



Roj: **SAP M 10601/2015 - ECLI:ES:APM:2015:10601**

Id Cendoj: **28079370252015100279**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **25**

Fecha: **22/07/2015**

Nº de Recurso: **126/2015**

Nº de Resolución: **291/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CARLOS LOPEZ-MUÑIZ CRIADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 81, 25-06-2014,
SAP M 10601/2015**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoquinta

C/ Ferraz, 41 , Planta 6 - 28008

Tfno.: 914933866

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2013/0153830

Recurso de Apelación 126/2015

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 81 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1226/2013

APELANTE Y DEMANDADO: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

PROCURADOR Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

APELADO Y DEMANDANTE: D. Juan Pablo

PROCURADOR Dña. MARTA MARCOS ALONSO

SENTENCIA N° 291/2015

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D.JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ (en funciones de Presidente)

D. CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO

Dña. BEATRIZ PATIÑO ALVES

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

La Sección Vigésimoquinta de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1226/2013 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 81 de Madrid a instancia de BANCO POPULAR ESPAÑOL SA apelante - demandado, representado por la Procuradora Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ contra D. Juan Pablo apelado - demandante, representado por la Procurador Dña. MARTA MARCOS ALONSO ; todo ello en



virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 25/06/2014 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D.CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 81 de Madrid se dictó sentencia de fecha 25/06/2014 , cuyo fallo es el tenor siguiente: "ACUERDO: ESTIMAR la demanda formulada por D. Juan Pablo contra Banco Popular Español, S.A. y , en consecuencia: 1.- Declaro la nulidad de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, otorgada ante el Notario de Madrid D. Ignacio Ramos Covarrubias, con número 2232 de orden de protocolo, por haber prestado su consentimiento D. Juan Pablo mediando error.2.- Condeno a las partes a la restitución recíproca de las prestaciones objeto del contrato, lo que supone que D. Juan Pablo deberá abonar a Banco Popular Español, S.A., la cantidad de 270.000 euros, y Banco Popular Español, S.A., deberá abonar a D. Juan Pablo las cantidades entregadas en concepto de amortización, intereses y comisiones y gastos, en su contravalor en euros en la fecha que se hizo el pago correspondiente, procediéndose en ejecución de sentencia a la correspondiente compensación. 3.- Además, Banco Popular Español, S.A. tiene derecho a que D. Juan Pablo , le abone los intereses legales del capital que recibió, los cuales se contabilizaran (término inicial) desde 4 de mayo de 2007, fecha de la escritura pública, hasta (término final) la fecha en la que el actor haga entrega a Banco Popular Español, S.A. de la cantidad resultante de restar a 270.000 euros el importe abonado por D. Juan Pablo en concepto de amortización, intereses y comisiones y gastos, en su contravalor en euros en la fecha que se hizo el pago correspondiente; asimismo, Banco Popular Español , S.A., también tendrá que restituir los intereses legales de las cantidades que recibió el actor, desde (término inicial) las respectivas fechas de abono, hasta (término final) la fecha en la que el actor haga entrega a Banco Popular Español , S.A. de la cantidad resultante de restar a 270.000 euros el importe abonado por D. Juan Pablo en concepto de amortización, intereses y comisiones y gastos, en su contravalor en euros en la fecha que se hizo el pago correspondiente; procediéndose en ejecución de sentencia a las correspondientes compensaciones. 4.- Una vez cumplido todo lo anterior, se llevará a efecto la oportuna cancelación de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, librándose el mandamiento correspondiente. Todo ello, con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas en esta primera instancia."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido y dándose traslado a la parte contraria presentó en tiempo y forma escrito de oposición al recurso entablado, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales y señalándose para deliberación, votación y fallo el día 15 de Julio de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia de primera instancia tomó como punto de partida para su análisis del error en el consentimiento determinante de la nulidad del contrato de préstamo en moneda extranjera garantizado con hipoteca, la percepción que tiene un **consumidor** medio sobre la naturaleza del contrato y sus riesgos. A tal fin razona que quien decide financiarse en una divisa está expuesto al riesgo del tipo de cambio, es decir, ha decidido apostar sobre la evolución de los tipos de cambio, asumiendo las desviaciones favorables y desfavorables que puedan experimentar los tipos de cambio de las monedas. A su juicio, el **consumidor** medio sólo muestra interés por lo que ha de pagar cada mes, despreocupándose sobre el sistema de amortización relacionado con el mecanismo de cambio de la divisa, pero lo que vicia el consentimiento no es el incumplimiento del deber de información por el Profesional, sino la falta de conocimiento por el **consumidor** del producto contratado y de los riesgos asociados, que determina en el cliente minorista una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato. Constata que no hubo un específico incumplimiento por la Entidad prestataria de la normativa sobre el deber de informar, y el actor no se siente defraudado por las explicaciones recibidas respecto al LIBOR, ni sobre el comportamiento de ese índice durante la vida del contrato, sino sobre el riesgo en el tipo de cambio, pues el demandante alegó que el banco tenía la obligación de informarle sobre un producto o sistema de cobertura de riesgo, pretensión que el Sr. Magistrado de primera instancia rechaza por la propia naturaleza del contrato, al consistir en una apuesta sobre los tipos de cambio, de modo que carece de sentido neutralizar el riesgo desfavorable para el prestatario con un seguro. Analiza la sentencia igualmente la transparencia de las condiciones del contrato, y partiendo de la no aplicación al caso de las exigencias de información previstas en la Orden de 5 de mayo de 1994, los principios de transparencia y claridad obligaban al Banco a facilitar al prestatario, previamente a la firma del contrato, todas las condiciones esenciales de la financiación ofrecida para asegurarse que las entendía con claridad. Al efecto declara probada



