuestamente no hubo claridad e información suficiente. En cuanto al defecto en el modo de proponer la demanda, ciertamente el suplico es defectuoso, pero lo esencial, para el derecho a la defensa, y para la resolución del procedimiento, es que se entienda lo que se pide y porqué se pide, y en el presente supuesto, el suplico de la demandad es claro y comprensible. Por lo tanto, debemos entrar en el fondo del asunto controvertido, partiendo de la doctrina de esta Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, fijada en las Sentencias dictadas en fechas 15 de febrero de 2015 (rollo de apelación nº 790/2014), y 6 de abril de 2016, nº 128/2016, Recurso: 108/2016.

Aplicando dicho criterio doctrinal al significado que tiene la cláusula 1.3 denominada “clausula multidivisa”, en que se estipula; *“la prestataria podrá con un mínimo de 3 días hábiles de antelación al vencimiento de cada cuota solicitar la sustitución de la divisa por otra de las cotizadas en España....la sustitución deberá afectar al saldo pendiente de préstamo.....la sustituciones la divisa utilizada no supondrá en ningún caso la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor....si se produjera dicho exceso(refiriéndose al principal pactado)de manera que el contravalor en euros del capital pendiente por amortizar fuera superior en un 10% del importe de la responsabilidad hipotecaria la prestataria deberá realizar una amortización extraordinaria....en caso de que no se realizase en el plazo de dos meses desde el exceso el banco está facultado para llevar a cabo la sustitución de la divisa en euros”*, entendemos que si bien es cierto que hasta la presentación de la demanda, y pese a los pagos mensuales, el capital pendiente, por la fluctuación de la moneda en que estaba representado el préstamo hipotecario, no ha dejado de incrementarse, de manera que, aun con los pagos efectuados, los prestatarios debían

mayor capital que al inicio del préstamo suscrito. También es verdad, que la redacción de dicha cláusula es suficientemente expresiva de su finalidad jurídica, por lo que no se incurrió en falta de transparencia en el presente caso, puesto que la entidad financiera cumplió las obligaciones relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero “sui generis”, derivado y complejo que estaban contratando. y en consecuencia debemos adentrarnos en el control de sus efectos jurídicos en los siguientes fundamentos de derecho.

**TERCERO.**- En lo que concierne a dichos efectos, consideramos que los motivos de la apelación deben ser examinados conjuntamente por afectar al fondo del asunto, bajo la perspectiva de la citada doctrina de esta Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, establecida en las Sentencias dictadas en fechas 15 de febrero de 2015 (rollo de apelación nº 790/2014), y 6 de abril de 2016 (ROJ: SAP M 4373/2016 - ECLI:ES:APM:2016:4373), nº 128/2016 , Recurso: 108/2016, donde ya tuvimos ocasión de pronunciarnos sobre otros préstamos multidivisas de características semejantes al que sirve de soporte al presente procedimiento, referenciado también al yen japonés y, en dichas Sentencias se decía que este préstamo, como el que obra en autos, puede entenderse con la misma facilidad que cualquier otro préstamo, caracterizado como contrato real, en que el prestatario, ha recibido los fondos del propio préstamo, y asume la totalidad de las obligaciones con el pago de los intereses si se hubiesen pactado. En las mismas Sentencias se indica que a este tipo de préstamo no le es aplicable la Ley del Mercado de Valores de 1988, modificada en 2007, como tampoco la normativa incluida en la directiva MIFID, que se traspuso en el año 2007 a la Ley precitada, porque un préstamo hipotecario multidivisa para la adquisición de un bien inmueble no es un instrumento financiero equiparable a un simple préstamo personal al consumo, que no tiene por objeto la venta de un activo financiero. Este criterio ha sido seguido en parte en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, cuyo criterio entendemos que debe sintonizarse con la doctrina de la STJUE de 3 de diciembre de 2015 (R. 312/14) y con las SSAP, Civil sección 9ª de 30 de junio de 2015 (ROJ: SAP M 9720/2015 - ECLI:ES:APM:2015:9720), nº: 292/2015, Recurso: 238/2014 ,y sección 19ª de 6 de abril de 2016 (ROJ: SAP M 4373/2016 - ECLI:ES:APM:2016:4373), nº 128/2016, Recurso: 108/2016. No siendo susceptible de plantearse en este caso cuestión prejudicial al TJUE, porque no consta incertidumbre jurídica, al haberse resuelto de manera coincidente y en sentido desestimatorio demandas semejantes en esta misma Sección 19ª, aunque se hayan

