



Roj: **SAP M 12853/2013 - ECLI:ES:APM:2013:12853**

Id Cendoj: **28079370192013100195**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **19**

Fecha: **17/07/2013**

Nº de Recurso: **273/2013**

Nº de Resolución: **259/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **RAMON RUIZ JIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 12853/2013,**
STS 3002/2015

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimonovena

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933816/86/87

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0004792

Recurso de Apelación 273/2013

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 97 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 304/2012

APELANTE: KUTXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. ANA PRIETO LARA-BARAHONA

APELADO: D./Dña. Jose Antonio

PROCURADOR D./Dña. JOSE RAMON CERVIGON RUCKAUER

SENTENCIA N° 259

PONENTE ILMO/A SR./SRA. D. RAMÓN RUÍZ JIMÉNEZ

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

D./Dña. EPIFANIO LEGIDO LÓPEZ

D./Dña. RAMÓN RUÍZ JIMÉNEZ

D./Dña. MIGUEL A. LOMBARDÍA DEL POZO

En Madrid, a diecisiete de julio de dos mil trece.

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 304/2012 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 97 de Madrid que han dado lugar en esta Sala al rollo 273/13 a instancia del apelante KUTXABANK SA representado por el/la Procurador ANA PRIETO LARA-BARAHONA y defendido por letrado contra el apelado D./Dña. Jose Antonio y D./Dña. Soledad representados por el/la Procurador JOSE RAMON



CERVIGON RUCKAUER y defendido por letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 04/02/2013 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D./Dña. RAMÓN RUÍZ JIMÉNEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 97 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 04/02/2013 , cuyo fallo es el tenor siguiente: "Que estimando como estimo en parte las demandas acumuladas interpuestas por DON Jose Antonio y DOÑA Soledad , representados por el procurador D. JOSÉ RAMÓN CERVIGÓN RUCKAUER, contra KUTXABANK SA. representada por la procuradora DOÑA ANA PRIETO LARA-BARAHONA, debo acordar y acuerdo: 1.- La nulidad relativa por error como vicio de consentimiento con relación a las escrituras de préstamo con **hipoteca** y de novación modificativa de préstamo hipotecario, otorgadas ambas ante el Notario de Madrid Don Celso Méndez Ureña, con números 736/2008 y 5932/2009 de orden de su protocolo, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, con sus intereses legales, conforme a las bases establecidas en el fundamento de derecho sexto. 2.- Sin hacer declaración sobre las costas causadas en esta instancia."

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

TERCERO.- Para la deliberación votación y fallo del presente recurso se señaló el 25 de junio de 2013.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se parte de la doctrina que se cita en la sentencia recurrida, no así en la aplicación de la misma al caso concreto. Se sustituyen los fundamentos en que sean contradictorios por los que ahora se expresan.

PRIMERO .- La demanda que da origen a estas actuaciones, se presenta por don Jose Antonio y doña Soledad frente a KUTXABANK S.A sobre nulidad de cláusulas multidivisas, y condena a pagar las cantidades. La demandada se allanó a la nulidad de las cláusulas 6 bis g,k y n y 15 y se opuso al resto de los pedimentos. Se acumuló a este procedimiento el 325/2012 seguido ante el juzgado num.96 de Madrid en virtud de demanda de doña Soledad contra la misma demandada Kutxabank S.A. Se trata en suma de determinar la validez del préstamo multidivisas con garantía hipotecaria de 28 de febrero de 2008 en el que aparece prestatario don Jose Antonio en sí y en representación de su esposa doña Soledad estableciendo la cuantía en yenes japoneses. La sentencia estima parcialmente las demandas acumuladas interpuestas por don Jose Antonio y doña Soledad , y declara la nulidad relativa por error de consentimiento de las escrituras de préstamo con restitución recíproca de las prestaciones y sin hacer condena en las costas.