la iniciativa del demandante para concertar este tipo de préstamo en francos suizos, pues conocía la moneda y su estabilidad, la ausencia de información precontractual suministrada por la demandada, la lectura por el Notario de la Escritura Pública y la advertencia de poder hacerlo las partes, pero sin constatarse el alcance de la insistencia respecto al riesgo derivado de los tipos de cambio. Analiza la redacción de la Escritura, y la considera poco clara para entender el producto, concluyendo que no se informa adecuadamente sobre el riesgo de tipo de cambio, en particular sobre el recálculo del capital que originó el incremento de éste por encima del valor en euros prestado, pues las referencias en el contrato no se hacen en el contexto de una explicación global o general de cómo restituir el capital, ni cómo se recalculará, sino que se introducen al hablar de la opción de transformación de la moneda, pudiendo por ello pasar desapercibida para el **consumidor**, sin advertir con protagonismo y claridad, como resultaba exigible aplicando el artículo 13 LGDCU que el contravalor de 270.000 euros no era una cifra fija, sino variable según las fluctuaciones del tipo de cambio. Por el contrario, la redacción de determinadas cláusulas incluidas en la escritura pública al decir que " *la sustitución de la divisa no utilizada no supondría, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo* ", puede provocar que el **consumidor** medio ignore el riesgo, apariencia mantenida a lo largo de la vigencia del contrato porque, pese a superar el contravalor de la divisa en más de un 15% el importe del principal en euro, la prestamista no sólo no hizo uso de las facultades previstas en el contrato de convertir la divisa a euro o proceder al vencimiento anticipado de la deuda, sino que las cuotas mensuales fueron decrecientes sin producir ninguna reducción del capital, contrariamente a la expectativa de quien concierta un contrato de préstamo y paga con regularidad las cuotas mensuales. Por todo ello, y teniendo en cuenta que no consta en el demandante experiencia o formación para salvar el error y presumir en él conocimiento suficiente sobre el producto, considera el error excusable.

Recurre BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. alegando:

Entiende que la sentencia apelada ha fundamentado la existencia del error exclusivamente en la inexistencia de entrega de documentación pre-contractual, la cual no considera legalmente exigible, sin perjuicio de su obligación de informar al cliente por otros medios, como, a su juicio, ha cumplido suficientemente.

