Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Novena
C/ Ferraz, 41 , Planta 1 - 28008
Tfno.: 914933935
37007740
N.I.G.: 28.047.00.2-2013/0001787

(01) 30354187086

Recurso de Apelación 41/2015 -4

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 04 de Collado Villalba
Autos de Procedimiento Ordinario 921/2013

APELANTE: D./Dña. JUAN _____ y D./Dña. _____
PROCURADOR D./Dña. SAMUEL MARTINEZ DE LECEA BARANDA
APELADO: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

SENTENCIA NÚMERO: 287

RECURSO DE APELACIÓN Nº41/15

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS

D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA

D. JOSÉ MARÍA PEREDA LAREDO

En Madrid, a treinta de junio de dos mil quince.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Juicio Ordinario 921/2013, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Collado Villalba, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 41/2015, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelante Dª _____ y D. _____ representados por el Procurador D. Samuel Martínez de Lecea Baranda.; y, de otra, como demandado y hoy apelado BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. representado por la procuradora Dª maría José Bueno Ramírez; sobre acción de nulidad y reclamación de cantidad.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Collado Villalta de, en fecha se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**Fallo**: Que de desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador D. Samuel Martínez de Lecea, en nombre y representación de D. JUAN _____, y Dª MARÍA _____, absuelvo a la parte demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. de los pedimentos de la misma, sin hacer expresa imposición de costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la parte demandante, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, se opuso a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, substanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba por la representación procesal de la parte apelante y denegado por Auto de fecha 24 de febrero de dos mil catorce, no se estimó necesaria la celebración de Vista Pública, por lo que se procedió a señalar para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo del presente recurso la audiencia del día 24 del año en curso.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en lo que no se oponga a los de esta resolución, en cuyo caso deben entenderse sustituidos por estos.

SEGUNDO. Antes de entrar al examen del los distintos motivos del recurso de apelación, dadas las manifestaciones realizadas tanto en el suplico de la demanda, como en el acto del juicio, la pretensión de la parte actora no es la nulidad parcial del contrato de préstamo, de la cláusula multidivisas, sino la nulidad total del mismo es decir la nulidad bien por error en el consentimiento , alegando como elementos esenciales de dicho error que la entidad financiera no les realizo ni el test de idoneidad, y de conveniencia, sin que tampoco se les diera el resto de la información que exige la normativa MIFID, habiendo incumplido la entidad financiera a juicio de la parte apelante los deberes de información que impone a dichas entidad los artículo 79 y siguientes de la ley del mercado de valores.

La primera cuestión a resolver cual es las normas o régimen jurídico que ha de tenerse en cuenta a los efectos de resolver el litigio y los distintos motivos del recurso de apelación.

No cabe entender que sea aplicable al presente caso la ley del mercado de valores 24/1988 pues a tenor del artículo 1 de la citada ley, su objeto es la regulación de los sistemas de negociación de instrumentos financieros, en especial los regulados en el artículo 1 de la citada ley, sin que se pueda considerar como tales productos financieros los préstamos hipotecarios, ya lo sean referenciados al euro o a otra divisa,

así lo ha venido a entender el Banco de España al señalar que no puede valorarse dicho producto en base a la normativa MIFID , y la normativa del mercado de valores toda vez que dichas normas son aplicables a la contratación de productos de inversión por parte de los clientes de las entidades, sin que el préstamo multidivisa pueda incardinarse en dicha categoría.

Ahora bien también ha de tenerse en cuenta que la orden ministerial de fecha 5 de mayo de 1994 sobre trasparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios vigente a la fecha de celebración del contrato, a que se alude tanto en la sentencia, como en el escrito de apelación, de acuerdo con dicha norma solo era aplicable a los contratos cuyo importe sea igual o inferior a 25.000.000 de pts. Actualmente 150.253,03 €; si bien y como viene resaltado de forma reiterada el servicio de informes del Banco de España que dichas entidades en la medida que son profesionales de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, les es exigible que faciliten una información financiera completa y comprensible de los productos que estos contratan, por lo que en cumplimiento de ese deber de trasparencia y claridad los clientes deben conocer con suficiente antelación las condiciones en las que se van a obligar antes de firmar las correspondientes contratos o escrituras públicas.

En base a todo lo expuesto ha de entenderse que al no ser el contrato de préstamo objeto del contrato suscrito por las partes un producto complejo, han de tenerse en cuenta por un lado tanto la normativa general, sobre la nulidad de los contratos en relación con las normas sobre protección de consumidores usuarios.

TERCERO. En el escrito de apelación se alega como primer motivo del recurso de apelación la infracción del principio de legalidad por haberse vulnerado la normativa aplicable y que exige a las entidades financieras el cumplimiento del deber de información, que a juicio de la parte apelante no se ha producido, como es por un lado la oferta vinculante y el folleto informativo.

En cuanto a este motivo del recurso de apelación y respecto a la legislación aplicable debe tener en cuenta dos elementos, lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, dada la calificación como producto no complejo del préstamo hipotecario multidivisas, y un segundo elemento la fecha del contrato de préstamo el 22 de julio de 2008, por lo que no puede entender aplicables aquellas normas que son de fecha posterior a la firma del contrato, en especial la ley 2/2009.