Con mayor concreción, recordar que la demanda inicial se presenta por don Jose Antonio . Instaba acción de nulidad del clausulado multivisas y otras cláusulas multidivisas y subsidiaria anulación. Tras una introducción sobre la acción ejercitada, referencia de la MIFID, sus objetivos y extensión. En el año 2005, el demandante se compró una vivienda escriturada el 15 de marzo de 2006 ante Notario. En el año 2007, el promotor inmobiliario don Luis y la mercantil Albasol S.L. suscriben un contrato de arras para la adquisición de cuatro parcelas en Los Peñascales de Madrid, y posteriormente se le ofrece entrar en dicho proyecto, cuya finalidad era promoverlas con un préstamo- promotor de la BBK. Esta operación, dice la primera que realizaba con un contenido especulativo. En el año 2008, expone al BBK la imposibilidad de seguir pagando su parte de cuota del crédito promotor y le aconseja que pida una **hipoteca** multidivisas porque más a pagar una cuota más baja, dejando de suministrarle información sobre aspectos esenciales, a su juicio de este tipo de operaciones. Tras unas alegaciones generales sobre la situación financiera, causas que han contribuido a la misma y en concreto actuación de la demandada. La operación no cumple la normativa MIDIF. Tras una amplia cita de normativa jurídica y doctrina que entiende de aplicación, pide en el suplo de su demanda, una sentencia que declare la nulidad del clausulado multidivisas, acordar que a los efectos de restitución de la cantidad debida, es la de 704.691,45 euros, resultado de restar el capital pagado - 44.829,58 euros- y la comisión de cambio -8.129,27 euros- y a estas cantidades habrán de añadirse los intereses indebidos, fijar la deuda en euros, referenciar el tipo de Euribor, declarar abusivas las cláusulas sexta bis g,k,n y 15ª y condenar en costas a la demandada; de estimarse que el contrato no es nulo sino anulable, una petición similar sobre dicha base.

SEGUNDO.- Recurso de KUTXABANK S.A.



Se orienta en primer lugar en un pretendido error en la valoración de la prueba, que relaciona con el perfil de los demandantes Srs. Jose Antonio y Sra. Soledad, y parte de que la sentencia, reconociendo la condición de letrado del Sr. Jose Antonio, entiende que ello no le supone conocedor de la complejidad del contrato concertado.

Pone de relieve como con arreglo a la página web del demandado, el mismo aparece como abogado en ejercicio en Madrid desde el año 1989 y especialista entre otras áreas en operaciones mobiliarias, derecho bancario e **hipotecas** multdivisas, y queda de relieve en el hecho de que asuma la propia defensa y de su esposa, admitiendo en la vista ser propia la página web que refiere las especialidades a que antes se ha hecho referencia.

No toma en consideración el juzgador, dice el recurrente el doc. 17 aportado y admitido por la parte como propio, en el que solicita el cambio de divisa de francos suizos a yenes japoneses, (antes había el cambio a la inversa). También la testigo Gracia, admite que se trata de un producto a petición del cliente. Por su parte la Sra. Soledad trabaja de directiva de la Empresa Larry Smith SA.

Pone asimismo el acento la apelante la existencia de información bastante, y se hace específica advertencia de lo establecido en el art. 7.5º en contra de lo que se dice en la sentencia, y se desprende así del documento firmado por las partes, folio 12; de otra parte el demandado tenía posibilidad de volver al euro, como ya anteriormente hizo cambiando la moneda (doc. 28 y doc. 17 a que antes se hizo referencia).

El juez se basa en el informe pericial presentado por los demandantes, de don Fabio, que pone de relieve los riesgos de este tipo de préstamos, a saber el tipo de cambio y el tipo de interés.

Ha de relacionarse lo expuesto, con lo dicho anteriormente en cuanto al perfil del demandante, que además pudo cambiar al euro y no lo hizo, lo que evidencia que era conocedor del riesgo que asumía, habiendo por su parte la demandada cumplido con las obligaciones que le impone la orden de 5-5-1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

TERCERO .- Sobre el error en el consentimiento.

Lo justifica la sentencia en base al defecto de información, extremo examinado en el fundamento anterior. Comporta lo anterior, de una parte la información que se recibe, y de otra si el receptor está en condiciones de asumir la misma, comprendiéndola.