Aduce error en la valoración de la prueba. Así, respecto a la cláusula multidivisa razona que en ella está resaltado de forma expresa el riesgo de tipo de cambio. Tampoco se encuentra ubicada entre otras cláusulas que pudieran haber llevado a confusión al prestatario, sino al comienzo de la escritura, resaltada y con enunciado propio. También argumenta que el reproche realizado en la sentencia respecto a no hacer uso de las facultades previstas en el contrato para el caso de superar el contravalor en un 15% el capital inicial, además de tratarse de una facultad y no obligación, su ejercicio hubiese perjudicado al prestatario porque habría materializado la pérdida. También reprocha que no se haya dado valor al testimonio de su empleado en relación con las advertencias notariales.

Subsidiariamente pide la integración del contrato, pues aunque la cláusula multidivisa sea un elemento esencial, existe la previsión en el negocio jurídico de cambiar de divisa, pudiendo sustituirse por euros.

SEGUNDO. - Recientemente la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 ha valorado este tipo de contratos, llamados de préstamo en moneda extranjera con cláusula multidivisa, calificándolos como 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* ". Por esa razón, y al no existir normativa comunitaria específica que regule el deber de información para este tipo de contratos, resultaría aplicable la Directiva MiFID, si bien tampoco lo sería al caso estudiado porque, cuando el contrato se celebra el día 4 de mayo de 2007, no había entrado en vigor la Ley 47/2007 de 19 de diciembre, que modifica la Ley de Mercado de Valores transponiendo al Ordenamiento Jurídico Español la referida Directiva 2004/39/CEE. La misma resolución ha descrito la naturaleza del riesgo propio de este tipo de negocios jurídicos diciendo: " *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 .". No obstante, también conviene recordar que la situación de riesgo descrita por el Alto Tribunal, donde se produciría perjuicio para el prestatario cuando la divisa evoluciona al alza respecto a la moneda nacional, es una de las dos variantes del riesgo asumido por el que decide obligarse en con este tipo de contratos, pero también puede ocurrir al revés, de modo que una apreciación de la moneda nacional frente a la divisa extranjera beneficie al prestatario, de igual modo a como ocurre respecto al importe de las cuotas mensuales por pactarse el LIBOR como índice de referencia en lugar del EURIBOR, pues si aquél es porcentualmente inferior a éste, el interés que deberá abonar el prestatario será inferior al que debería satisfacer si la referencia se hiciese respecto al EURIBOR. En definitiva, se trata de un contrato con cierto grado de especulación donde el prestatario debe saber que tanto puede beneficiarse como resultar perjudicado en función de la evolución de la divisa respecto a la moneda nacional, y el índice de referencia para el cálculo del interés remuneratorio. O como dice la propia sentencia recurrida, es una apuesta sobre la evolución de los tipos de cambio.