empleado razonamientos jurídicos diversos, que nos han conducido siempre a la misma conclusión. Así por ejemplo, desde la Sentencia de 5 de febrero de 2015, R.790/2014, se ha mantenido idéntico criterio. Las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encuentran reguladas en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyos arts. 251 y siguientes regulan la institución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Igualmente, el protocolo nº 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando prevé en su Título III el Procedimiento ante el Tribunal de Justicia, de modo que: El planteamiento de las cuestiones prejudiciales precisa que el Tribunal del Estado miembro albergue alguna incertidumbre acerca de la acomodación del Ordenamiento interno al Derecho de la Unión, lo que no ocurre en esta Sección porque no consta margen de incertidumbre jurídica alguna en esta clase de asuntos de hipoteca multidivisa, que han sido resueltos en Sentencias precedentes de esta misma Audiencia Provincial de Madrid, sec. 19ª, en Sentencias de 17-7-2013, nº 259/2013, rec. 273/2013, 27-2-2014, nº 98/2014, rec. 768/2013, 18-11-2014, nº 376/2014, rec. 626/2014, y 5-2-2015, nº 41/2015, rec. 790/2014, así como la Sentencia de 6 de abril de 2016 (ROJ: SAP M 4373/2016-ECLI:ES:APM:2016:4373), nº 128/2016, Recurso: 108/2016, del modo indicado.

**CUARTO.-** En las estipulaciones de la escritura litigiosa, en concreto en la cláusula financiera primera, se indica expresamente que el préstamo se convenía en la modalidad de yenes con su contravalor en euros, de forma que el préstamo podía quedar representado en cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda y de interés, en alguna de las monedas establecidas, que fueran negociadas en el mercado de divisas de Madrid, a solicitud del prestatario y con sujeción a las condiciones establecidas en el contrato (folios 60 a 63 de autos). Añadiendo que la transformación de la moneda, caso de que la parte prestataria elija en cualquiera de tales periodos una moneda distinta a la inicial pactada en yenes, no constituía novación o modificación del préstamo. La parte prestataria debía reintegrar las cuotas comprensivas de pago de capital e intereses en la moneda en que esté representado en cada momento. Los cambios de moneda podrán realizarse únicamente en la fecha de inicio de cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda y de interés en que se divide la presente operación crediticia.

Apreciamos en esta Sección que la lectura de la citada cláusula financiera primera, apartado tercero, que consta entre los folios 60 a 63 de autos, permitía conocer las características y funcionamiento de la hipoteca multidivisa, de manera que, si inicialmente el préstamo fue suscrito en yenes, concedía a cada prestatario la posibilidad de elegir otra divisa, en las fechas y condiciones indicadas en el contrato. Así mismo, el mismo día 11 de mayo de 2007, constan en autos sendas escrituras de préstamo hipotecario, entre los mismos litigantes, pero con relación a distintos bienes inmuebles, según la respectiva descripción obrante a los folios 57 y 90 de autos; una con el número 342, referenciada a yenes, folios 55 a 84 de autos, y otra con el número 343, referenciada a euros, folios 85 a 118 de autos. Por lo que estaban patentes las diferencias conceptuales y cuantitativas entre una y otra opción, sin que se deduzca confusión alguna en su entendimiento objetivo por los demandantes, que ya eran propietarios de tales bienes inmuebles, resultando de la primera escritura que habían pagado el precio de la compraventa, sin que cancelaran la primera hipoteca, según consta en los folios 59, anverso y reverso, de autos.

**QUINTO**.- Una vez atendidas las precedentes consideraciones de la Sentencia recurrida, entendemos que esta clase de asuntos de hipoteca multidivisa, han sido resueltos en Sentencias precedentes de esta misma Audiencia Provincial de Madrid, sec. 19ª, en Sentencias de 17-7-2013, nº 259/2013, rec. 273/2013, 27-2-2014, nº 98/2014, rec. 768/2013, 18-11-2014, nº 376/2014, rec. 626/2014, y 5-2-2015, nº 41/2015, rec. 790/2014, confirmando Sentencias semejantes a la actualmente recurrida, que han sido respaldadas en la STJUE de 3 de diciembre de 2015, (Sala Cuarta), folios 496 a 503 de autos, se declaró que: *El artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del*

desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad.