Como enseña la SAP Madrid 19-11-2012, sección 14ª, "los requisitos esenciales de todo contrato se halla el consentimiento de los contratantes (artículo 1.261 del Código civil), que se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el negocio, conforme al artículo 1262 del mismo texto, y que será nulo -artículo 1265- prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Por ello, como dice la sentencia citada, "la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige plena conciencia de lo que significa el contrato y de los derechos y obligaciones derivados, lo cual otorga importancia a la negociación previa y a la fase precontractual, en que los negociantes merecen toda la información necesaria para valorar cuál es su interés en el contrato y actuar en consecuencia, postulado que alcanza especial intensidad si cabe en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, lo que ha motivado en los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta para dotar de claridad y transparencia a las operaciones que realizan. Sin embargo para que el error -nacido de falta de información- implique vicio del consentimiento, conforme a los postulados generales, ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuese objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y la doctrina legal señala p.e. STS de 10 de abril de 1999, que ha de ser esencial y excusable, requisito este último que el Código Civil no menciona pero se deduce del principio de buena fe consagrado en su artículo 7, a valorar en atención a las circunstancias del caso, y se erige en una medida de protección para la otra parte contratante; el error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (STS de 4 de enero de 1982, y 29 de marzo de 1994), de acuerdo con los postulados de la buena fe, diligencia que ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el supuesto, incluso las personales, no sólo las de quien ha padecido el error, y se ha de atender a lo exigible, mayor cuando se trata de un profesional, y menor cuando se trata de persona inexperta; igualmente la STS de 23 de julio de 2001 señala que el error invalidante no ha de ser imputable al que lo padece; y, no merece el calificativo de excusable el que obedece a la falta de diligencia exigible a las partes contratantes, que implica que cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible (STS de 6 de febrero de 1996).

El incumplimiento de la normativa administrativa relativa al deber de información, como dice la sentencia de la sección 13ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 14 de febrero de 2012, no puede producir



por sí mismo y sin más la nulidad del contrato financiero concertado, pero sí tiene sustancial 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 o no incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones, en otros términos, si el consentimiento prestado estaba o no suficientemente formado. Y añadir, que la carga de la prueba sobre la corrección y suficiencia del asesoramiento o información pesa sobre la entidad bancaria -la diligencia exigible es la específica del ordenado empresario-, conforme a las normas que la disciplinan en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aunque corresponde a la parte adversa justificar la existencia del vicio invalidante del consentimiento, pues éste se presume válidamente prestado, conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada.

De destacar asimismo, que como dice la sentencia de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de febrero del 2011, el hecho de que el cliente "cuestione la validez del contrato a partir del momento en el que los saldos comienzan a ser negativos no supone la convalidación por el comportamiento anterior, pues es sólo entonces cuando alcanza a comprender el error sufrido, más aún si se tiene en cuenta que sólo en ese momento conoce el elevado coste que le supone la cancelación anticipada de esos productos, y que hasta entonces ignora al no haber sido informado con un mínimo de precisión".

En relación a los contratos bancarios, el deber de información en este tipo de contratos, por sus características, exige unas explicaciones de su contenido, sobre todo porque recoge unas reglas y fórmulas de cálculo cuya comprensión sólo está al alcance de clientes experimentados o con conocimientos específicos o, al menos, cualificados.

CUARTO. - La Sala no comparte el criterio del juzgador de la primera instancia. La sentencia centra la controversia en la nulidad o anulabilidad en su caso, y parte de la complejidad del contrato tanto respecto de los intereses variables, así el Libor (mercado interbancario de Londres) en el supuesto de no amortizarse en euros como respecto a las variaciones en el tipo de cambio de las diferentes monedas en el mercado de divisas, elementos ambos con múltiples variables y de difícil predicción. Examina la falta de información que se suministra a los demandantes contratantes, a decir de la sentencia, analiza el error en relación con la falta de información. Retrocediendo en la relación de hechos que contiene la demanda, se refiere la compra de una vivienda familiar en el año 2005 y en el año 2007 compró junto a un promotor y un asesor bancario, cuatro parcelas en Los Peñascales para promoverlas con un préstamo promotor del BBK. Lleva a cabo la compra, por la influencia de un promotor, cliente con alrededor de 19 sociedades constructoras, por llevarse a cabo por un renombrado arquitecto y por el entusiasmo en la operación mostrado por el BBK. Lo expuesto aleja en principio al demandante Sr. Jose Antonio del perfil que se pretende de persona influenciada por su ignorancia en operaciones de este tipo. Ya en 2008 ante la imposibilidad de hacer frente al préstamo se le aconseja una **hipoteca** multdivisas.