En ese contexto, haciendo abstracción del caso en particular y situándonos en la posición de un **consumidor** medio, la valoración inicial del producto bancario previa a la decisión de contratar no es en absoluto complejo entender que quien recibe un préstamo en divisas lo hace sabiendo que el valor de la moneda extranjera oscila respecto a la de curso legal en el País de contratación, siendo un hecho notorio, al tratarse de datos de conocimiento general y noticia periódica de los medios de comunicación, que diariamente existen diferencias de cotización entre monedas con oscilaciones al alza o a la baja en la relación entre ellas, muy variables a lo largo del tiempo y en función de las circunstancias económicas. Por tanto, una diligencia mínima en la contratación exige al prestatario prever que dependiendo de la evolución de esa relación entre las dos monedas saldrá beneficiado o perjudicado. De ese modo el riesgo asumido es perfectamente perceptible por cualquiera, y no reviste otra complejidad que la de adivinar si el valor de cotización de la divisa va a continuar por debajo del atribuido a la moneda nacional o subirá, algo que está por completo fuera del alcance de todo conocimiento cuando la expectativa se evalúa en un préstamo a 30 años de vigencia, durante el cual pueden sucederse episodios a la baja y al alta en una u otra moneda, e incluso compensen otros en que la fluctuación fue de signo contrario, contexto en el que encontramos razonable la crítica realizada por la recurrente al reproche que se hace en la sentencia por no hacer uso el Banco demandado de la facultad de hacer la sustitución de divisa cuando, superando el valor de la moneda contratada el 15% del contravalor en euros del capital pendiente de devolver, el prestatario no hubiese realizado la convenida amortización anticipada del exceso, pues en tal caso la pérdida monetaria se consolidaría, perdiendo la oportunidad futura de potenciales inversiones de cotización. Por otro lado, también resulta de conocimiento común que la mayor parte de los préstamos a **consumidores** se concertan en Euros, fijándose el Euribor como índice de referencia para calcular las variaciones del interés remuneratorio, y ello supone exponerse a un riesgo específico y bien conocido por todos que afecta a los incrementos o reducciones en la cuota a pagar en función de las variaciones del índice de referencia. De esta manera se comprende que quien decide apartarse del mecanismo habitual lo hace pensando que puede obtener un beneficio mayor o sufrir un perjuicio inferior al préstamo en euros, y por eso no puede desconocer que hay otras variables incidiendo sobre el riesgo. La cuestión será, entonces, la medida en que puede conocer o está obligado a saber la entidad y alcance del riesgo asumido, riesgo que, por otra parte, es la contrapartida al beneficio o menos perjuicio esperado.

El debate no está, pues, en la complejidad del negocio jurídico, sino, considerando el grado de responsabilidad negocial y conocimientos previsibles en un **consumidor** medio, en la posibilidad que ha tenido de conocer, en función de la información previa a la prestación del consentimiento y la suministrada en la documentación firmada, qué es lo contratado, el riesgo propio de la operación y de los remedios dispuestos en el contrato para mitigar o evitar el perjuicio.

TERCERO. - Según se relata en la demanda el " *producto fue ofertado como interesante para el **consumidor**, al encontrarse en esos momentos los tipos de interés aplicables en otros países más bajos que el Euribor, sin advertir que en el caso de que esta situación variase pudiera darse el caso de que la cantidad prestada pudiera incrementarse con el paso de los años en lugar de bajar a pesar de estar amortizando las cuotas crediticias* ".



En esa descripción fáctica puede resumirse el factor causal del error-vicio del consentimiento aducido como fundamento de la acción de anulabilidad del contrato, de modo que el demandante entiende que si hubiera conocido la posibilidad de inversión en la tendencia del tipo de interés elegido, distinto al Euribor, pasando a tener una cotización superior a éste, no habría concertado el préstamo en francos suizos y referencia al Libor. Sin embargo, nada dice sobre el beneficio que podía obtener respecto a un préstamo en Euros y referenciado al Euribor si el valor de la moneda y del índice de referencia hubiesen aumentado su valor por encima del Franco Suizo y el Libor, de tal forma que el capital prestado tendría en ese caso un contravalor en Euros menor, y el interés satisfecho también sería inferior.

Por otro lado, se ha de tomar en consideración el comportamiento del demandado, descrito por él mismo en su declaración en el acto de la Vista del Juicio, pues reconoce no haber leído el contrato y, por tanto, asegura desconocer la cláusula multidivisa que le permitía cambiar a otra moneda, incluida el euro, prácticamente en cualquier momento y mediante simple solicitud. Por la misma razón tampoco leyó la advertencia sobre el riesgo de que el contravalor en la moneda contratada pueda superar al límite pactado, como se indica en la página 11, dentro de la misma cláusula multidivisa. En realidad, según refirió en su declaración, sólo le importaba la cuota mensual, que apenas variaba y se encontraba en los límites convenidos, pues el índice de referencia, el LIBOR, estaba por debajo del EURIBOR. De hecho, admitió que no se planteó ejercitar la acción ahora promovida hasta que dejó de pagar por haber perdido el trabajo, y cuando fue al Banco a intentar arreglar las cosas no obtuvo solución.