En consecuencia, la pretensión rectora de autos no puede prosperar, con arreglo a la doctrina mayoritaria de la Audiencia Provincial de Madrid, expresada en Sentencias, sec. 28ª, de 16-3-2012, nº 92/2012, rec. 309/2011 ; sec. 10ª, de 25-3-2015, nº 112/2015, rec. 786/2014; sec. 19ª, 17-7-2013, nº 259/2013, rec. 273/2013 y 18-11-2014, nº 376/2014, rec. 626/2014 , y el presente recurso de apelación debe ser estimado porque una vez atendidas las circunstancias del presente caso, entendemos que: La parte apelante en el contexto de un préstamo hipotecario en divisas proporciona al cliente en el momento de la contratación como valor de referencia una moneda extranjera y ello lo hará, lógicamente, como oferente de la misma, al tipo de cambio vendedor que dicha entidad crediticia esté ofreciendo al mercado al tiempo de efectuar el cambio de la misma (que es objeto de publicación, según disponen la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España y la Circular 3/1999 de 24 de marzo en relación con las correspondientes previsiones de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito). No siendo exigibles al Banco obligaciones sobre el control de la fluctuación de las divisas en el mercado monetario. Son las leyes del mercado las que juegan en tal caso para la fijación del tipo de cambio de las divisas (pues las operaciones de cambio de moneda extranjera, cualquiera que sea su denominación, son libres, sin más límites que los establecidos en la legislación de control de cambios -el artículo 178 de la Ley 13/1996 y normativa posterior, en relación con la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior) y cabría negociación al respecto con la entidad financiera, pero no imponerle la obligación de que debiera ceñirse a un tipo oficial, ni que debiera realizar un seguimiento de las vicisitudes de los tipos de cambio pactados, advirtiendo puntualmente a los clientes de las oscilaciones del precio de cambio. También reconocemos la complejidad que conlleva el operar con préstamos hipotecarios en divisas, pero la parte demandante pudo disponer del asesoramiento necesario de terceros, para obtener el préstamo hipotecario multidivisa que le interesaba, y para realizar los cambios de divisas que estimasen oportunos, siendo completada su posible intervención con la gestión de la parte demandada.

**SEXTO** .- En definitiva, aceptamos los motivos del recurso, porque esta Sección debe expresar que de la lectura del suplico de la demanda se desprende claramente lo que se interesaba y la parte demandada también tuvo conocimiento de la reclamación formulada, hasta el punto de que se reconoce en la Sentencia recurrida, que lo que se interesa de contrario no es más que la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario multidivisa suscrito entre las partes por concretarse en la demanda la pretendida causa de la nulidad (porque el contrato no existía, porque carecía de alguno de los elementos esenciales para su validez, por existir cláusulas abusivas o por vulneración de normas legales) o de la anulabilidad (por error en el consentimiento esencial y excusable o por dolo omisivo en la información) y por no ser las consecuencias solicitadas las que de ordinario se anudan a la nulidad/anulabilidad. Sentado lo anterior, procede concluir que no ha quedado acreditado que la entidad bancaria omitiera información relevante, ni que el prestatario suscribiera el contrato de préstamo hipotecario con su consentimiento viciado por error, puesto que en la escritura de 27 de mayo de 2008 se les hizo constar a los prestatarios las características esenciales del préstamo y los riesgos que se asumían. Así pues, respecto de la alegación de los demandantes como fundamento de su pretendida falta de información, que versa acerca de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (EDL 1988/12634) y el incumplimiento que de los artículos 78 y 79 bis de la misma, se reprocha a la contraparte, entendemos que sin embargo el citado texto legal no es de aplicación, pues el préstamo hipotecario en divisas, a que se contrae la actual temática litigiosa no es un instrumento financiero incluido en su ámbito de aplicación (artículo 2 en su primitiva redacción), ni de la Ley 47/2007, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, y en consecuencia la normativa MIFID, no le es de aplicación, teniendo en cuenta la doctrina consolidada en Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 10ª, de 25-3-2015, nº 112/2015, rec. 786/2014; sec. 19ª, 17-7-2013, nº 259/2013, rec. 273/2013y 18-11-2014, nº 376/2014, rec. 626/2014, hemos de atender a lo indicado en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 29 de octubre de 2013, y puesto que, en el presente caso, el producto contratado fue un préstamo hipotecario con cláusula multidivisa en una moneda extranjera (yenes japoneses) y con posibilidad para los prestatarios, durante la vida del préstamo, de elegir entre el euro o cualquiera de las divisas pactadas; que contenía un tipo de interés variable con referencia al índice LIBOR cuando el préstamo se cifrara en divisas distintas del euro y al EURIBOR en los periodos en que la disposición se cifrara en euros. No cabe duda que la complejidad del préstamo multidivisa es mayor que la de un préstamo sin la referida cláusula, pues al riesgo