El Sr. Jose Antonio aparece, y este extremo no se niega, como abogado, lo que en sí no comportaría conocimiento de operaciones de este tipo, pero se publicita como especialista en operaciones mobiliarias, derecho bancario e **hipotecas** multivisas, con especial significación en cuanto a estas últimas. Aparece asimismo como administrador único de dos sociedades Torgat Demo Automáticas S.L. y Sociedad Limpiezas automáticas S.L. y administrador de otras dos sociedades. La esposa, es ejecutiva de la empresa Larry & Smith, y admite que era el esposo codemandante quien llevaba a cabo las operaciones a que se refieren este procedimiento. Abundando en lo dicho, fue el Sr. Jose Antonio quien pidió el cambio de francos suizos a yenes japoneses. No cabe desconocer lo anterior a la hora de valorar la existencia de consentimiento bastante y suficientemente informado acerca de las operaciones de que se trata.

Recordar, que Según jurisprudencia consolidada "el Juzgador que recibe la prueba, puede valorarla de forma libre, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez a quo de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso (SSTS 15-II-1999 y 26-I-1998 por todas).

En definitiva, la segunda instancia ha de limitarse, cuando de valoraciones probatorias se trata, a revisar la actividad del juzgador a quo, en el sentido de comprobar que ésta aparezca suficientemente expresada en la resolución recurrida y no resulte arbitraria, injustificada o injustificable".

Añadir, que la llamada doctrina de la carga de la prueba tiene como finalidad determinar para quien han de producirse las consecuencias desfavorables en el caso de que un hecho no haya resultado probado, carga que sin embargo solo entra en juego cuando falta la necesaria prueba sobre los hechos controvertidos en



el proceso. Como se ha dicho en gráfica frase "el problema de la carga de la prueba es el problema de su falta". Así lo ha venido estimando la jurisprudencia cuando hace recaer sobre el litigante que no prueba, las consecuencias negativas de dicha ausencia. La S.T.S. de 14 de junio de 2.010 afirma que "las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria"; y que "el principio sobre reparto del "onus probandi" (carga de la prueba) no es aplicable en aquellos casos en los cuales el tribunal efectúa una valoración probatoria de los hechos fundándose en distintos medios de prueba".

QUINTO.- Sobre el error invalidante por defecto de información.

La SAP Madrid 19-11-2012 , recuerda, que entre los requisitos esenciales de todo contrato se halla el consentimiento de los contratantes (artículo 1.261 del Código civil), que se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el negocio, conforme al artículo 1262 del mismo texto, y que será nulo -artículo 1265- prestado por error, violencia, intimidación o dolo. Por ello, como dice la sentencia citada, "la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige plena conciencia de lo que significa el contrato y de los derechos y obligaciones derivados, lo cual otorga importancia a la negociación previa y a la fase precontractual, en que los negociantes merecen toda la información necesaria para valorar cuál es su interés en el contrato y actuar en consecuencia, postulado que alcanza especial intensidad si cabe en el ámbito de la contratación bancaria y con las entidades financieras en general, lo que ha motivado en los últimos años una especial atención por parte del legislador, estableciendo códigos y normas de conducta para dotar de claridad y transparencia a las operaciones que realizan. Sin embargo para que el error -nacido de falta de información- implique vicio del consentimiento, conforme a los postulados generales, ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que fuese objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo, y la doctrina legal señala p.e. STS de 10 de abril de 1999 , que ha de ser esencial y excusable, requisito este último que el Código Civil no menciona pero se deduce del principio de buena fe consagrado en su artículo 7, a valorar en atención a las circunstancias del caso, y se erige en una medida de protección para la otra parte contratante; el error es inexcusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular (STS de 4 de enero de 1982 , 3 y 29 de marzo de 1994), de acuerdo con los postulados de la buena fe, diligencia que ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el supuesto, incluso las personales, no sólo las de quien ha padecido el error, y se ha de atender a lo exigible, mayor cuando se trata de un profesional, y menor cuando se trata de persona inexperta; igualmente la STS de 23 de julio de 2001 señala que el error invalidante no ha de ser imputable al que lo padece; y, no merece el calificativo de excusable el que obedece a la falta de diligencia exigible a las partes contratantes, que implica que cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible (STS de 6 de febrero de 1996 . Por último es resaltable que la apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo, pues tal vicio ha de ser apreciado con extraordinaria cautela y con carácter excepcional, en aras de la seguridad jurídica, y necesidad de fiel y exacto cumplimiento de lo pactado, por lo que la carga de la prueba incumbe a quien lo alega, y debe quedar cumplidamente probado (SSTS de 30 de junio de 1988 y 4 de diciembre de 1990)".