Sobre contratos de esta naturaleza ya se ha pronunciado entre otras la Sentencia de la sección 19 de esta audiencia provincial de 5 de febrero de 2015 al señalar ""Aplicando la doctrina expuesta hemos de tener en cuenta 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 siguientes divisas: el yen japonés, el franco suizo, la libra y el dólar; 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 multidivisas 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 quince días hábiles al de finalización de cada periodo de intereses) por una de las divisas antes fijadas".

Si bien no se puede desconocer que en virtud de las distintas modalidades y circunstancia que concurran en el caso (subjetivas de los contratantes y objetivas del producto ofertado), las que determinen si en el momento de la perfección del contrato

existe error en el particular contratante por ignorancia o equivocación determinante en la emisión de la voluntad negocial.

CUARTO. Partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia de instancia, como es por un lado el que no se haya aportado a los autos resguardo de haberse entregado a los clientes la correspondiente oferta vinculante, y el folleto informativo, lo que a juicio de la parte actora y ahora apelante debe llevar a tener por acreditado el incumplimiento del deber de información por la entidad financiera, que indujo o al error a los clientes apelantes la hora de firmar el contrato de préstamo multidivisas. Lo cierto es en la escritura pública de 22 de julio de 2008, folio 42 vto. Se hace constar por parte del Notario que ha tenido a la vista la oferta vinculante presentada por la entidad acreedora ,y que no existen discrepancias entre las condiciones financieras de dicha oferta vinculante y las clausulas financieras de la escritura, por lo que ha de entenderse que la entidad financiera si procedió a la entrega de dicha oferta vinculante , pues si bien la testigo D ª Cristina Velasco Carracedo, tiene relación laboral con la entidad financiera y que fue la persona que intervino en la concesión del préstamo, de la declaración de dicho testigo, así como del contenido de la escritura de préstamo hipotecario de 22 de julio de 2008, ha de entenderse que si se procedió a la entrega de la oferta vinculante .

Por otro lado no se puede desconocer de acuerdo con el artículo 4 de la Directiva 93/13 de la CE e que al ser la clausula multidivisas definidor o elemento esencial del contrato, 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.

Siendo dichas clausulas tal como establece la jurisprudencia del Tribunal solo objeto de control a través de la transparencia, a fin de garantizar que el consumidor está

en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa. STS 9-5-2013.sin que tampoco se pueda desconocer como señala la STS 15/12/2014 que la infracción de los deberes legales de información pueden tener efecto sobre la validez del contrato, dado que la falta de pueda provocar un error como vicio del consentimiento, pero es necesario que concurran todos los requisitos que la jurisprudencia establece para que el error invalide el consentimiento.

Como viene reiterando la doctrina legal recogida entre otras en la sentencia del pleno de la Sala I del tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, "recoge y resume la jurisprudencia dictada en torno al error vicio. Afirmábamos en esa sentencia, con cita de otras anteriores, que 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 CC 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 CC). 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 al contratar ignoraba. 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 concurran 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. Así se declaró en la sentencia de esta sala núm. 113/1994, de 18 de febrero.

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 (en este sentido, sentencia de esta sala núm. 829/2006, de 17 de julio, y las que en ella se citan).

QUINTO. Aplicando la doctrina legal expuesta en el fundamento de derecho anterior aunque existió una omisión en la información suministrada por la entidad financiera, aunque cabe deducir que si fue entregada la oferta vinculante, lo cierto es que desde que el cliente compareció en la sucursal a solicitar información de la hipoteca multivisas, en el mes de mayo de 2008 ,a hasta el momento en que se firmo la escritura el 22 de julio de 2008, habiendo entregada la oferta vinculante , como se deduce del contenido de la escritura de hipoteca, no cabe entender que haya existido el error con los requisitos que establece el artículo 11266 del c. civil, de acuerdo con la jurisprudencia que lo interpreta, en la medida que en la escritura de hipoteca se recoge de una forma clara y precisa que el contrato de préstamo lo es en yenes, recogiendo también la forma en que se procedería a liquidar la correspondiente cuota, y si bien la parte actora en el acto del juicio se limito de forma reiterada a indicar que el banco solo le informo que pagarían menos cuota, lo cierto es que la cuota a pagar dependía tanto del intereses pactado, como de la evolución del yen, moneda a la que la parte actora estuvo conforme en referenciar el préstamo hipotecario, por lo que no cabe entender que haya existido el error que alega, y en todo caso dicho error no puede ser calificado de excusable, en la medida que el actor reconoció, que había tenido con anterioridad el préstamo hipotecario con otras entidades Braclays, ING, y que se pretendía buscar un préstamo con mejores condiciones, lo que lógicamente también implicaba mayores riesgos, por lo que si bien puede entenderse que existió un déficit de información por la entidad financiera, en modo alguno puede entenderse que haya sido determinante del error de los apelantes al suscribir el préstamo mutidivisas, y en especial que dicho error pueda ser calificado de excusable.

SEXTO. De conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la ley de enjuiciamiento civil en relación con el artículo 394 de la citada ley, y dado que el déficit

de información de la entidad bancaria, debe dar lugar a la aprecia de serias dudas de hecho a los efectos de no hacer expresa imposición de las costas de esta alzada.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

F A L L A M O S: Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D ª MARIA _____ Y D. JUAN _____ contra la sentencia dictada por la Ilma. Magistrada Juez del juzgado de primera instancia n º 4 de Collado Villalba el 22 de julio de 2014.

Todo ello sin imposición de las costas de esta alzada, con devolución del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal en el término de veinte días desde la notificación de la presente.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.