de variación del tipo de interés se une el de la fluctuación del tipo de cambio de divisa, pero tales parámetros (moneda en que se efectúa el préstamo y el índice empleado) no desvirtúan la naturaleza del contrato, ni lo convierten en un producto asimétrico entre las partes, perjudicial para el cliente y beneficioso exclusivamente para la entidad bancaria, como se relata en la demanda; además, tampoco es cierto que se impida modificar su clausulado al cliente, pues como hemos visto éste puede optar en el plazo previsto (con la antelación de tres días hábiles al de finalización de cada periodo de intereses) por una de las divisas antes fijadas en el contrato. La valoración que se efectúa en el recurso de apelación respecto a los documentos aportados por los litigantes implica el error en la valoración de la prueba que se esgrime pues, de lo expuesto hasta ahora se deduce, que el perfil de cada contratante, no permite atribuir el error a la supuesta defectuosa información, cuando previamente a la contratación, y después de la misma, ambos demandantes pudieron ampliar la información que se les ofrecía por el Banco apelante, según la doctrina de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 19ª, Sentencia de 17-7-2013, nº 259/2013, rec. 273/2013, confirmada por la STS de 30-6-2015.

Finalmente, debemos añadir, en orden a la doctrina del error en el consentimiento, extremo que la parte apelante destaca en uno de los motivos de fondo del recurso, que según la *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015*, confirmatoria de la Sentencia dictada el 17 de julio de 2013, por la sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 273/2013, y las SSAP, Civil sección 9ª de 30 de junio de 2015 (ROJ: SAP M 9720/2015 - ECLI:ES:APM:2015:9720), nº: 292/2015, *Recurso: 238/2014*, y sección 19ª de 6 de abril de 2016 (ROJ: SAP M 4373/2016 - ECLI:ES:APM:2016:4373), nº 128/2016, *Recurso: 108/2016*, con cita de la *STS de 12 de diciembre de 2005*, extraemos la conclusión de que el error relevante, según tiene establecido la jurisprudencia de la *Sala 1ª en Sentencias de 4 de diciembre de 1990*, *6 de febrero de 1998*, *10 de febrero de 2000*, *de 23 de julio de 2001* y *12 de julio de 2002*, entre otras muchas, ha de ser sustancial y reconocible, correspondiendo la prueba de tales caracteres a quien lo alega, pero además ha de ser excusable, esto es, no imputable al que lo padece y que no haya podido ser evitado mediante el empleo, por parte de quien lo ha sufrido, de una diligencia media o regular, teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste

no merece protección por su conducta negligente, en similares términos se pronuncia la *STS de 17 de febrero de 2005*, al recordar la doctrina jurisprudencial según la cual para que un error pueda invalidar un negocio, es preciso que el mismo no sea imputable a quien lo padece, y tal cosa sucede cuando quien lo invoca podría haberlo eliminado empleando una diligencia normal adecuada a las circunstancias, es decir, una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien no merece dicha protección por su conducta no diligente (*SSTS de 12 de julio de 2002*, *24 de enero de 2003* y *de 17 de julio de 2006*). Y, que añade que para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (*Sentencias de 12 de julio de 2002*, *24 de enero de 2003* y *12 de noviembre de 2004*); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media (*Sentencias de 18 de febrero* y *de 3 de marzo de 1994*, que se citan en la *de 12 de julio de 2002*, y cuya doctrina se contiene, a su vez, en las *de 12 de noviembre de 2004* y *17 de febrero de 2005*). Y tales requisitos no se reúnen en este caso, por lo que entendemos que la fundamentación jurídica de la Sentencia recurrida no se atiene a dicha doctrina jurisprudencial consolidada por lo que debe ser revocada, al estar mejor ajustada a Derecho la desestimación de la demanda.

**SÉPTIMO**.- Las costas procesales causadas en ambas instancias no deben ser impuestas a ninguna de las partes litigantes, teniendo en cuenta las distintas tendencias doctrinales evidenciadas en esta Audiencia, respecto de esta clase de asuntos, tal como se deriva del nº 1 del artículo 394, en relación con el artículo 398 de la LEC . Con reintegro del depósito para recurrir, según la D. A. 15ª de la LOPJ, a la parte apelante.

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

### **III.- FALLAMOS**

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., contra la Sentencia de nueve de mayo de dos mil dieciséis nº 131/2016, dictada en el Procedimiento Ordinario 104/2015, del Juzgado de 1ª Instancia nº 56 de Madrid, que revocamos, por lo que desestimamos la demanda, sin imposición de las costas causadas en ambas instancias a ninguna de las partes litigantes.

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

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** 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 2837-0000-00-0749-16, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

A los efectos previstos en los artículos 471 y 481-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace saber a la parte que, de necesitarla, podrá solicitar de este Tribunal la certificación de la Sentencia que previenen tales preceptos. De no verificarlo así se entregará al recurrente, en su caso con el emplazamiento para ante el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** 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.