Añadir, que la carga de la prueba sobre la corrección y suficiencia del asesoramiento o información pesa sobre la entidad bancaria -la diligencia exigible es la específica del ordenado empresario-, conforme a las normas que la disciplinan en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil , aunque corresponde a la parte adversa justificar la existencia del vicio invalidante del consentimiento, pues éste se presume válidamente prestado, conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada.

La prueba del cumplimiento del deber de información previo a la suscripción del contrato no puede consistir únicamente en un folleto informativo falto de claridad y en el propio contenido del contrato una vez firmado y en la cláusula que aparece en el expositivo II de las condiciones generales, que refiere, que "el cliente conoce y acepta que los instrumentos financieros que suscribe, conllevan un cierto grado de riesgo derivado de factores asociados al funcionamiento de los mismos, como la volatilidad o la evolución de los tipos de interés de manera que, en caso de que la evolución de esos tipos de interés sea contraria a la esperada o se produzca cualquier supuesto extraordinario que afecte a los mercados, se podría reducir e incluso anular el beneficio económico esperado por el cliente en el presente contrato", máxime cuando lo que tampoco dice la cláusula es que puede dar lugar a pérdidas y cuando el contenido del contrato no se puede calificar de claro, transparente y de fácil comprensión para cualquiera y adolece de omisiones relevantes que implican que la demandante no pudiera conocer los riesgos que asumía, ni la forma y método de la cancelación anticipada, por más que el funcionamiento del producto no apareciera en exceso complejo.



Resulta válido a los efectos de interpretar la doctrina expuesta, lo razonado acerca de la información suministrada, y del perfil de quien contrataba en nombre de los demandantes, concededor, por razones profesionales, como cualificado asesor de las operaciones en que se movía.

Esta misma sección y ponente, en sentencia de 15-10-2012 , por referirse a un supuesto parecido, ya decía, que "La nulidad e inexistencia del contrato la fundamenta el actor en la "falta de consentimiento como error obstativo" que, "como falta de coincidencia entre la voluntad y la declaración, desacuerdo inconsciente que excluye la voluntad interna del negocio jurídico, dando lugar a su inexistencia, requiere que el error sea esencial, su relación de causalidad con la celebración del contrato, y su carácter excusable", requisitos que, según alega concurren, así, es esencial y relacionado causalmente con el acto mismo de la firma del contrato .

Finalmente, añadir, en orden al error, extremo que el apelante destaca, que la STS de 12 de diciembre de 2005 pone de relieve, que el error relevante, como tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala en Sentencias de 4 de diciembre de 1990 , 6 de febrero de 1998 , 10 de febrero de 2000 (con numerosos precedentes , como las de 14 y 18 de febrero de 1994), 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 señalar que ha de recordarse 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 negligente (sentencias de 24 de enero de 2003 , 12 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 1999 , entre otras); en la misma línea se pronuncia la STS de 17 de julio de 2006 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, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste 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 (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 la de 12 de noviembre de 2004 ; también, Sentencias de 24 de enero de 2003 y 17 de febrero de 2005 .

Parece evidente de lo expuesto hasta ahora, 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, lo que cabe argumentar es que pensaba que se trataba de un contrato de seguro, inasumible atendidos sus conocimientos.

SEXTO.- Al acogerse el motivo del recurso, debe estimarse el mismo y desestimar la demanda, a salvo en los aspectos en que existió allanamiento, lo que comporta la no condena en las costas de la alzada (arts. 398 y 394 LEC).

FALLAMOS

ESTIMAR EL RECURSO PRESENTADO POR KUTXABANK SA.CONTRA LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 97 DE MADRID EN PROCEDIMIENTO ORDINARIO 304/2012 SEGUIDO A INSTANCIAS DE DON Jose Antonio Y DOÑA Soledad REVOCANDO LA MISMA DESESTIMAR LA DEMANDA A SALVO EN CUANTO AL PARCIAL ALLANAMIENTO. NO SE HACE CONDENA EN LAS COSTAS DEL RECURSO.

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 la Oficina num. 1036 de la entidad Banesto S.A., con el número de cuenta 2837-0000-00-0273-13, 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.

Asimismo se deberá aportar debidamente diligenciado el modelo 696 relativo a la tasa judicial correspondiente a los recursos de que se trate, en los casos en que proceda.

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