De cualquier forma, no puede obviarse que la sentencia apelada declaró demostrado que fue el prestatario quien acudió a la Entidad Bancaria para reestructurar su deuda y aumentarla en condiciones beneficiosas interesándose en obtener el préstamo en francos suizos, por tratarse de una moneda conocida en su ámbito familiar por su estabilidad. Con ello se advierte que en mayor o menor grado tenía conocimiento previo respecto a la singularidad propia de concertar un contrato de préstamo en moneda extranjera, incluso era conocedor del riesgo derivado de las variaciones de tipos de cambio al escoger el franco suizo por su estabilidad. Por tanto, nos encontramos con un **consumidor** medio con cierta información previa sobre el negocio jurídico que pretendía contratar.

CUARTO. - Dejando al margen la dación de fe del Notario respecto a la lectura de la Escritura por los contratantes (f. 63), si el demandante realmente no leyó el contrato actuó con cierta falta de diligencia negocial. Por eso, y teniendo en cuenta que la cláusula relativa a la fijación del capital en francos suizos, y la referida a la opción multidivisa son principales, pues en ellas se concentra la singularidad de la operación junto a la que establece el LIBOR como índice de referencia para el interés, siendo, además, las que determinaron la voluntad contractual del prestatario, para declarar abusiva cualquiera de ellas, y en su caso su nulidad o la del contrato, sólo resulta posible, aplicando los criterios de interpretación del ordenamiento propio expresados en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 CEE, cuando la cláusula no se ha redactado de manera clara y comprensible, consideraciones que, tal como se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 30 de abril de 2014, Asunto C.26/13, no sólo se ha de tener en cuenta respecto a: "... que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el **consumidor**, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese **consumidor** pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo ."

El control sobre la redacción clara y comprensible de la cláusula del contrato definidora del objeto principal a efectos de establecer si supera el control de abusividad, según el artículo 4.2 Directiva CEE 93/13 , se ha de medir, tal como lo ha declarado la referida Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 30 de abril de 2014 , valorándose por el Tribunal que enjuicia el asunto si " un **consumidor** medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo ."

Teniendo en cuenta esos parámetros de valoración sobre la claridad de las cláusulas, se observa que la estipulación primera 1, enunciada como "Capital del préstamo", tiene tres apartados: "1.1 Importe", "1.2 Entrega de Capital" y "1.3 Cláusula multidivisa". Esta última tiene una primera parte donde se describe la facultad conferida al prestatario: " La prestataria podrá, con un mínimo de 3 días hábiles de antelación al vencimiento de cada cuota de amortización, solicitar la sustitución de la divisa por otra de las cotizadas en España, incluido el euro, valorándose a estos efectos la divisa que se sustituya al cambio vendedor, y la que se introduce al cambio comprador. La sustitución deberá afectar al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento



deberá estar utilizado y reflejado en una sola divisa ." Posteriormente se suceden 10 párrafos cuyo contenido es instrumental, pues su función es explicar la operativa del cambio y sus consecuencias; así se indica cuál es la hora límite y forma de hacer la solicitud de cambio de divisa, la fecha de aplicación del tipo de cambio, la liquidación de intereses del periodo inmediatamente anterior al cambio de divisa y advertencias relativas a las consecuencias de la sustitución de la divisa. Entre éstas se encuentra la cláusula que, según la sentencia apelada, añade cierta confusión respecto a la percepción del riesgo por el prestatario. Dice así en su primer párrafo: *" La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio. Por tanto, la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a Banco Popular Español, S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la moneda que, según el caso sea contratada, pueda ser superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso, de manera que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar fuera superior en un 15% al importe de la responsabilidad hipotecaria que por principal corresponde, la prestataria deberá realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso "*.

La redacción de la cláusula transcrita, a la que no falta claridad en el contexto donde se inscribe, presupone que el prestatario conoce la naturaleza y riesgos del contrato de préstamo en moneda extranjera, y, por tanto, que el perjuicio para él en caso de apreciación de la divisa se produce cuando se decida la amortización. Pero como el riesgo de apreciación de la moneda extranjera no sólo perjudicaría al prestatario, sino también a la eventual garantía del prestamista por el incremento del contravalor del capital en moneda nacional, se prevé la obligación del prestatario de hacer una amortización extraordinaria de capital cuando supere un determinado umbral. No es, por tanto, una información general sobre los riesgos del contrato. En realidad, el contrato no contiene ninguna información en ese sentido, y parece tomarse como sabido el conocimiento por el prestatario del riesgo propio derivado de la influencia en el tipo de cambio.

QUINTO. - Después de todo lo expuesto, y comprobado, por un lado, que las cláusulas son claras, y por otro que no existe en el contrato una advertencia general sobre el riesgo del préstamo en moneda extranjera, la cuestión será determinar, teniendo en cuenta la naturaleza propia y singularidades del negocio jurídico expuestas en el fundamento jurídico segundo y el grado de diligencia exigible al demandante en función de sus circunstancias personales analizadas en el fundamento jurídico tercero, si hubo un error al contratar y, en tal caso, si fue excusable, pues, como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014 *" Sin embargo, lo que no cabe es considerar que el error vicio constituye una consecuencia ineluctable de la inexistencia o deficiencia de la información, puesto que puede haber padecido error quien hubiera sido informado - otra cosa es que sea excusable - y, por el contrario, que no lo haya sufrido quien no lo fue ."*

El error que dice haber sufrido el demandante, tal como lo ha examinado el Sr. Magistrado de primera instancia, se ciñe a la percepción del riesgo, no a la naturaleza propia del contrato. Sin embargo, resulta muy difícil deslindar ésta de aquél, especialmente cuando el prestatario espera beneficiarse con la operación, pues en tal caso está previendo una específica evolución de los tipos de cambio que resulte favorable a sus intereses, lo cual le obliga necesariamente a prever la opción contraria, de modo que si erró al creer que carecía de riesgo porque el franco suizo se iba a mantener estable y, por tanto, sin alteración de los tipos de cambio, es un error en la expectativa representada, es decir, en la apuesta realizada, no en el objeto del contrato. No resultó afectado el consentimiento por creer que el contrato carecía de riesgo, sino por entender que la variable determinante de éste iba a evolucionar de manera distinta a como lo hizo, de tal manera que el error no sería esencial. Es, en definitiva, la errónea representación del riesgo propio y conocido del específico contrato celebrado, que no comporta la nulidad del negocio jurídico por error-vicio, tal como lo explicó la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012: *" III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses. /// IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos - sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras -. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. /// V. Se expuso antes que el error vicio exige*



que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia." Y en el caso que nos ocupa ocurre lo mismo,

Todo lo expuesto nos lleva a discrepar de las conclusiones alcanzadas en la sentencia apelada, a estimar el recurso y desestimar la demanda.

SEXTO.- La desestimación de la demanda no ha de causar la imposición de costas en primera instancia por dudas de Derecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 394 LEC, pues, tratándose de un **consumidor**, el debate está sujeto a muchas variables y matizaciones que dan lugar frecuentemente a resoluciones contradictorias entre las Audiencias Provinciales en casos, como el presente, donde el prestatario no es **consumidor** experto, lo cual justifica sus dudas en orden a considerar la prosperabilidad de la acción ejercitada.

No procede hacer expresa condena en cuanto a las causadas en esta alzada por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 del mismo texto legal.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a M^aJosé Bueno Ramírez, en nombre y representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. contra la sentencia de fecha 25 de Junio de 2014 dictada por el Juzgado de primera instancia nº 1226/2013, la **REVOCAMOS**, y dictamos otra por la que, **DESESTIMANDO** la demanda presentada por D Juan Pablo, **ABSOLVEMOS** a la demandada de las pretensiones dirigidas contra ella.

No se hace imposición de las costas de primera instancia ni de esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N^o 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 3390-0000-00-0126-15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe