

Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas

Requirements for the nullity of foreing currency mortgage loans by misrepresentation

por

FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ*

Profesor Titular Derecho Civil. Universidad de Granada

RESUMEN: Las demandas de anulación por error vicio de los préstamos concertados en divisas están teniendo una solución muy dispar por los tribunales de justicia. En este artículo tratamos de sistematizar los presupuestos de la anulación por error vicio de estos contratos, partiendo de un análisis acerca del carácter jurídicamente relevante del error que consista en el desconocimiento del riesgo propio de estos préstamos, de su calificación como instrumentos financieros o no y del consiguiente régimen de información precontractual al que están sujetos, así como de los requisitos clásicos del error vicio: esencialidad, excusabilidad, inexistencia de confirmación y caducidad.

ABSTRACT: *The nullity contract actions by misrepresentation in foreign currency loans are having very various solutions in Spanish courts. This paper tries to systematize the requirements for the nullity of these loans by innocent*

* La redacción del presente trabajo finalizó en noviembre de 2016.

misrepresentation, considering as a starting point the juridical significance of the ignorance of the inherent risk of these loans, the qualification or not of currency loans as financial instruments and consequently the pre-contractual system of information to which they are subject, as well as the traditional requirements to the misrepresentation: essentiality, excusability, lack of confirmation and caducity.

PALABRAS CLAVE: Préstamos hipotecarios. Divisas. Error y protección consumidores.

KEY WORDS: *Mortgage loans. Foreing currency. Misrepresentation. Consumer protection.*

SUMARIO: I. EL RIESGO INHERENTE A LA CONTRATACIÓN DE UN PRÉSTAMO EN DIVISAS.—II. EL ERROR SOBRE LA EXPECTATIVA DE EVOLUCIÓN DE LA DIVISA Y EL ERROR POR DESCONOCIMIENTO DEL RIESGO POTENCIAL INTRÍNSECO A LA HIPOTECA EN DIVISAS.—III. CONSECUENCIA DEL DESCONOCIMIENTO SOBRE EL RIESGO DE LOS PRÉSTAMOS EN DIVISAS: ¿CLÁUSULA ABUSIVA POR UN DEFECTO DE TRANSPARENCIA O ERROR VICIO?—IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA HIPOTECA EN DIVISAS COMO CRÉDITO O COMO INSTRUMENTO FINANCIERO.—V. LA INFORMACIÓN SOBRE EL RIESGO DE LOS PRÉSTAMOS EN DIVISAS EN LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA BANCARIA.—VI. LA ESENCIALIDAD DEL ERROR SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DE LA DIVISA.—VII. LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DE LA DIVISA.—VIII. LA CONSECUENCIA DEL ERROR SOBRE EL RIESGO: LA POSIBLE NULIDAD PARCIAL.—XI. LA CONFIRMACIÓN DEL ERROR SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DE LA DIVISA.—X. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL ERROR.

I. EL RIESGO INHERENTE A LA CONTRATACIÓN DE UNA HIPOTECA EN DIVISAS

La contratación de un préstamo hipotecario en moneda extranjera —normalmente en la práctica hipotecaria española yenes o francos suizos— comporta un elevado riesgo para el prestatario, desde luego muy superior al riesgo de contratar un préstamo ordinario a interés variable en euros. El importe del capital prestado que haya de restituir el prestatario, valorado en euros, dependerá de la fluctuación que durante el periodo de duración del préstamo tenga la divisa en la que se

haya concertado el préstamo, en relación con el euro. Al respecto la STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015, al describir el riesgo intrínseco de los préstamos hipotecarios concertados en divisas, hizo hincapié en que la aleatoriedad propia del contrato, esto es, la depreciación del euro respecto de la divisa en cuestión, no solo repercute sobre la cuota que el prestatario ha de pagar en cada periodo de amortización de capital y pago de intereses nominales, sino que supone un aumento de la cuantía en euros del capital prestado, que durante la vida del préstamo se irá continuamente recalculando en virtud de la fluctuación de la divisa¹. Así se explica que en algunos casos, varios años después de haberse realizado el préstamo y pese a las sumas pagadas periódicamente por el prestatario, el capital del préstamo, valorado en euros, sea superior al inicialmente recibido.

Por lo tanto, el riesgo de concertación de un préstamo en divisas para el deudor es equivalente al riesgo propio de la inversión en divisas. La participación en el mercado de divisas tiene un elevado carácter especulativo, pues no es más que una apuesta sobre la evolución al alza o a la baja de la divisa en cuestión. Esta especulación, sin la debida información, puede resultar inadecuada para personas inexpertas en el mercado de divisas o que no cuenten con el asesoramiento necesario, máxime en los supuestos en los que se esté vinculando este riesgo a una inversión tan importante como es la adquisición de un inmueble para uso de vivienda. Además, a este riesgo de fluctuación del tipo de cambio, debe sumarse el riesgo de fluctuación del tipo de interés aplicado a estos contratos, normalmente el coste medio del dinero en el Mercado Interbancario de Londres (LIBOR), con el que una persona sin experiencia en el mercado financiero no está familiarizada.

Normalmente el préstamo en divisas es ofrecido por las entidades financieras en su modalidad «Multidivisas», que incluye una cláusula por la que el prestatario puede optar por convertir el préstamo a euros o a cualquier otra de las divisas previstas en el contrato en cualquier periodo de amortización. Esta opción no elimina completamente el riesgo inherente a la contratación de un préstamo en divisas, puesto que la conversión del capital se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en el que esta tenga lugar. En definitiva, mediante la conversión simplemente se estaría trasladando el aumento del capital ya producido como consecuencia de la apreciación de la divisa a la moneda propia, evitándose solo el riesgo de una sucesiva apreciación de la divisa en el futuro.

II. EL ERROR SOBRE LA EXPECTATIVA DE EVOLUCIÓN DE LA DIVISA Y EL ERROR POR DESCONOCIMIENTO DEL RIESGO POTENCIAL INTRÍNSECO A LA HIPOTECA EN DIVISAS

Lógicamente, si este riesgo propio de un préstamo concertado en divisas es conocido por el prestatario no se puede invocar un vicio del consentimiento

por el hecho de que resultase errada su expectativa sobre la evolución futura de la divisa. Este error resulta jurídicamente irrelevante, pues la fluctuación de la divisa en un sentido distinto del previsto por el prestatario no es más que uno de las posibles vicisitudes del riesgo intrínseco a este negocio. De lo contrario, el préstamo concertado en divisas —o por extensión, cualquier operación de inversión en divisas— perdería su carácter aleatorio para el prestatario, convirtiéndose en un negocio seguro, en el que el prestatario o ganaría o, en el peor de los casos, empataría, vía ejercicio de una acción judicial de anulación, pero nunca perdería. La conversión de un negocio por esencia aleatorio en un negocio seguro para una de las dos partes por la vía de la anulación por error del contrato cuando no se vieran satisfechas sus expectativas sobre la evolución del riesgo colisiona frontalmente con los principios de autonomía de la voluntad y «*pacta sunt servanda*», por muy consumidor que fuese el prestatario.

Otra cosa distinta es que el prestatario desconociese por insuficiencia de la información prestada en la fase precontractual la entidad del riesgo, la magnitud de su potencial impacto sobre el capital debido o, dicho en otros términos, que desconociese la probabilidad y la importancia del perjuicio patrimonial que podría sufrir en caso de una previsible depreciación del euro frente a la divisa y que este perjuicio patrimonial no se limita a un incremento de las cuotas periódicas de amortización de capital y pago de intereses remuneratorios, sino que incide sobre el valor en euros del capital del préstamo que se ha de restituir². Esta distinción entre el error del prestatario en su previsión o expectativa sobre la fluctuación de la divisa y el desconocimiento por falta de información sobre el riesgo potencial intrínseco a la operación en divisas es algo que también ha dejado muy claro la referida STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015:

«El error que, siendo excusable, vicia el consentimiento es el que recae sobre la naturaleza y los riesgos del producto. Lo que no vicia el consentimiento, y no es por tanto adecuado para justificar la anulación del contrato, es la conducta de quien, conociendo el componente de elevada aleatoriedad del contrato y la naturaleza de sus riesgos, considera que puede obtener ganancias derivadas de esas características del contrato, yerra en el cálculo y, al contrario de lo que previó, obtiene pérdidas, no ganancias»³.

En este sentido, es de suponer que el prestatario que concierta un préstamo de esta naturaleza seducido por la posibilidad de que el importe en euros de las cuotas periódicas de amortización de capital e intereses nominales descienda en un escenario de previsible depreciación de la divisa frente al euro fuera consciente de que la fluctuación de la divisa puede también jugar en su contra, implicando un aumento de las cuotas periódicas de amortización de capital e

intereses, en caso de apreciación de la divisa respecto del euro. Con independencia de los conocimientos técnicos en el mercado de divisas que tuviera un prestatario concreto, cualquiera podría suponer que la concertación de un préstamo en divisas es un negocio aleatorio que implica un posible beneficio o un posible perjuicio. No es tan seguro, sin embargo, que sin una información adecuada sobre el riesgo real de este préstamo, un prestatario inexperto pudiera conocer en qué medida podía afectar al importe del capital prestado en euros una apreciación de la divisa, teniendo en cuenta además que la percepción sobre el riesgo de fluctuación podría verse atenuada por la opción de convertir el préstamo a euros en cualquier momento.

En consecuencia, la contratación de un préstamo en divisas requiere que el prestatario haya sido plenamente informado por la entidad financiera de la naturaleza de la operación, del elevado riesgo intrínseco del producto y de las consecuencias de la fluctuación de la divisa sobre la obligación de reembolso del capital prestado, para que haya podido prestar el consentimiento con pleno conocimiento de causa sobre el riesgo potencial que está asumiendo. La Directiva UE/2014/17 sobre los Contratos de Crédito celebrados por consumidores para Bienes Inmuebles de Uso Residencial (en adelante, Directiva 17/2014) manifiesta en su considerando trigésimo una especial preocupación por los riesgos inherentes a los préstamos en moneda extranjera, por lo que según expresa este considerando resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el periodo de vigencia del crédito⁴. En consecuencia, en su articulado, la Directiva 17/2014 recoge determinados deberes de información que han de satisfacer en la fase precontractual las entidades financieras en relación a los préstamos en divisas. El artículo 11.1.j) obliga a advertir en la misma publicidad sobre el hecho de que las posibles fluctuaciones del tipo de cambio, podrían afectar al importe adeudado por el consumidor. Asimismo, el artículo 13.f) obliga incluir en el documento de información precontractual general, además de la indicación de la moneda del préstamo, una explicación sobre las implicaciones que tiene para el consumidor la denominación del crédito en moneda extranjera y su artículo 25.6 dispone que en la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada), se deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20%, si en el contrato no hubiese disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el consumidor a una fluctuación del tipo de cambio inferior al 20%.

Pero pudiendo influir en la incorrecta prestación del consentimiento la falta de información sobre el alcance real del riesgo propio de la contratación de un préstamo en divisas, la cuestión es cuál es la consecuencia jurídica que sobre el plano contractual mejor se adecua a esta falta de información.

III. CONSECUENCIA DEL DESCONOCIMIENTO SOBRE EL RIESGO DE LOS PRÉSTAMOS EN DIVISAS: ¿CLÁUSULA ABUSIVA POR UN DEFECTO DE TRANSPARENCIA O ERROR VICIO?

Cabe plantearse «a priori» si la cláusula de fijación del capital del préstamo en una divisa, como cláusula atinente al objeto principal del préstamo que es, puede incardinarse en la categoría de cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, en los términos definidos por la STS (Sala Primera) de 9 de mayo de 2013⁵. El Auto AP Valencia (Sec. 6.^a) de 30 de abril de 2015 (*JUR* 2015/929), enjuició el contrato de préstamo en divisas desde la perspectiva del carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que hacen referencia a la concertación del préstamo en divisas en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, aunque fuese a modo de «óbitus dicta», puesto que esta pretensión de nulidad de la «cláusula multdivisa» era subsidiaria a la pretensión de sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria por nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado estimada por dicho auto. También en un procedimiento de ejecución hipotecaria el Auto AP Madrid (Sec. 12.^a) de 7 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 124929), de una manera sorprendente, consideró que la cláusula «multidivisa», así como la estipulación sobre el índice de referencia aplicable, no superaban los requisitos de incorporación al contrato del artículo 5 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación. Ya en un procedimiento declarativo, la SAP Murcia (Sec. 5.^a) de 28 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 185430) y la SAP Valladolid (Sec. 3.^a) de 30 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 183799) también han enfocado la cuestión de la falta de información desde la perspectiva de la nulidad de cláusulas abusivas.

Este planteamiento es dudoso. En la práctica jurisprudencial, la categoría de las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia ha venido referida al supuesto de una cláusula que de un modo que pase inadvertido al consumidor altere en su perjuicio el equilibrio económico —relación precio contraprestación— sobre el que de manera legítima creía haber prestado su consentimiento a la vista de la configuración previa de la oferta que le proporcionó el empresario. Por lo tanto, esta categoría tiene su encaje natural en el supuesto en que una condición general altere de manera subrepticia el pacto sobre el precio o sobre las características o condiciones de la contraprestación, tal y como había quedado definido en la oferta, así: la cláusula suelo, que altera el interés nominal del crédito constituido por el diferencial aplicable al tipo de referencia [STS (Sala Primera) de 9 de mayo de 2013]; la cláusula que impone el pago de un cargo por la emisión de la tarjeta de embarque [STS (Sala Primera) de 13 de marzo de 2011]; la cláusula que repercute al comprador de un inmueble el pago del impuesto de «plusvalía» [STS (Sala Primera) de 25 de noviembre de 2011]; o la cláusula que hace depender la rentabilidad de un depósito de la evolución de un determinado valor subyacente [STS (Sala Primera) de 22 de

diciembre de 2009] y [STS (Sala Primera) de 17 de junio de 2010]. No es este exactamente el caso de la cláusula de fijación del capital en una divisa, que no altera las condiciones de una oferta previa de manera subrepticia, salvo en la hipótesis poco probable de que se hubiera ocultado en la fase precontractual la inclusión de la cláusula en el préstamo y el prestatario hubiese concertado el préstamo pensando que se trataba de un préstamo convencional en euros⁶. Antes bien, la cláusula de fijación del préstamo en divisa es definitoria del tipo mismo de préstamo que se está realizando.

El eventual desconocimiento del prestatario no recae sobre la existencia de una cláusula en el contrato, la de fijación del capital del préstamo y de las obligaciones del prestatario en divisas, con la que no contase y que alterase su expectativa legítima sobre la relación precio-contraprestación, sino que su posible desconocimiento recae sobre el alcance real del riesgo que supone para él la fluctuación de la divisa. El desconocimiento sobre el alcance real del riesgo asumido tiene un mejor encaje en el supuesto de error por vicio del consentimiento, siempre que el mismo revista los caracteres de esencial y excusable y siempre y cuando, claro está, se pruebe por el prestatario la concurrencia del error.

Precisamente, la prueba por parte del prestatario de la concurrencia de este error será una de las principales dificultades para la estimación de las demandas de anulación de los préstamos hipotecarios en divisas, puesto que el prestatario habrá de convencer fundadamente al juzgador de que no acude a una acción de anulación para que los tribunales enmienden un negocio aleatorio que ha resultado perjudicial, sino porque realmente desconocía en el momento de concertar el contrato la naturaleza y el riesgo intrínseco a los préstamos hipotecarios en divisas y en concreto que una apreciación de la divisa podría suponer no solo un incremento de las cuotas periódicas del préstamo sino del capital que habría de reembolsar. Pero como el desconocimiento de la realidad es un proceso psicológico no susceptible de prueba física, lo que debe acreditar el prestatario es la concurrencia de indicios suficientes de dicho desconocimiento, por la falta de información aportada por la entidad prestamista —cuya prueba sí compete a la entidad prestamista—, así como por sus condiciones subjetivas y otras circunstancias concurrentes en el momento de realización del préstamo. En este sentido, la prueba sobre la concurrencia del error guarda un claro paralelismo con la prueba sobre la excusabilidad del error, a la que más adelante nos referiremos.

La valoración de las hipotecas en divisa desde la perspectiva del error vicio del consentimiento plantea una pluralidad de problemas: en primer lugar, la calificación de la naturaleza del préstamo en divisas como un mero crédito o como un instrumento financiero, lo que repercutirá en el régimen de información precontractual al que viene obligada la entidad financiera, el de la normativa sobre transparencia en préstamos bancarios o la normativa MIFID sobre productos de inversión; la concurrencia de los requisitos de esencialidad y excusabilidad del

error; la posible anulación parcial del contrato y su conversión en un contrato concertado desde el inicio en euros o la posible existencia de confirmación tácita y de prescripción de la acción de anulación.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA HIPOTECA EN DIVISAS COMO CRÉDITO O COMO INSTRUMENTO FINANCIERO

En la estimación de las acciones de anulación por vicio del consentimiento de los préstamos concertados en divisas deviene una cuestión de capital importancia su naturaleza jurídica como un mero crédito o como un instrumento financiero, puesto que de ser calificado como un instrumento financiero resultaría aplicable al contrato la denominada normativa MIFID sobre productos de inversión, derivada de la Directiva UE/2004/39 sobre Mercados de Instrumentos Financieros, que fue transpuesta en nuestro ordenamiento jurídico a través de Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la ya derogada Ley 24/1988 del Mercado de Valores, en sus artículos 78 a 79 sexies, que actualmente se corresponden con los artículos 202 a 220 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante TR-LMV) preceptos que a su vez se desarrollan en los artículos 54 a 78 Real Decreto 217/2008 sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

Esta normativa impone a las entidades que prestan servicios de inversión que tengan por objeto instrumentos financieros unos exigentes deberes de conducta cuando contraten con inversores calificados como minoristas (según el concepto que se deriva de los artículos 204 y 205 TR-LMV), relativos no solo a la información precontractual que se les ha de proporcionar sobre los riesgos asociados a los productos financieros que se ofrecen, sino también a la evaluación sobre la idoneidad del producto de inversión de acuerdo con la experiencia inversora, la situación financiera y los objetivos de la inversión del inversor, si el servicio que se presta es de asesoramiento, o cuanto menos si el servicio no es de asesoramiento a la evaluación de su conveniencia para el inversor, de acuerdo con su conocimiento y experiencia en el ámbito de la inversión que se trate.

Pues bien, de acuerdo con una jurisprudencia ampliamente consolidada sobre la incidencia del incumplimiento de estos deberes de información y evaluación sobre la validez de los contratos de servicios de inversión que tengan por objeto los instrumentos financieros a los que se refiere el actual artículo 2 del TR-LMV (anterior artículo 2 de la derogada Ley 24/1988 del Mercado de Valores), si bien la consecuencia del incumplimiento de estos deberes no ha de ser la nulidad del contrato por contravención de norma imperativa *ex* artículo 6.3 del Código Civil, sí que puede presumirse de este incumplimiento la concurrencia de un

error vicio del consentimiento. La razón es que si el legislador ha considerado en abstracto que un inversor minorista necesita ser previamente informado y evaluado para que pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa sobre la naturaleza y riesgo del producto de inversión concreto y su idoneidad o conveniencia, si se incumplen estos deberes cabe colegir, salvo prueba en contrario, que no disponía de los elementos de juicio necesarios para adoptar su decisión contractual con pleno conocimiento de causa⁷.

En consecuencia, si el préstamo hipotecario en divisas se considera un instrumento financiero en los términos del artículo 2 TR-LMV, siempre que la entidad financiera no hubiera cumplido los requisitos de información y evaluación exigidos por las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión de acuerdo con el régimen que estuviera vigente en el momento de la realización del contrato —lo que resulta muy probable, sobre todo en relación a los préstamos en divisas concertados con posterioridad a la entrada en vigor de la norma de transposición de la directiva MIFID el 21 de diciembre de 2007 (Disp. final 6.^a Ley 47/2007)— el préstamo concertado en divisas debería considerarse nulo por vicio del consentimiento, a menos que se probase por la entidad financiera que la experiencia financiera y los conocimientos en el mercado de divisas del prestatario hacían innecesaria tal información para que pudiera adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa sobre el riesgo asumido.

La STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015, en contra del criterio sostenido hasta ese momento por las Audiencias Provinciales que se habían pronunciado sobre la cuestión⁸, calificó los préstamos hipotecarios concertados en divisas como instrumentos financieros, en concreto como un instrumento financiero derivado relacionado con divisas (art. 2.2 de la derogada Ley 24/1988 del Mercado de Valores, actual art. 2.2 TR-LMV), por lo que consideró que resultaban de aplicación al caso los deberes de información y evaluación previstos por los artículos 78 a 79 sexies de la derogada Ley 24/1988 del Mercado de Valores (actuales artículos 202 a 220 TR-LMV). Sin embargo, pese a que la STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015 asumió plenamente la doctrina jurisprudencial anteriormente referida sobre la presunción de la concurrencia de error vicio en caso de que se hubieran incumplido los deberes precontractuales previstos en dichas normas, en el caso concreto no consideró anulable por vicio del consentimiento el contrato de préstamo en divisas, atendiendo a las especiales condiciones subjetivas de los prestatarios: un abogado, precisamente especializado en derecho bancario y en préstamos en divisas, y una ejecutiva de una multinacional.

No obstante, más allá de las circunstancias concurrentes en el caso concreto que conllevaron a la desestimación de la demanda de anulación por vicio, esta doctrina jurisprudencial que consideró aplicable a los préstamos hipotecarios en divisas la normativa MIFID podría abrir un cauce para la estimación de

sucesivas demandas de anulación por vicio de préstamos en divisas con inversores minoristas que no tuvieran experiencia ni elevados conocimientos en instrumentos financieros.

La STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015 concluyó que resultaba de aplicación a los préstamos hipotecarios en divisas la normativa MIFID a partir de dos premisas:

a) La primera de ellas, lógicamente, era la calificación de este préstamo hipotecario como un instrumento financiero derivado, en los términos del artículo 2.2 de la derogada LMV (art. 2.2 del actual TR-LMV). Considera esta Resolución que el préstamo en divisas es *«un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el artículo 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al artículo 2.2 de dicha ley»*⁹.

b) La segunda premisa, una vez calificada la hipoteca en divisas como instrumento financiero, era salvar la excepción que a la aplicación de las obligaciones de información y evaluación del artículo 79 bis de la derogada Ley 24/1988 del Mercado de Valores (actuales arts. 209 a 218 TR-LMV) representaba la anterior redacción del artículo 79 *quáter* de la misma Ley para el supuesto en que se ofreciera un servicio financiero como parte de un producto financiero que ya estuviera sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información¹⁰. De manera análoga a como ya se había resuelto esta cuestión, de acuerdo con la interpretación efectuada por la STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11, Genil 48 y Comercial Hostelería de Grandes Vinos) del artículo 19.9 de la Directiva 2004/39 sobre Mercados e Instrumentos Financieros (del que el art. 79 *quáter* era transposición) en relación a la aplicación de la normativa MIFID sobre información precontractual a los contratos de permutas financieras o SWAPS vinculados a préstamos hipotecarios, la STS (Sala Primera) 30 de junio de 2015 consideró que al no existir, cuando se concertó la operación, normativa comunitaria en relación a la concesión de préstamos en divisas que permitiera a los clientes una adecuada valoración del riesgo (pues en el momento de la concesión del préstamo todavía no se había dictado la directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial) la normativa reguladora de estos extremos era la normativa MIFID.

Tras la referida STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015, han estimado las pretensiones de nulidad por vicio del consentimiento de préstamos concertados en divisas por la aplicación de la normativa MIFID, por ejemplo, la SAP Madrid (Sec. 11.^a) de 22 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 201999), la SAP Barcelona (Sec. 15.^a) de 9 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 180303), el AAP Madrid (Sec. 12.^a) de 7 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 124929), la SAP Madrid (Sec. 13.^a) de 28 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 115865), la SAP Vizcaya (Sec. 5.^a) de 10 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 119617). Por el contrario, pese a considerar de aplicación la normativa MIFID, fue desestimatoria de la pretensión de anulación por vicio la SAP Madrid (Sec. 10.^a) de 30 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 256062), por la experiencia y conocimientos sobre el mercado de divisas del prestatario que justifica que no se le efectuara el «test de conveniencia» del artículo 79. bis.7.º LMV.

Sin embargo, toda esta doctrina formulada por la STS de 30 de junio de 2015 sobre la aplicación a los préstamos hipotecarios en divisas de la normativa MIFID, que en definitiva no ha hecho sino trasladar al supuesto de las hipotecas en divisas, la doctrina comunitaria aplicada al caso de las permutas financieras, ha quedado en entredicho tras la STJUE 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14, *Banif Plus vs Martón Lantos*). Cuestionado el TJUE acerca de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional (forintos húngaros) de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo denominado en divisas y de sus reembolsos pueden calificarse de «servicios o de actividades de inversión» relacionado con instrumentos financieros en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39 sobre Mercados de Instrumentos Financieros (directiva MIFID) y en consecuencia si la operación estaba sujeta a los deberes de evaluación del artículo 19 de la misma directiva, considera que en la medida en que estas operaciones de cambio constituyen actividades puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo denominado en divisas, no se encuentran comprendidas entre los servicios y actividades de inversión de la sección A del Anexo I de la directiva, (párrafo 55). Señala también la misma Sentencia que la finalidad de dichas operaciones de cambio no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (párrafo 57). Por lo tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de este (párrafo 72).

En consecuencia, falla la citada STJUE de 3 de diciembre de 2015 que «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 la motivación sobre el fondo de la cuestión prejudicial planteada, la STJUE de 3 diciembre de 2015, en contra del criterio sostenido por la STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015, declara expresamente que el préstamo denominado en divisas no es un instrumento financiero. En particular, dispone que no es un contrato derivado de futuros por el cual dos partes se obligan la una a comprar y la otra a vender, en una fecha posterior, un activo denominado «subyacente» a un precio que se fija en el momento de la celebración del contrato, pues *«un contrato de préstamo al consumo como el controvertido en el litigio principal no tiene por objeto la venta de un activo financiero a un precio determinado en el momento de la celebración del contrato»* (párrafos 69 y 70). En este mismo sentido, considera la STJUE de 3 de diciembre de 2015 que en los contratos de préstamo en divisas no cabe disociar del préstamo propiamente dicho las operaciones de venta de divisas al objeto de considerar estas concretas operaciones de cambio como un instrumento financiero independiente del préstamo, *«puesto que el objeto exclusivo de estas operaciones es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero»* (párrafo 71)¹¹.

En consecuencia, la concesión de un préstamo en divisas no debe considerarse como un servicio de inversión sobre un instrumento financiero que esté sujeto a los deberes de información y evaluación previstos por los artículos 202 a 220 TR-LMV (anteriores artículos 78 a 79 sexies de la derogada Ley 24/1988 del Mercado de Valores), ni tampoco puede considerarse que las operaciones de cambio de divisa a moneda propia constituyan un instrumento financiero independiente disociado del préstamo propiamente dicho, puesto que la finalidad de dichas operaciones de cambio no es llevar a cabo una inversión, sino que son puramente accesorias para la ejecución de las prestaciones principales del contrato de préstamo.

La doctrina de la referida STJUE de 3 de diciembre de 2015 ha sido acogida, por ejemplo, en la SAP Barcelona (Sec. 19.^a) de 19 de enero de 2016 (RJ 2016, 5460) según la cual, *«la hipoteca multidivisa no es, un instrumento financiero derivado ni constituye un servicio o actividad de inversión, y en dicha medida no le es de aplicación la normativa propia de los instrumentos financieros derivados y por esto el ámbito de la Ley del Mercado de Valores, al no contener el “préstamo multidivisa” un instrumento derivado financiero implícito»*. En el mismo sentido, la SAP Sevilla (Sec. 5.^a) de 31 de marzo de 2016 (RJ 2016, 197724) y la SAP Burgos (Sec. 3.^a) de 5 de abril de 2016 (RJ 2016, 107147). Por el con-

trario, la SAP Valladolid (Sec. 3.^a) de 30 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 183799), invocando un discutible carácter de armonización mínima de la Directiva 2004/39 sobre Mercados de Instrumentos Financieros, alega que el Tribunal Supremo español tiene la potestad de incluir en la categoría de instrumentos financieros, productos bancarios distintos de los expresamente enumerados en la Directiva.

Pero la cuestión acerca de la validez de los préstamos en divisas no puede quedar limitada a su calificación como mero crédito o como instrumento financiero, a modo de todo o nada. No puede obviarse que pese a no ser los préstamos en divisas un instrumento financiero, comparte el mismo riesgo asociado a la inversión en divisas, por lo que se califique como se califique el contrato, el prestatario debería ser informado del riesgo de fluctuación de la divisa y de la incidencia que una apreciación de la divisa podría tener sobre su obligación de reembolso del capital. Como ha puesto de manifiesto la SAP Burgos (Sec. 3.^a) de 5 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 107147). *«Al margen de la aplicación de la normativa MiFID, o su trasposición en la Ley del Mercado de Valores en su redacción por Ley 4/2007, existen unos deberes de información que incumben a las entidades bancarias para con sus clientes, que como declara la STS de 20 de enero de 2014 (núm. 840/2013) es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de buena fe, que se contiene en el artículo 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar».*

La cuestión entonces es si el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas administrativas de transparencia bancaria, a las que están sujetos los préstamos en divisas resulta suficiente a tal fin o si por el contrario el deber de buena fe exigía una información adicional.

V. LA INFORMACIÓN SOBRE EL RIESGO DE LOS PRÉSTAMOS EN DIVISAS EN LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA BANCARIA

La Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en adelante, Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994), en vigor hasta el 29 de abril de 2012, (derogada por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda

de 28 de octubre de 2011) imponía a las entidades financieras unas obligaciones informativas que en relación a la contratación del préstamo en divisas eran ciertamente muy parcas: en el folleto informativo al que se refiere el artículo 3 de la norma, se debía hacer mención —conforme al Anexo I— de la moneda del préstamo y en la oferta vinculante a la que se refería el artículo 5 se debían señalar —conforme al Anexo II— «*las especificidades derivadas de que el préstamo esté denominado en moneda distinta a la peseta (p.ej.: moneda de pago, cálculo del importe en pesetas de cada pago, etc.)*». Por consiguiente, los deberes de información precontractual que en relación a la hipoteca en divisa imponía a las entidades financieras la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 no hacían referencia a los riesgos de fluctuación de la divisa. La información sobre el riesgo de fluctuación de la divisa se posponía al momento de la firma de la escritura pública y se reducía a una advertencia notarial de lo que el prestatario genuinamente ya conocía (art. 7.5): la existencia de un riesgo de fluctuación del tipo de cambio. Lo que necesitaba saber el prestatario para asumir este riesgo con pleno conocimiento de causa —y desde luego, en un momento anterior al de la conclusión del contrato de préstamo en un despacho notarial— era el alcance real del mismo y el impacto tan importante que sobre la obligación de restitución de capital e intereses podía llegar a tener. Por lo tanto, el cumplimiento de estas exigencias informativas mínimas no puede purificar sin más el contrato de vicios del consentimiento; en no pocos casos seguirá siendo excusable el error a pesar del cumplimiento de estos requisitos.

En la vigente Orden del Ministerio de Economía de Hacienda de 28 de octubre de 2011, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante Orden del 28 de octubre de 2011), en la FIPER (Ficha de Información Personalizada) a la que se refiere el artículo 21, de conformidad con el modelo normalizado a la que ha de sujetarse la misma (Anexo II, apartado 14.º) debe hacerse una advertencia al prestatario de que el «*importe en euros que necesitará para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio de la (moneda del préstamo/euro)*». Esta advertencia no siempre se revela suficiente para que el prestatario hubiese podido tomar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa sobre el riesgo de fluctuación de la divisa, no solo porque su importancia queda diluida entre el conjunto de la información contenida en la FIPER, sin estar especialmente destacada e incluirse en un apartado 14.º, junto con otras advertencias, (téngase en cuenta que, por el contrario, en relación a las cláusulas suelo se exige que las mismas se recojan en un documento aparte anexo a la FIPER y que en relación a los instrumentos de cobertura del tipo de interés se exige una rigurosa información, artículos 25 y 24 respectivamente), sino fundamentalmente porque solo se advierte al prestatario del riesgo que la fluctuación del tipo de cambio puede tener sobre el importe en euros de cada cuota periódica, pero no sobre el incremento del valor en euros del capital prestado.

Adicionalmente, la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en su artículo 6, exige que se incluya en la escritura pública de otorgamiento del préstamo hipotecario una expresión manuscrita del cliente en la que manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, cuando, entre otras circunstancias, haya sido concedido en una o varias divisas¹², pero esta manifestación en sí misma no implica que el cliente haya sido informado sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio para que haya podido adoptar su decisión de contratar un préstamo en divisas con pleno conocimiento de causa. Si la información dada sobre el impacto potencial que la apreciación de la divisa pudiera tener sobre el valor en euros del capital prestado fuera insuficiente, la expresión manuscrita no sanaría por sí misma esta falta de información.

En definitiva, los deberes de transparencia previstos tanto en la OM 5 de mayo de 1994, como en la vigente OM 28 de octubre de 2011 se revelan insuficientes para que un prestatario sin conocimientos ni experiencia previa en el mercado de divisas conociera el alcance real del riesgo que la fluctuación de la divisa puede suponer sobre sus obligaciones de restitución de capital y pago de intereses. Como ha señalado con acierto la SAP Barcelona (Sec. 19.^a) de 19 de enero de 2016 (RJ 2016, 5460) la cuestión es *«si los contratantes tuvieron completo conocimiento, basado en criterios detallados y comprensibles, sobre las consecuencias económicas que derivan de la elección de la divisa extranjera, especialmente en cuanto a la relación del cambio de la divisa sobre el capital pendiente de amortizar del préstamo»...* *«Se trata de determinar si cuando los prestatarios contrataron el producto financiero conocían, de modo comprensible y completo, el real alcance de los riesgos asociados a la fluctuación de la divisa en la paridad».*

Una información completa sobre este riesgo requeriría una ilustración con ejemplos representativos en relación a determinados escenarios hipotéticos e información sobre cuál ha sido la fluctuación histórica de la divisa en relación al euro.

Si tenemos en cuenta la doctrina establecida en la STS (Sala Primera) de 9 de mayo de 2013 sobre el deber de transparencia en relación a las cláusulas suelo, no solo resulta preciso informar sobre la existencia de la cláusula suelo, sino también sobre sus posibles efectos sobre el coste del crédito durante la ejecución del contrato, en función de la evolución previsible del índice de referencia, por lo que es preciso aportar al prestatario cuadros de amortización simulada en distintos escenarios previsibles e incluso información sobre la evolución previsible del índice de referencia. Extrapolando esta doctrina al supuesto de los préstamos en divisas, para que el prestatario pudiera adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa sobre el alcance del riesgo de fluctuación de la divisa sobre su deuda debería ser informado en la

fase precontractual no solo sobre la existencia de un riesgo de fluctuación de la divisa, sino sobre el alcance potencial de dicho riesgo, contextualizándose en distintos escenarios hipotéticos el efecto que la fluctuación de la divisa tendría no solo sobre las cuotas periódicas de amortización de capital e intereses, sino sobre el valor en euros del capital debido.

Por esta razón, resulta más adecuada la información exigida por la Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que obliga a advertir en la publicidad misma sobre la posibilidad de que las fluctuaciones del tipo de cambio, podrían afectar al importe adeudado por el consumidor (art. 11.1j), a incluir en el documento de información general a disposición del público, además de la indicación de la moneda del préstamo, una explicación sobre las implicaciones que tiene para el consumidor la denominación del crédito en moneda extranjera (art. 13.f) y sobre todo en su artículo 23.6 exige incluir en la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada) a la que se refiere el artículo 14, un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20%, si en el contrato no hubiese disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el consumidor a una fluctuación del tipo de cambio inferior al 20%¹³.

VI. LA ESENCIALIDAD DEL ERROR SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DE LA DIVISA

El error sobre la evolución del mercado en el que se desenvuelve un contrato concreto es un error externo al objeto del contrato y cae, por lo tanto, fuera del ámbito de delimitación material del error vicio del artículo 1266 del Código Civil, que exige que el error lo sea sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre las condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

Sin embargo, el error al que nos estamos refiriendo no es una simple frustración sobre las expectativas de la evolución de un mercado concreto, el de las divisas, que tuviese un contratante bien informado, error este que sería un mero error subjetivo —no casualizado— y, por lo tanto, irrelevante. Antes bien, el error en el que puede incurrir el prestatario mal informado en un contrato de préstamo concertado en divisas es un error sobre el alcance del riesgo y su incidencia sobre el capital del préstamo que se ha de reembolsar. No es lo mismo sufrir un error en las expectativas de la evolución de un determinado mercado, fundadas en determinadas percepciones o intuiciones sobre circunstancias pasadas, coetáneas o previsibles, que desconocer el alcance de un riesgo, como componente esencial de un determinado negocio jurídico de naturaleza aleatoria; el primero, es una consecuencia propia del negocio jurídico aleatorio

que, por definición, implica la posibilidad de ganar o de perder, en función de circunstancias azarosas para las partes; el segundo, es un error que impide una correcta formación del consentimiento contractual, puesto que no se puede asumir un riesgo que se desconoce.

Dicho en otras palabras, el error relevante en los contratos aleatorios es el que recae sobre el desconocimiento del alcance real del «aleas», que impide que se haya asumido plenamente, no el error que recaiga sobre las expectativas frustradas de la evolución de un riesgo que se conocía y en cuanto tal ha resultado asumido.

En los contratos aleatorios, el riesgo del que dependerá la fijación de cada una de las prestaciones de las partes, que en este caso es la fluctuación de la divisa, es parte esencial del contrato y, por lo tanto, el conocimiento del alcance real de este riesgo y de sus implicaciones en el contrato deviene necesario para que el consentimiento se preste con pleno conocimiento de causa. Como ha dispuesto la STS (Sala Primera) de 20 de enero de 2014, en relación a un contrato de permuta financiera o *Swap* de interés, «*todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate*». En el caso de la hipoteca en divisas, el riesgo consistente en la fluctuación de la divisa con respecto al euro determina el alcance de la obligación del prestatario, esto es, el valor real en su moneda propia (euro) de la obligación de restituir el capital y pagar intereses remuneratorios. El riesgo de la evolución del mercado de las divisas queda de este modo internalizado, como parte misma del objeto del contrato de préstamo. MORALES MORENO, A. M., (1978, 31), aclara que «la cosa que fuere objeto del contrato» a la que se refiere el requisito de la esencialidad del artículo 1266 del Código Civil no ha de referirse exclusivamente a los objetos corporales, sino de manera más amplia como equivalente al objeto o «materia» del contrato, en los términos del artículo 1261.2.º y 1271 del Código Civil. El objeto del contrato de préstamo remuneratorio es lógicamente la restitución del capital entregado y en su caso el pago de los intereses pactados (art. 1740 del Código Civil).

Por otra parte, la esencialidad del error en los términos del artículo 1266 del Código Civil requiere no solamente que el mismo recaiga sobre el objeto del contrato, sino además que tenga una entidad suficiente para ser «motivo determinante de la celebración del contrato» o dicho en otros términos, que el error haya tenido una relevancia causal en la prestación del consentimiento, de tal manera que de haber sido conocida la realidad —la incidencia que la apreciación de la divisa podía llegar a tener sobre la obligación de restitución de capital y pago de intereses del prestatario— el contrato no se hubiera celebrado. En el caso de las hipotecas contratadas en divisas, el error puede llegar a tener una incidencia tal en la obligación de reembolso del capital y pago de intereses del prestatario, que cabe considerar que el contratante que lo sufrió de haber co-

nocido la realidad del riesgo al que se enfrentaba no lo habría celebrado, sobre todo cuando se trata de un contratante que no ha manifestado previamente en sus negocios financieros o de inversión una propensión al riesgo. No se puede ignorar que el factor subjetivo del prestatario, su aversión o propensión al riesgo, puede influir en la valoración del carácter determinante o no del error en la prestación del consentimiento.

VII. LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DE LA DIVISA

El error es excusable cuando no pudo ser evitado por quien lo padeció empleando una diligencia media o regular. Como ya explicara DE CASTRO Y BRAVO (1967-2008, 112) mediante el requisito de la excusabilidad se trata de impedir que el ordenamiento jurídico proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente y es que, ni tan siquiera en contratos con consumidores, nuestro sistema de vicios del consentimiento puede considerarse como una suerte de instrumento de justicia distributiva que compense sin más a favor de la parte débil del contrato una lesión en la equivalencia económica de las prestaciones que para ella resultase inesperada. Para MORALES MORENO (1978, 50), a través del requisito de la excusabilidad se aborda el problema de la justa distribución entre los contratantes del riesgo de error, de acuerdo con criterios éticos: tomando en cuenta y valorando la conducta de ambas partes contratantes.

En este punto, se diferencia el juicio de nulidad de una cláusula abusiva por falta de transparencia en los términos definidos por la STS (Sala Primera) de 9 de mayo de 2013 en relación a las cláusulas suelo y la perspectiva desde la que se valora la concurrencia de error vicio. Mientras que en el primer supuesto lo relevante es la conducta del predisponente, en particular, la adecuación de la información proporcionada al parámetro de honestidad objetiva que representa la buena fe, en la valoración del vicio error, el centro de atención se sitúa en la persona de quien los sufre, pues no solo es preciso probar la concurrencia misma de un error, sino acreditar la excusabilidad de este error por parte de quien lo padece, si bien es cierto también, como a continuación se dirá, que en este juicio de excusabilidad influye decisivamente la información proporcionada por la otra parte. La concurrencia de error vicio requiere, por lo tanto, un plus respecto de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula por un defecto de transparencia: la diligencia del prestatario.

Jurisprudencialmente se ha señalado que en la apreciación de la diligencia exigible han de tenerse en cuenta las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluidas las personales y no solamente las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante¹⁴.

En la determinación del carácter excusable del error se valora por lo tanto la conducta de ambas partes: desde la perspectiva de quien lo padece su diligencia y desde la perspectiva de la otra parte su imputabilidad, esto es, su contribución a la causación del error por la falsa confianza que ha suscitado con su conducta o afirmaciones o por no colaborar como debiera en deshacer el error que ha padecido la otra parte¹⁵. La diligencia de quien padece el error y la imputabilidad del mismo a la otra parte, se ponderan de manera relacionada, de manera que si el error es imputable a la parte que no lo sufrió por haberlo provocado negligentemente, se rebaja el nivel de diligencia exigible a quien lo ha padecido y si hubiera sido provocado dolosamente, no importa la actuación negligente de quien lo padece, pues se estaría sin más en el ámbito del vicio de dolo (art. 1269 del Código Civil). Es la denominada tensión entre el deber de informar y el deber de informarse a la que se ha referido PASQUAU LIAÑO (2009, 2237 y 2238). En palabras de este autor, el requisito de la excusabilidad palidece cuando en función de las circunstancias del caso el error puede atribuirse más a la inobservancia del deber de informar o la inducción al error, que a la irresponsabilidad de quien lo sufre¹⁶. Esta relación entre la diligencia de quien sufre el error y la imputabilidad del mismo a la otra parte adquiere una gran relevancia cuando la causa del error ha sido la omisión de deberes de información precontractual que recaían en cabeza de uno de los contratantes, pues en este caso la imputabilidad del error a este, relaja el deber de diligencia en el correcto conocimiento de la realidad de quien lo sufrió. Al respecto, ha señalado VALPUESTA FERNÁNDEZ (2011, 650), que el incumplimiento de un deber de información deberá tenerse en cuenta para valorar el error padecido, principalmente en contratos con consumidores, en los que la defectuosa información o su falta puede hacer excusable el error, sobre todo cuando recae sobre materias complejas o muy especializadas cuyo conocimiento domina el profesional.

A pesar de lo anterior, no debería establecerse una suerte de principio general de excusabilidad a favor del prestatario que contrató préstamo en divisa, que opere como una amnistía purificadora del riesgo asumido en todos los casos. La excusabilidad tiene que valorarse caso por caso, atendiendo desde luego a la información recibida por el prestatario, pero también a sus condiciones subjetivas y en general a todas las circunstancias en las que se ha desarrollado la contratación¹⁷:

— a) *La información recibida por el consumidor sobre el riesgo intrínseco a la concertación de un préstamo en divisas.*

Como ya hemos señalado, el cumplimiento de los deberes de información previstos tanto en la OM de 9 de mayo de 1994, en relación a los préstamos concertados con anterioridad a 29 de abril de 2012, como en la OM de 28 de octubre de 2011, puede no ser suficiente para que un prestatario sin conocimientos ni experiencia en el mercado de divisas adoptase su decisión de contratar un

préstamo en divisas con pleno conocimiento de causa sobre el verdadero alcance del riesgo de apreciación de la divisa con respecto al euro y su incidencia sobre el valor en euros de las obligaciones del prestatario de reembolso del capital y pago de intereses. Tampoco parece suficiente para que un prestatario medio tenga cumplida información sobre el riesgo que supone la fluctuación de la divisa y su repercusión sobre el aumento del capital que se ha de reembolsar, el hecho de que en la propia escritura de préstamo, en la cláusula relativa a la cantidad garantizada por la hipoteca se manifieste que se responde de una cantidad determinada en euros, comprensiva no solo del valor en euros del capital prestado en el momento de concertar el préstamo, sino de un 20% adicional para cubrir las posibles fluctuaciones de la divisa en que se cifra el préstamo, por lo que no estamos de acuerdo con la SAP Madrid (Sec. 10.^a) de 25 de marzo de 2015, según la cual, la inclusión de esta cláusula en la escritura *«evidencia que los prestatarios eran conscientes del riesgo de que pudiesen producirse oscilaciones del tipo de cambio contrarias a sus intereses»*. La SAP Madrid (Sec. 11.^a) de 22 de julio de 2015 (RJ 2015, 201999) incluso consideró que no resultaba prueba suficiente de la información precontractual proporcionada sobre la naturaleza y los riesgos del préstamo en divisas la inclusión en la escritura de préstamo de una cláusula por la que el prestatario reconocía que el préstamo se concertaba en divisas y asumía los riesgos de la variación de los tipos de cambio que se podían producir durante la vida del préstamo.

Una correcta información para estos prestatarios requeriría, como sí exige la Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, una advertencia sobre la incidencia que el riesgo de fluctuación del tipo de cambio podría tener no solo sobre las cuotas periódicas, sino sobre el valor en euros del capital del préstamo, ilustrada con algún ejemplo representativo que hiciera referencia a un escenario hipotético de depreciación del euro respecto de la divisa y acompañada de información sobre la evolución histórica del tipo de cambio de la divisa en relación con el euro. Así, SAP Barcelona (Sec. 19.^a) de 19 de enero de 2016 (RJ 2016, 5460) reprocha a la entidad financiera demandada que *«ninguna simulación ni ejemplos en cuanto a la información y las consecuencias derivadas del riesgo de fluctuación de la moneda y la paridad Yenes/Euros consta documentada y justificada»*.

Pero a la espera de la transposición de la directiva 17/2014¹⁸, cuando se trata de valorar la concurrencia de vicios de consentimiento en contratos de préstamos en divisas realizados con anterioridad, lo cierto es que estos deberes de información sobre el riesgo de fluctuación no resultaban a la fecha de realización de estos contratos exigidos en ninguna norma concreta sobre transparencia bancaria, lo que puede plantear el problema ya puesto de manifiesto en relación a las cláusulas suelo de la posible exigencia *«ex post»* de deberes de información no exigidos al tiempo de la celebración del contrato¹⁹. No obstante, la obligación de informar de manera suficiente sobre el riesgo

de fluctuación de la divisa para que el prestatario pudiera tomar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa podría considerarse como una exigencia implícita en el deber general de buena fe (arts. 7.1 y 1258 del Código Civil) y, en contratos de préstamo con consumidores, del deber general de información precontractual del artículo 60 TR-LGDCU sobre las características principales del contrato y, en particular, (apartado 2. letra c) sobre el precio total, y en aquellos casos en los que no pudiera razonablemente calcularse de antemano, como ocurre en el supuesto de los préstamos en divisas, la forma en que se determina el precio.

Tal y como se ha puesto de manifiesto por la doctrina jurisprudencial relativa a las cláusulas suelo, la consecución del fin querido de un consumidor perfectamente informado sobre las prestaciones principales del crédito no depende de rigorismos formales, carentes en ocasiones de eficacia real, por lo que el deber de información no puede limitarse al cumplimiento de exigencias de transparencia mínimas previstas en normas de transparencia bancaria si estas se revelan insuficientes para que el prestatario pudiera adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa²⁰.

Por lo tanto, estamos en desacuerdo con la SAP Madrid (Sec. 10.^a) de 25 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 107880) que no considera obligada a la entidad financiera a prestar información por escrito sobre el riesgo de fluctuación de la divisa por el hecho de que la hipoteca en divisas no es calificada como un producto de inversión o instrumento financiero sujeto a la Ley del Mercado de Valores y por no haberse invocado normativa alguna que impusiera esa información indeclinablemente. Por el contrario, nos parece más acertado el criterio del mismo órgano jurisdiccional expresado en la posterior SAP Madrid (Sec. 10.^a) de 11 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 149965) que conecta la información necesaria para excluir el error vicio del consentimiento en un préstamo en divisas concertado con un consumidor con la obligación de información cierta, objetiva, veraz y suficiente sobre el precio sobre los productos del anterior artículo 13.1.d) Ley 26/1984 General Defensa Consumidores y Usuarios (actual art. 60.2.c) TR-LGDCU)²¹ o el criterio de la SAP Madrid (Sec. 11.^a) de 22 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 201999), según la cual, la inaplicación de la normativa MIFID —la citada Resolución, aun siguiendo la doctrina de la STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015 sobre la calificación de las hipotecas en divisas como productos de inversión, la considera inaplicable por tratarse de un contrato anterior a la fecha de transposición de la directiva producida por la Ley 47/2007— no exime a la demandada de ofrecer al cliente la información precisa para que comprenda el alcance del producto que ha de contratar y asegurarse de que lo ha entendido con la suficiente claridad con carácter previo a contratar el producto, con fundamento en el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contiene artículo 7 del Código Civil (y en el artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, PECL) y en el referido artículo 60 TR-LGDCU.

No obstante, no siempre que la información aportada sobre los riesgos no haya sido completa puede concluirse sin más que ha habido error excusable. La información precontractual no puede convertirse en el criterio de decisión único sobre la ineficacia o validez del contrato. Un prestatario que no haya sido informado —o que no pueda probarse que haya sido informado— del riesgo inherente a la contratación de un préstamo hipotecario en divisa, puede pese a ello conocer perfectamente dicho riesgo o puede que al menos debiera conocerlo empleando la diligencia media que le fuera exigible de acuerdo con sus condiciones subjetivas o con las circunstancias en las que se desarrolló la contratación.

Por esta razón, el núcleo del juicio de excusabilidad del error sobre el riesgo real de la contratación de un préstamo en divisa será ciertamente la información aportada sobre dicho riesgo por la entidad financiera, pero no se agota ahí. Es preciso poner en relación la información aportada con las condiciones subjetivas del prestatario y con las circunstancias en las que se desarrolló la contratación.

— *b) Las condiciones subjetivas del prestatario:*

La buena fe de la entidad financiera y su deber de diligencia en la comercialización de un producto especialmente arriesgado exige que tome en consideración cautelas en cuanto a la capacidad de entender el riesgo por el prestatario y la adecuación del producto a su perfil. Que la contratación de un préstamo en divisas no esté sujeta a la normativa MIFID, por no tratarse de un instrumento financiero en el sentido del artículo 2.2 TR-LMV y, por lo tanto, las entidades financieras en la comercialización de estos préstamos no estén obligadas a la realización del test de conveniencia (actual art. 214 TR-LMV, anterior art. 79.bis.7 LMV) o al de idoneidad para el cliente (actual art. 213 TR-LMV, anterior art. 79.bis.6 LMV), no quiere decir que no tuvieran que hacer indagaciones precisas sobre el perfil del prestatario, sobre su capacidad para conocer el riesgo inherente a este producto y adecuar, por lo tanto, la información a esa capacidad de entendimiento.

Entre las circunstancias subjetivas del prestatario que deben ser tomadas en consideración para determinar la excusabilidad del error, destacan su experiencia financiera y en el mercado de divisas o el asesoramiento con el que contaba o debería contar en ese ámbito²²; su nivel de estudios y la profesión; o su aversión o propensión al riesgo, inferida de su trayectoria financiera o inversora previa, pues cabe suponer que un cliente de perfil conservador no contrataría un producto de esta naturaleza de haber conocido el alcance real del riesgo, razón por la que la entidad financiera debería extremar el celo en la información en este caso²³.

No estamos, por lo tanto, en absoluto de acuerdo con la afirmación contenida en la SAP Madrid (Sec. 10.^a) de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 107880), según la cual, «*la formación económico-financiera de los demandantes no resulta de relevancia atendida la extraordinaria sencillez del contrato y su comporta-*

miento en la práctica». Más adecuada por el contrario nos parece la afirmación vertida por el mismo órgano jurisdiccional en la SAP Madrid (Sec. 10.^a) de 11 de mayo de 2015 (RJ 2015, 149965), en el sentido de que el préstamo en divisas «precisa de una explicación amplia y detallada por parte de la entidad bancaria, con la finalidad de que la contratación del mismo se lleve a cabo de forma libre y voluntaria, permitiendo con ello descartar la concurrencia de «error en el consentimiento» y la del AAP Valencia (Sec. 6.^a) de 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 929), según el cual «El modo de funcionamiento y los riesgos que entraña la hipoteca multidivisa son de una importante complejidad para clientes minoristas sin relación con los mercados financieros y con ingresos y gastos exclusivamente en euros».

La ya mencionada STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015 desestimó la demanda de anulación por vicio de consentimiento en un préstamo en divisas —a pesar de que lo había calificado como instrumento financiero sujeto a la normativa MIFID— por las especiales condiciones subjetivas de los prestatarios: abogado especialista en derecho bancario y ejecutiva²⁴. Otros ejemplos son ofrecidos por Resoluciones de audiencias provinciales:

Así, la ya mencionada SAP Madrid (Sec. 10.^a) de 11 de mayo de 2015 (RJ 2015, 149965), tomando en consideración la experiencia y los conocimientos del prestatario en materia financiera («*diplomado en Ciencias Empresariales, licenciado por ICADE en Investigación y Técnicas de Mercado, es profesor internacional de Marketing en EAE Business School, ha sido director gerente de Leifheit AG y actualmente ostenta la dirección de ventas y marketing en el Parque Warner de Madrid; además, según el testigo D. Víctor, ha realizado operaciones de compra de valores en el mercado de Amsterdam, extremo admitido por el actor en el interrogatorio*») concluye que la información aportada por la entidad financiera que consideró acreditada mediante la declaración testimonial del empleado de la entidad que negoció la concesión del crédito y que consistió en una simulación y una explicación de las posibles fluctuaciones de la divisa resultaba suficiente para excluir en el caso concreto la concurrencia de vicio del consentimiento.

La SAP Madrid (Sec. 19.^a) de 5 de febrero de 2015 (RJ 2015, 698) hace referencia «a la locuacidad y conocimientos» del demandado, empleado en un Registro de la Propiedad, que se evidenció «a través de las comunicaciones dirigidas al banco», por lo que concluye que «no hubo error de consentimiento, como tampoco la existencia de dolo omisivo por parte de la entidad bancaria pues el señor Jesús Luis conocía perfectamente la dinámica de los préstamos desde el ejercicio de su trabajo en el Registro de la Propiedad».

La SAP Madrid (Sec. 10.^a) de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 107880), pese a considerar irrelevante la formación económico financiera de los demandantes —lo que ya hemos criticado— no deja de tomar en consideración en su fundamentación que los prestatarios tenían un negocio de venta y reparación de

automóviles, «hecho que desde luego revela hallarse versados en la práctica mercantil y comercial».

La SAP Madrid (Sec. 10.^a) de 30 de septiembre (*RJ* 2015, 256062), que en cuanto que posterior a la STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015, analiza la cuestión desde la perspectiva de la normativa MIFID por considerar que el préstamo en divisas es un instrumento financiero, considera que el producto es adecuado al perfil inversor del prestatario, tanto por su formación (licenciado en derecho y máster en administración de empresas), como por su ocupación (administrador de distintas sociedades mercantiles), como por su experiencia (disponía de cuatro cuentas en divisas), circunstancias que coadyuvaban a concluir que conocía el funcionamiento del préstamo en divisas, lo que se confirma por la correspondencia vía email que mantuvo con empleados de la entidad antes de la formalización del préstamo.

Igualmente, la SAP Sevilla (Sec. 5.^a) de 31 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 197724) desestimó la pretensión de nulidad por error, al considerar que pese a no haber sido informados expresamente los prestatarios del riesgo de la contratación de un préstamo en divisas, debido a su formación (licenciados en arquitectura y en traducción e interpretación), debían conocer dicho riesgo, a partir de la lectura de la oferta vinculante y de las cláusulas de la escritura pública, a lo que se sumaba que el padre de uno de ellos que les recomendó la contratación de este tipo de préstamo era inversor habitual en banca privada.

Por el contrario, la SAP Madrid (Sec. 11.^a) de 22 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 201999) sí consideró excusable el error de los prestatarios, porque su cualificación real (no la que constaba en el perfil profesional de una red social de uno de los prestatarios que se reveló falsa) no presupone en ellos conocimientos financieros suficientes como para hacerse una idea cabal de la naturaleza y riesgos de un producto complejo como este, ni los emails intercambiados con empleados de la entidad años después de la contratación del producto son reveladores de que conocieran sus riesgos en el momento de la contratación. Del mismo modo, la SAP Burgos (Sec. 3.^a) de 5 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 107147) estimó que los prestatarios, por su profesión de profesores de secundaria de matemáticas y de química, no podían considerarse expertos en materia financiera, ni por lo tanto que fueran por sí mismos perfectos conocedores de los riesgos y de las características de las hipotecas en divisas sin una adecuada información²⁵.

— c) *Las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato:*

Especial relevancia cabe conferir al hecho de que en el momento mismo de la contratación la tendencia fuera de una depreciación de la divisa frente al euro. En este contexto, que el prestatario no tenía que interpretar como meramente coyuntural, era razonable que un contratante inexperto en este ámbito sin la debida perspectiva histórica sobre la fluctuación de los tipos de cambio, interpretase que el riesgo de apreciación de la divisa era de una intensidad

muy inferior a la real. Así lo ha puesto de manifiesto la SAP Barcelona (Sec. 15.^a) de 9 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 180303), para la cual a la vista de la información proporcionada, difícilmente pudo el prestatario ser consciente del riesgo que asumía *«sobre todo en un escenario en el que de modo constante a lo largo de varios ejercicios el franco suizo había perdido valor frente al euro»*.

Relevante también puede resultar que la iniciativa en la contratación de este producto procediera del cliente o de la entidad financiera o si, por el contrario, la contratación de la hipoteca en divisa fue una condición impuesta por la entidad financiera para la concesión del préstamo, prueba que compete al prestatario aunque sea consumidor [SAP Sevilla (Sec. 5.^a) de 31 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 197724) y SAP Vizcaya (Sec. 5.^a) de 10 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 119617)].

Otros actos anteriores a la celebración del contrato, como el intercambio de emails entre prestatario y empleados de la entidad financiera también pueden ser denotativos del conocimiento por parte de los prestatarios del riesgo intrínseco a los préstamos en divisas [SAP Vizcaya (Sec. 5.^a) de 10 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 119617)].

En definitiva, el juicio sobre la excusabilidad del error en la contratación de un préstamo en divisa es un juicio valorativo complejo que depende de la ponderación de una serie de circunstancias para llegar a la convicción de lo verdaderamente importante: el prestatario no conocía, ni podía conocer empleando la diligencia que le era exigible el riesgo inherente a este tipo de hipotecas y el impacto que podía llegar a tener la fluctuación de la divisa no solo sobre las cuotas periódicas de amortización de capital e intereses nominales, sino sobre el valor en euros del capital prestado que ha de restituir.

VIII. LA CONSECUENCIA DEL ERROR SOBRE EL RIESGO: LA POSIBLE NULIDAD PARCIAL

Los contratos realizados mediando vicio del consentimiento son anulables (art. 1301 del Código Civil), siendo la consecuencia del ejercicio de la acción de anulabilidad la ineficacia del contrato y la restitución recíproca de las prestaciones (art. 1303 del Código Civil). Por lo tanto, en caso de anularse un contrato de préstamo en divisas, la consecuencia sería el nacimiento a cargo del prestatario de la obligación de devolver la totalidad del capital inicialmente recibido en euros, incrementado con el interés legal del dinero y a cargo del prestamista la obligación de restituir las cantidades, valoradas en euros, efectivamente satisfechas por el prestatario en concepto de amortización de capital e intereses nominales y comisiones de cambio, cantidades incrementada también con el interés legal del dinero.

En consecuencia, la opción de anular el contrato, en muchas ocasiones, no es una opción razonable para el prestatario, puesto que tras la oportuna

compensación entre los dos créditos que nacen recíprocamente de la nulidad del contrato, tendría que restituir una importante suma de dinero de la que no siempre podría disponer.

Cabe cuestionarse entonces si es posible decretar solo la anulación parcial del contrato por vicio que afecte únicamente a la cláusula de fijación en una divisa del capital y de las obligaciones del prestatario y deje el resto del préstamo vigente como un préstamo hipotecario denominado en euros desde el primer momento, lo que conllevaría un recálculo del préstamo y la compensación con parte del capital pendiente de amortización de los excesos que hubieren sido pagados por el prestatario hasta la declaración de nulidad. En principio, cabría suponer que la nulidad parcial de un contrato es incompatible con la concurrencia de un error vicio, dada la exigencia de que el error sea esencial, esto es, que recaiga sobre el objeto y que además sea de tal magnitud que el contrato no hubiera sido celebrado de haberse conocido el error. Sin embargo, que el error sea esencial, en los términos del artículo 1266 del Código Civil, no quiere decir necesariamente que el contrato no pueda subsistir sin la parte afectada por el error por quedar sin alguno de sus elementos esenciales (art. 1261 del Código Civil), pues el error puede no afectar a todo su objeto, sino solo a una parte del mismo, sin dejar por ello de ser esencial²⁶.

Es lo que ocurre en el caso de la hipoteca concertada en una divisa extranjera que podría subsistir como un préstamo en el que el capital y las obligaciones del prestatario estén estipuladas en euros, en virtud del artículo 1170 del Código Civil, según el cual, no siendo posible el pago de las obligaciones dinerarias en la moneda pactada, se hará en la moneda que tenga curso legal en España. Además, cuando el préstamo hipotecario contiene la opción «multidivisa», en las propias condiciones del préstamo se dispondrá cuál será el tipo de interés nominal aplicable para el caso de que el préstamo quede fijado en euros. Consecuentemente, y sin necesidad de salir de los términos del propio contrato, es posible una autointegración del contenido contractual afectado por la nulidad. Así lo ha considerado la SAP Madrid (Sec. 11.ª) de 22 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 20199) que declaró la nulidad parcial del contrato de préstamo en divisas por error, quedando este como un contrato realizado en euros desde el primer momento, cuyo tipo de interés sería el previsto en la propia escritura de préstamo para el caso de que se optase por convertir el préstamo a euros y cuyo saldo vivo sería el resultante de restar al capital inicial valorado en euros, el capital, también valorado en euros, que ya hubiera sido amortizado²⁷. Igualmente, la SAP Barcelona (Sec. 19.ª) de 19 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 5460) declaró la nulidad parcial por ser los elementos afectados por la nulidad separables del resto del contrato y haber base para que *«aún sigan concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad»*.

No obstante, la cuestión de la posible subsistencia del contrato sin la cláusula de fijación del capital en divisas, como un contrato de préstamo recalculado

desde el inicio en euros, no es pacífica y alguna otra Resolución judicial, como la SJPI núm. 8 Oviedo de 5 de diciembre de 2014 (*JUR* 2014, 1876), excluyó la nulidad parcial por considerar que la subsistencia del préstamo sin el «clausulado multidivisa» como un préstamo en euros, más que suponer una integración del contrato sin la parte declarada nula implicaría obligar a la entidad demandada a hacer un contrato nuevo con un contenido impuesto judicialmente, lo que excede de los efectos propios de la nulidad del artículo 1303 del Código Civil.

Otra cuestión distinta es, que al margen de que pudiera ser «orgánicamente» posible la subsistencia del contrato sin la parte afectada por el error, la nulidad parcial del contrato de préstamo, convertido en un contrato desde su inicio en euros, sea una consecuencia razonable (criterio al que el *Draft Common Frame of Reference* condiciona la subsistencia del contrato sin la parte afectada por el vicio del consentimiento DCFR II-7:21), en el sentido de que las posiciones de ambas partes resultantes del contrato subsistente sin la parte declarada nula sean equitativas o, dicho en otros términos, que la nulidad parcial respete el fin contractual concreto perseguido por ambas partes²⁸. No estamos de acuerdo en este punto con Resoluciones como la SAP Barcelona (Sec. 19.^a) de 19 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 5460) que hacen depender la nulidad parcial de una mera cuestión de «separabilidad» y «subsistencia de elementos esenciales del contrato», pues al margen de esa premisa obvia, la opción por la nulidad parcial requiere ser valorada en términos de razonabilidad o equidad.

La nulidad parcial supondría recalcular el préstamo, como si inicialmente se hubiera pactado en euros, aplicando el interés nominal que en el mismo contrato se estipula para el caso de conversión del préstamo a euros. De acuerdo con estas operaciones de recalcular, el cliente tendría derecho a la restitución de las cantidades pagadas en exceso a consecuencia de la apreciación de la divisa (art. 1303 del Código Civil) o a su compensación con parte del capital pendiente de amortización. Además, de cara al futuro se neutralizaría el riesgo de sucesivas apreciaciones de la divisa, efecto, este último, que sin necesidad de acudir a la nulidad podría conseguir actuando la conversión del préstamo a euros que le ofrece la opción multidivisa. En este sentido, la nulidad parcial del préstamo supondría trasladar el perjuicio que hasta el momento ha causado la apreciación de la divisa del prestatario que ha sufrido el vicio a la entidad financiera, lo que podría considerarse como una alteración importante del sinalagma contractual y de la finalidad del contrato, pues originariamente, la fijación del préstamo en divisas suponía un riesgo para el prestatario²⁹.

La cuestión sin embargo resulta compleja y no puede quedar zanjada definitivamente a favor de la nulidad total, puesto que podría esgrimirse a favor de la nulidad parcial del préstamo, reconvertido desde su inicio a euros, sobre todo en los casos en los que el prestatario sea un consumidor y el vicio del consentimiento sea imputable a una deficiente información de la entidad financiera, que la nulidad parcial coactiva, al margen de la voluntad hipotética de las partes en

el mantenimiento del contrato con la parte que queda en pie y al margen de la ponderación del equilibrio de las prestaciones resultante del contrato subsistente, es la consecuencia jurídica que mejor se adecua a la protección del consumidor³⁰. En este sentido, en relación a la nulidad de las cláusulas abusivas, en la nueva redacción del artículo 83 TR-LGDCU dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TR-LGDCU, ha desaparecido como un supuesto de nulidad total del contrato el de que las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de la posición de las partes, incluido en la redacción original del artículo 83 TR-LGDCU. Por eso, análogamente, se podría sostener que cuando el vicio del consentimiento sea imputable a la entidad financiera por falta de información y el prestatario fuese un consumidor la consecuencia habría de ser la subsistencia del contrato sin la parte afectada por la nulidad, esto es, en el caso concreto de los préstamos hipotecarios concertados en divisas, como un préstamo reconvertido desde el inicio a euros.

La posición a favor de la nulidad parcial como solución que mejor protege al consumidor ha sido refrendada por la doctrina del TJUE en las STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13 *Kásler vs OTP Jelzálogbank Zrt.*) y STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, *Unicaja Banco y CaixaBank*), que con carácter excepcional admiten una integración del vacío contractual dejado por la cláusula declarada abusiva (con anterioridad, la posibilidad de moderación judicial de la cláusula declarada abusiva o la integración del contrato con normas de derecho supletorio había sido considerada contraria a derecho comunitario por la STJUE 14 de junio de 2012 (asunto C/618-10, *Banesto vs Calderón*)), para el caso de que la declaración de nulidad de la cláusula obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de este modo a consecuencias de tal índole que representasen para él una penalización. Esta doctrina comunitaria, si bien formulada para el caso de la declaración de ineficacia de las cláusulas abusivas, podría trasladarse a otros supuestos de ineficacia, como el error vicio, cuando el afectado fuese un consumidor y el error resultara imputable al empresario o profesional por incumplimiento de sus deberes de información. La SAP Burgos (Sec. 3.ª) de 5 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 107147) declara la nulidad parcial del contrato precisamente con apoyo en esta doctrina.

IX. LA CONFIRMACIÓN DEL ERROR SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DE LA DIVISA

El contrato de préstamo hipotecario concertado en divisas mediando un error esencial y excusable, como contrato que da lugar a un supuesto de anulabilidad, puede ser confirmado expresa o tácitamente, en cuyo caso la acción de anulación quedará extinguida (art. 1309 del Código Civil).

La confirmación tácita requiere, por un lado, que el prestatario tuviera conocimiento de la causa de anulación del contrato, esto es, del verdadero riesgo que el préstamo en divisas supone no solo respecto a un posible incremento de las obligaciones periódicas de amortización de capital y pago de intereses ordinarios, sino sobre el valor en euros del capital prestado y, por otra parte, que el prestatario realizase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a anular el contrato (art. 1311 del Código Civil).

A partir de estos requisitos cabe plantearse si ciertos actos realizados por el prestatario durante la ejecución del préstamo pueden implicar una confirmación tácita del contrato de préstamo hipotecario en divisas viciado de error.

El hecho de que durante los primeros meses o años de vigencia del préstamo concertado en divisas la fluctuación del tipo de cambio haya sido favorable al prestatario, de tal manera que la cuota periódica de amortización de capital y pago de intereses ordinarios, valorada en euros, experimentase un descenso no implica necesariamente que de manera tácita haya confirmado el contrato, renunciando a ejercitar en lo sucesivo la acción de anulación, puesto que a pesar de esta fluctuación favorable del tipo de cambio, no tendría que conocer el auténtico riesgo que la fluctuación de la divisa representa sobre el valor en euros del capital del préstamo. Normalmente, el error del prestatario consistirá en desconocer que la fluctuación de la divisa puede afectar no solo a sus cuotas periódicas, algo que se entiende por asumido, sino que puede implicar un incremento del valor en euros del capital prestado que ha de reembolsar. Por lo tanto, una fluctuación favorable para el prestatario del tipo de cambio que suponga una disminución del valor en euros de las cuotas periódicas supone desde su perspectiva una materialización del desenvolvimiento normal del contrato, como también lo sería en sentido contrario un incremento del valor en euros de las cuotas periódicas por una depreciación del euro respecto de la divisa. Mientras no hubiera sido consciente del impacto favorable que la depreciación de la divisa tuviese en el capital prestado, por ejemplo, a través de una comunicación de la propia entidad, no tendría que conocer que en sentido contrario una apreciación de la divisa podría suponer un incremento del valor en euros del capital que tendría que devolver. Pero es más, aun conociendo el prestatario la causa del error, tampoco el pago de las cuotas mensuales de amortización de capital e intereses implica confirmación tácita en el sentido del artículo 1311 del Código Civil, pues el pago no es un acto del que se desprenda necesariamente la voluntad del legitimado de querer confirmar el negocio anulable, como ha señalado la SAP Burgos (Sec. 3.^a) de 5 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 107147).

Tampoco la opción de convertir el préstamo a euros, aunque pueda presumirse que supone un conocimiento del riesgo real de fluctuación de la divisa, puede implicar sin más una confirmación tácita, en este caso, porque la conversión no es reveladora de manera inequívoca de la voluntad del prestatario de la renuncia a anular el contrato teniéndolo por válido, como exige el artículo 1311

del Código Civil, sino que no es más que un acto razonable del prestatario para evitar un perjuicio mayor. No cualquier acto realizado con posterioridad al conocimiento del vicio confirma un negocio que adolece de alguna causa de anulabilidad, sino solo aquel que se haya realizado por el legitimado para impugnarlo con ánimo de querer purificarlo³¹.

Por la misma razón, tampoco la opción por no convertir el préstamo de la divisa a euros, una vez que se hubiera tenido conocimiento de la verdadera naturaleza y del riesgo del préstamo en divisas, implica de manera necesaria una renuncia a ejercitar la acción de anulación del contrato, puesto que el mantenimiento del préstamo en la divisa concertada, pese al perjuicio que hasta ese momento haya causado, puede deberse a un intento del prestatario de enjugar este perjuicio por una posible recuperación futura del euro frente a la divisa, como ha puesto correctamente de manifiesto la SAP Vizcaya (Sec. 5.^a) de 10 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 119617), trayendo oportunamente a colación la doctrina jurisprudencial restrictiva de la confirmación tácita de los negocios anulables expresada en la STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015. Por esa razón, no estamos de acuerdo con la SAP Madrid (Sec. 9.^a) de 31 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 115572) que consideró confirmado el préstamo hipotecario en divisas suscrito por los actores por el hecho de que hubieran cambiado en dos ocasiones de divisas y porque se pactó una novación de las condiciones de amortización del crédito.

X. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL ERROR

La acción de anulación de un contrato por error está sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años que según el artículo 1301.III del Código Civil, comenzará a computarse desde la fecha de consumación del contrato, lo que tratándose de un contrato de préstamo no tendría lugar hasta que se hubiese satisfecho la última cuota periódica de amortización de capital e intereses ordinarios³². Sin embargo, la STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015 ha introducido un importante cambio en cuanto al *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de anulación por vicio de error y dolo en las relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión de tracto sucesivo, en cuanto que entiende que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo será el momento en que se pudo conocer el error, de manera análoga a lo previsto por el artículo 4:113 de los Principios de Derecho Contractual Europeo de los contratos, que considera como «*dies a quo*» «el momento en que la parte que anula el contrato haya tenido noticia de los hechos relevantes o hubiera debido tenerla³³».

Como ya hemos manifestado en relación a la confirmación tácita, no consideramos que el error sobre la naturaleza y el riesgo de los préstamos concertados en divisas se haya conocido por el hecho de que el valor en euros de las cuotas periódicas de amortización de capital y pago de intereses ordinarios haya experimentado un aumento o un descenso, en función de una evolución desfavorable o favorable al prestatario del tipo de cambio de la divisa, sino que los prestatarios han podido tomar conciencia de dicho error en el momento en que conocen el efecto que la fluctuación de la divisa ha tenido sobre el incremento del capital, como ha puesto de manifiesto la SAP Burgos (Sec. 3.^a) 5 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 107147), lo que puede acreditarse por la entidad que invoque la caducidad por el envío de e-mails por parte del prestatario en el que pida explicaciones a la entidad financiera respecto al aumento del capital debido o consejo respecto a que decisión adoptar ante este hecho o mediante el envío de comunicaciones por la entidad financiera en las que se informe de la fluctuación del tipo de cambio y del impacto que ha tenido sobre el capital. También cabe deducir este conocimiento del error por parte del prestatario por haber hecho uso de la opción de cambiar la divisa al euro.

No obstante todo lo anteriormente dicho, la seguridad jurídica requiere una cierta transitoriedad en la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial respecto del *dies a quo*, de manera que por aplicación de este nuevo criterio jurisprudencial no resulten caducadas de manera sorpresiva acciones de anulación que con arreglo a la norma legal del artículo 1301.III del Código Civil no lo estarían antes de la instauración de este nuevo criterio por mor de la STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015. La referida doctrina jurisprudencial ha instaurado un cambio «cuasi-legislativo» en la interpretación del artículo 1301.III del Código Civil y las normas que introduzcan una modificación sobre prescripción o caducidad de las acciones no pueden aplicarse sin un régimen transitorio que garantice que no se privará del derecho a la acción a quien legítimamente podía confiar conforme al régimen anterior que seguía disponiendo de plazo para su ejercicio.

Este régimen transitorio que habría que aplicar a la acción de anulación por vicio en contratos anteriores a la STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015 podría ser por analogía el que se deriva del artículo 1939 del Código Civil³⁴, en virtud del cual, *mutatis mutandis*, el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de una acción de anulación en contratos de tracto sucesivo, en los que se hubiera conocido el error antes del 12 de enero de 2015, se regirá por la interpretación del artículo 1301.III del Código Civil anterior a la STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015 —esto es, será la fecha de finalización del contrato por cumplimiento íntegro de las obligaciones periódicas— aunque la acción caducará, en todo caso, transcurridos cuatro años desde la instauración del nuevo criterio por la STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015, esto es,

a más tardar el 12 de enero de 2019 y, lógicamente, para los casos en los que el error se hubiera podido conocer solo con posterioridad a la fecha de esta jurisprudencia, jugará sin restricción la nueva regla instaurada.

CONCLUSIONES

I. La contratación de un préstamo hipotecario en moneda extranjera comporta un elevado riesgo para el prestatario, pues el importe del capital prestado que haya de restituir al prestamista, valorado en euros, dependerá de la fluctuación que durante el periodo de duración del préstamo tenga la divisa en la que se haya concertado el préstamo en relación al euro, lo que explica que en algunos casos, varios años después de haberse realizado el préstamo y pese a las sumas pagadas periódicamente por el prestatario, el capital del préstamo, valorado en Euros, sea superior al inicialmente recibido.

II. El error de un prestatario bien informado sobre su propia expectativa de evolución de la divisa es un error extrínseco al contrato e irrelevante. Por el contrario, el desconocimiento del prestatario por falta de información del riesgo real de los préstamos en divisas y del perjuicio patrimonial potencial que puede implicar la depreciación del euro frente a la divisa, sí podría dar lugar a un error vicio con trascendencia anulatoria si se cumplen los requisitos de esencialidad y excusabilidad.

III. Si bien la STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015 calificó los préstamos en divisas como productos de inversión, sujetos por lo tanto en su comercialización a los deberes de información precontractual y evaluación previstos en la normativa del mercado de valores, lo cierto es que con posterioridad la STJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14, *Banif Plus vs Martón Lantos*) cuestiona dicha calificación al considerar que no constituye un servicio de inversión las operaciones de cambio de divisas realizadas por las entidades financieras en el marco de un préstamo en divisas, por su carácter meramente accesorio en la ejecución del contrato de préstamo. En consecuencia, los préstamos en divisas no están sujetos en su comercialización a los deberes de conducta previstos por la normativa del mercado de valores (MIFID), ni resulta de aplicación al caso la Jurisprudencia desarrollada en relación a los productos de inversión, según la cual el incumplimiento de los deberes de información y evaluación permite presumir la existencia de vicio del consentimiento.

IV. Los deberes de información sobre el riesgo propio de los préstamos en divisas previstos en la normativa sectorial sobre transparencia bancaria resultan claramente insuficientes para que el prestatario medio pudiera tener un conocimiento real sobre el riesgo intrínseco a este tipo de operaciones, como pone de manifiesto las medidas informativas más exigentes requeridas por la

Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencia. En consecuencia el cumplimiento de los deberes precontractuales de información previstos en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y de 28 de octubre de 2011, por sí mismo no enerva la posible anulación del contrato por error vicio.

V. El error sobre el riesgo de fluctuación de la divisa, en cuanto que repercute sobre la cuantía de la obligación de restitución de capital y pago de intereses recae sobre el objeto del contrato de préstamo y es esencial si además ha sido determinante por tener relevancia causal en la prestación del consentimiento.

VI. La excusabilidad del error sobre el riesgo real de los préstamo concertados en divisas depende de un juicio valorativo complejo en el que se habrá de tener en cuenta principalmente la información proporcionada sobre dicho riesgo al prestatario en la fase precontractual, pero también su formación y experiencia financiera, así como las demás circunstancias concurrentes en el momento de la realización del contrato, para llegar a la conclusión de que el prestatario no conocía, ni podía conocer empleando la diligencia que le era exigible el riesgo inherente a este tipo de préstamos.

VII. La consecuencia natural de la concurrencia de error vicio es la nulidad total del contrato. Más problemática resulta la opción de la nulidad parcial, pese a ser la más favorable al consumidor, porque desde un punto de vista «orgánico» es difícil justificar la subsistencia del contrato sin la parte afectada por el vicio como un contrato concertado desde el principio en euros y además porque la subsistencia del contrato como un préstamo hipotecario concertado desde su inicio en euros resultaría difícilmente compatible con el fin contractual concreto perseguido por ambas partes.

VIII. La fluctuación favorable para el prestatario del tipo de cambio de la divisa, que hubiera supuesto en un primer momento de la vida del préstamo una disminución del valor en euros de las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario, no implica necesariamente que aquel conozca el riesgo real que, en sentido contrario, una depreciación de la divisa pudiera tener sobre el capital que ha de restituir y, por consiguiente, la aceptación de esta situación no implica *per se* una confirmación tácita en el sentido del artículo 1311 del Código Civil.

VIII. El «*dies a quo*» del plazo de caducidad de cuatro años de la acción de anulación será, conforme al nuevo criterio jurisprudencial establecido por la STS (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2015 el momento en que hubiera tenido el prestatario conocimiento de error, si bien la aplicación de este nuevo criterio requiere una cierta transitoriedad para evitar que sorpresivamente hayan caducado acciones de anulación que estuvieran vivas conforme al criterio estipulado por el artículo 1301.III del Código Civil de la fecha de consumación del contrato.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

- STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C/618-10, Banesto vs Calderón)
- STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11, Genil 48 y Comercial Hostelera de Grandes Vinos)
- STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13 Kásler vs OTP Jelzálogbank Zrt)
- STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco y CaixaBank)
- STJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14, Banif Plus vs Mar-tón Lantos)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA):

- STS (Sala Primera) de 4 de diciembre de 1986
- STS (Sala Primera) de 26 de febrero de 1987
- STS (Sala Primera) de 27 de marzo de 1987
- STS (Sala Primera) de 23 de octubre de 1989
- STS (Sala Primera) de 18 de febrero de 1994
- STS (Sala Primera) de 28 de septiembre de 1996
- STS (Sala Primera) de 27 de febrero de 1997
- STS (Sala Primera) de 1 de febrero de 2002
- STS (Sala Primera) de 8 de julio de 2002
- STS (Sala Primera) de 3 de junio de 2003
- STS (Sala Primera) de 12 de noviembre de 2004
- STS (Sala Primera) de 22 de mayo de 2006
- STS (Sala Primera) de 13 de febrero de 2007
- STS (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2009
- STS (Sala Primera) de 17 de junio de 2010
- STS (Sala Primera) de 13 de marzo de 2011
- STS (Sala Primera) de 25 de noviembre de 2011
- STS (Sala Primera) de 21 de noviembre de 2012
- STS (Sala Primera) de 9 de mayo de 2013
- STS (Sala Primera) de 20 de enero de 2014
- STS (Sala Primera) de 15 de julio de 2014
- STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015
- STS (Sala Primera) de 23 de abril de 2015
- STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015
- STS (Sala Primera) de 11 de mayo de 2016
- STS (Sala Primera) de 17 de junio de 2016

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Madrid (Sec. 19.^a) de 18 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 17959)
- SAP Madrid (Sec. 25.^a) de 28 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 19297)
- SAP (Sec. 19.^a) de 5 de febrero de 2015 (*JUR* 698, 2015)
- SAP Madrid (Sec. 10.^a) de 25 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 107880)
- SAP Asturias de 6 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 112351)
- Auto AP Valencia (Sec. 6.^a) de 30 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 929)
- SAP Madrid (Sec. 10.^a) de 11 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 149965)
- SAP Madrid (Sec. 11.^a) de 22 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 201999)
- SAP Madrid (Sec. 10.^a) de 30 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 256062)
- SAP Barcelona (Sec. 19.^a) de 19 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 5460)
- SAP Alicante (Sec. 6.^a) de 26 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 141916)
- SAP Vizcaya (Sec. 5.^a) de 10 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 119617)
- SAP Madrid (Sec. 13.^a) de 28 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 115865)
- SAP Madrid (Sec. 9.^a) de 31 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 115572)
- SAP Sevilla (Sec. 5.^a) de 31 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 197724)
- SAP Burgos (Sec. 3.^a) de 5 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 107147)
- SAP Valladolid (Sec. 3.^a) de 30 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 183799)
- Auto AP Madrid (Sec. 12.^a) de 7 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 124929)
- SAP Murcia (Sec. 5.^a) de 28 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 185430)
- SAP Barcelona (Sec. 15.^a) de 9 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 180303)

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI núm. 8 Oviedo de 5 de diciembre de 2014 (*JUR* 2014, 1876)
- SJPI núm. 6 Badalona de 3 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 42691)
- SJPI núm. 2 Las Palmas de Gran Canaria de 30 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 42689)

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2015). Incorrección del Tribunal Supremo sobre Hipotecas en Divisas: no son instrumentos financieros complejos, como han reiterado el CERS (Committee of European Securities Regulators) y la Comisión Europea. *Centro de Estudios de Consumo UCLM*, www.uclm.es/centro/cesco, 18 de octubre de 2015.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (1994). La repercusión de la nulidad dentro y fuera del contrato. En *El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, (*Cuadernos de Derecho Judicial*). Madrid: Consejo General Poder Judicial.
- ÁLVAREZ MORENO, M.^a T. (2015). Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 17/2014. En: S. Díaz Alabart (Dir.) y M.^a T. Represa

- Polo (Coord.) *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios*. Madrid: Reus, 105 a 126.
- CAÑIZARES LASO, A. (2001). *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid: Civitas.
- CARRASCO PERERA, A. (2010). *Derecho de Contratos*, Navarra: Thomson-Aranzadi.
- CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E. (2013). *El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación*. STS de 9 de mayo de 2013. Centro de Estudios de Consumo UCLM, www.uclm.es/centro/cesco, septiembre de 2013.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008). *Derecho Civil de España, Volumen III. El negocio jurídico y la persona jurídica*, (reedición), Madrid: Civitas.
- DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN (2005). *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Madrid: Dikynson.
- GARCÍA VICENTE, J. R., Comentario al artículo 1301 del Código Civil, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Thomson-Aranzadi.
- JEREZ DELGADO, C. (2011). *La anulación del contrato*, Navarra: Civitas.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), N. Moralejo Imbernón y S. Qucios Molina (Coords.), *Tratado de Contratos*, T.1, (2.ª ed.).Valencia: Tirant lo Blanch, 597 a 746.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2013). Delimitación del error en los contratos de SWAP. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130/2013, 293 a 308.
- MORALES MORENO, A.M., (1978). Comentario al artículo 1266 del Código Civil. En: M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (versión electrónica disponible en Vlex). Madrid: Edersa.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1997). *Nulidad y anulabilidad de los contratos*, Madrid: Civitas.
- (2009). Comentario al artículo 1266 del Código Civil. En M. Pasquau Liaño (Dir.), K. J. Albiez Dohrmann y A. López Frías (Coords.) *Jurisprudencia Civil Comentada*, 2.ª Ed. Granada; Comares
- QUICIOS MOLINA, S., La ineficacia contractual. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), N. Moralejo Imbernón y S. Qucios Molina (Coords.), *Tratado de Contratos*, T.1, (2.ª ed.).Valencia: Tirant lo Blanch, 1361 a 1591.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2011). Comentario al artículo 1266 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (Dirs.), *Código Civil comentado*, Navarra: Thomson-Aranzadi.

NOTAS

¹ En concreto, dispone la referida STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015 que «*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». En términos similares, define el riesgo propio de estos préstamos hipotecarios las Conclusiones del Abogado General Nils Wahl de 12 de febrero de 2014 (asunto C-26/13 Kásler vs OTP Jelzálogbank Zrt), «El presente asunto se inserta en el contexto de la oferta de contratos de crédito al consumo denominados en moneda extranjera. La utilización de este tipo de contratos, que constituye una práctica relativamente corriente en determinados Estados miembros de la Unión Europea y que, prima facie, puede ser atractiva para los prestatarios por el tipo de interés, inferior al que generalmente se aplica, ha resultado ser problemática para muchos particulares como consecuencia de la crisis financiera internacional de finales de los años 2000, debido a la fuerte depreciación de determinadas monedas respecto de la moneda extranjera de referencia (en particular, el franco suizo). Estos particulares se han visto en la obligación de devolver cuotas, expresadas en moneda nacional, significativamente superiores a aquellas que habrían debido abonar si se hubieran calculado sobre la base del tipo de cambio histórico, aplicable en el momento de desembolso del préstamo. Las dificultades observadas han sido de tal magnitud que, de manera indirecta, el sector bancario de determinados Estados miembros se ha visto considerablemente afectado».

² ÁLVAREZ MORENO, M.^a T., (2015), Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 17/2014. En: S. Díaz Alabart (Dir.) y M.^a T. Represa Polo (Coord.) *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios*. Madrid: Reus, p. 109, señala en el mismo sentido que —dado el carácter aleatorio del contrato, el conocimiento de dichos riesgos es necesario para poder tener una idea aproximada del posible devenir futuro de la operación, que puede implicar un mayor endeudamiento para el consumidor—.

³ Previamente, la STS (Sala Primera) de 21 de noviembre de 2012, en relación a la anulación por vicio de un contrato de permuta financiera o SWAP de tipo de interés, ya había distinguido entre el error sobre la expectativa de evolución del «aleas» y el error por desconocimiento sobre la naturaleza y el riesgo intrínseco a la operación. Certeras, al respecto, son las palabras de MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., (2013), Delimitación del error en los contratos de SWAP. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130/2013, pp. 293 a 308, en el comentario a la referida Sentencia, «En un contrato aleatorio, la confianza de que el aleas evolucione en un determinado sentido y después ocurra lo contrario no puede entenderse como error que haya viciado el consentimiento. Sin embargo, una conducta motivada por un dolo omisivo de la otra parte, que proporcionó una información defectuosa, tal vez sí podría llegar a entenderse como vicio del consentimiento, si quedara suficientemente acreditado».

⁴ También el considerando cuarto de la Directiva alude a los riesgos de los préstamos en moneda extranjera «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban».

⁵ El AAP Valencia (Sec. 6.^a) de 30 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 929), enjuició el contrato de préstamo en divisas desde la perspectiva del carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que hacen referencia a la concertación del préstamo en divisas en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, aunque fuese a modo de «óbitus dicta», puesto que esta pretensión de nulidad de la «cláusula multdivisa» era subsidiaria a la pretensión de sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria por nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado estimada por dicho auto. También en un procedimiento de ejecución

hipotecaria el AAP Madrid (Sec. 12.^a) de 7 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 124929), de una manera sorprendente, consideró que la cláusula «multidivisa», así como la estipulación sobre el índice de referencia aplicable, no superaban los requisitos de incorporación al contrato del artículo 5 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación. Ya en un procedimiento declarativo, la SAP Murcia (Sec. 5.^a) de 28 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 185430) también enfocó la cuestión de la falta de información desde la perspectiva de la nulidad de cláusulas abusivas.

⁶ Sin embargo la SAP Barcelona (Sec. 15.^a) de 9 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 180303) consideró nula por abusiva por falta de transparencia la cláusula que establecía que obligaba al prestatario a mantener la paridad entre el euro y el franco suizo, de manera confusa y enmascarada entre otras cláusulas financieras, de tal manera que la cláusula no permitía que el prestatario fuera consciente de los efectos que la oscilación de la divisa tendría sobre la determinación del principal en euros. La consecuencia fue la anulación de la cláusula en cuestión y la realización de una nueva tabla de amortización como un préstamo concertado desde el inicio en euros.

⁷ Así, por ejemplo, las STS (Sala Primera) de 20 de enero de 2014, STS (Sala Primera) de 15 de julio de 2014, STS (Sala Primera) de 23 de abril de 2015, STS (Sala Primera) de 11 de mayo de 2016 y STS (Sala Primera) de 17 de junio de 2016.

⁸ SAP Madrid (Sec. 19.^a) de 18 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 17959), SAP Madrid (Sec. 25.^a) de 28 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 19297), SAP Madrid (Sec. 10.^a) de 25 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 107880), SAP (Sec. 19.^a) de 5 de febrero de 2015 (*RJ* 698, 2015). Por el contrario, sí calificó un préstamo hipotecario en divisas como producto de inversión la SAP Asturias de 6 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 112351) —si bien, pese a ello, desestimó la pretensión de responsabilidad, que no de anulación del contrato, formulada— y el AAP Valencia (Sec. 6.^a) de 30 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 929).

⁹ La calificación del préstamo en divisa como instrumento financiero derivado ha sido criticada por AGÜERO ORTIZ, A., (2015), *Incorrección del Tribunal Supremo sobre Hipotecas en Divisas: no son instrumentos financieros complejos, como han reiterado el CERS (Committee of European Securities Regulators) y la Comisión Europea. Centro de Estudios de Consumo UCLM*, (www.uclm.es/centro/cesco), 18 de octubre de 2015, entre otros argumentos, porque no existe en la hipoteca en divisas derivado ni activo subyacente alguno, ya que la divisa no actúa como activo subyacente, sino como determinante del objeto principal del contrato de préstamo y añade, que *«Para que pudiera aceptarse que la hipoteca multidivisa constituyera un derivado financiero, el quantum del préstamo debería estar fijado en euros, con una obligación adicional de restituir en referencia (ahora sí) a otra divisa (activo subyacente) que determinará el importe final a restituir y el importe de la cuota mensual, produciéndose liquidaciones positivas o negativas a favor del prestatario en función de las fluctuaciones de dicha moneda. Sin embargo, esto, sencillamente, no es así»*.

¹⁰ Conviene tener presente que la redacción de este precepto se modificó por la disp. final primera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación supervisión y solvencia de entidades de crédito, en un sentido totalmente contrario a su anterior redacción, *«Las obligaciones de información y registro contempladas en los artículos 79 bis y 79 ter anteriores serán de aplicación a los servicios de inversión que se ofrezcan como parte de otros productos financieros, sin perjuicio de la aplicación a estos últimos de su normativa específica, especialmente aquella relacionada con la valoración de los riesgos y los requisitos de información a suministrar a los clientes»*, redacción coincidente con la del actual artículo 219 RDL 4/2015.

¹¹ Aclara la STJUE de 3 de diciembre de 2015 que el asunto es distinto al del litigio principal que dio lugar a la STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11, Genil 48 y Comercial Hostelería de Grandes Vinos), que en ese caso sí se refería a un instrumento financiero de futuros, concretamente una permuta o «swap» de variación de tipo de interés de un préstamo hipotecario (párrafo 73).

¹² La SAP Alicante (Sec. 6.^a) de 26 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 141916), considera la expresión manuscrita como una medida de protección especialmente reforzada dentro del denominado control de transparencia.

¹³ La fórmula prevista en el modelo normalizado que han de emplear las entidades prestamistas, según el Anexo II de la Directiva 17/2014 es: «*Por ejemplo, si el valor del/de la [moneda nacional del prestatario] disminuyera en un 20 % con respecto a la [moneda del crédito], el valor de su préstamo aumentaría a [insértese el importe en la moneda nacional del prestatario]. El incremento podría ser incluso superior si el valor del/de la [moneda nacional del prestatario] disminuye en más del 20%.*».

¹⁴ STS (Sala Primera) de 18 de febrero de 1994, STS (Sala Primera) de 12 de noviembre de 2004 y STS (Sala Primera) de 22 de mayo de 2006.

¹⁵ SSTS (Sala Primera) de 28 de septiembre de 1996, STS (Sala Primera) de 3 de junio de 2003. Como ya dijera MORALES MORENO, A. M., Comentario al artículo 1266 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (Dir. por Albaladejo y Díaz Alabart, versión electrónica disponible en Vlex), Madrid, 1978, p. 51, «la imputabilidad del error a la parte contraria, imputación que no ha de ser necesariamente dolosa, constituye un criterio determinante de la relevancia del error».

¹⁶ Como ha advertido QUICIOS MOLINA, S., Cap. 9. La ineficacia contractual, en *Tratado de Contratos* (Dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Coords. N. Moralejo Imbernón, S. Quicios Molina), Valencia, 2.ª Ed., 2013 p. 1419, no es necesario para compensar la negligencia de la parte que sufrió el error que la otra parte haya incurrido en dolo, sino que basta que haya coadyuvado al error. Igualmente, la STS de 13 de febrero de 2007.

¹⁷ Nos parecen acertadas respecto a la relación entre incumplimiento de deberes de información precontractual y error respecto del riesgo de los préstamos en divisas las palabras de la SAP Madrid (Sec. 11.ª) 22 de julio de 2015 (RJ 2015, 20199), que transcribimos «*el incumplimiento del deber de información si bien en sí mismo no conlleva el error vicio en el consentimiento, si permite, junto con el perfil y experiencia del cliente en materia de productos financieros complejos, presumir que aquel no estuvo debidamente formado y fue emitido con desconocimiento de elementos esenciales del contrato y de sus riesgos potenciales, al basarse en suposiciones o percepciones inexactas, sin que tales carencias les sean imputables, máxime cuando las disposiciones legales que regulan la contratación en el ámbito de estos productos financieros imponen a la otra parte contratante el deber esencial de informarle con carácter previo sobre la naturaleza, objeto, funcionamiento y riesgos inherentes al producto que se va a concertar.*».

¹⁸ Hay un Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de 26 de julio de 2016, del Ministerio de Economía y Competitividad, que quitándose el problema de encima, en su artículo 5 remite la regulación de la información precontractual sobre los denominados «créditos inmobiliarios» a una ulterior reglamentación que se dicte por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹⁹ CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E. (2013), El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013. *Centro de Estudios de Consumo UCLM*, www.uclm.es/centro/cesco, septiembre de 2013, p. 12.

²⁰ Siguiendo la jurisprudencia sobre la nulidad de las cláusulas suelo por una falta de transparencia, el AAP Valencia (Sec. 6.ª) de 30 de abril de 2015 (JUR 2015, 929), enjuiciando el contrato de préstamo en divisas desde la perspectiva del carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que hacen referencia a la concertación en divisas en un procedimiento de ejecución hipotecaria, aplicando dicha jurisprudencia a los préstamos en divisas, considera tal cláusula nula porque «*no se hace referencia alguna al riesgo de fluctuación de las monedas, siguiendo los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013, tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo*», ni tampoco «*existe documentación precontractual que incluya simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del LIBOR, en relación con el Euribor en el momento de contratar*». De la misma manera, la SJPI núm. 2 Las Palmas de Gran Canaria de 30 de junio de 2015 (RJ 2015, 42689) ha

dispuesto que «Una adecuada información sobre las características y riesgos del producto a comercializar implican la posibilidad de acreditar documentalmente por parte de la entidad demandada por ejemplo, la realización de simulaciones con todos los escenarios posibles; favorecer el tiempo de reflexión facilitado al cliente, sobre la conveniencia de suscribir el producto; la facilitación de borradores de la documentación contractual para que el cliente pueda consultarlos en su casa o contrastarlos con terceras personas, con conocimientos especializados; nada de esto se ha acreditado en el presente supuesto, no existe documentación alguna que acredite una mínima labor de información por parte de la entidad demandada» y la SJPI núm. 6 Badalona 3 de julio de 2015 (RJ 2015, 42691) que «No consta que se hiciera simulación alguna de cómo afectaría al capital y a la cuota hipotecaria al producirse una hipotética situación de depreciación del euro frente al yen u otra divisa, de tal modo que el prestatario pudiera conocer la verdadera carga económica que ello le podía suponer».

²¹ Igualmente, el AAP Valencia (Sec. 6.ª) de 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 929).

²² MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013), Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), N. Moralejo Imbernón y S. Quicios Molina (Coords.), *Tratado de Contratos* (2.ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 648, señala que la condición de profesional o experto en la materia es relevante, puesto que en este caso la diligencia exigible para desvanecer el error es superior a la normal, aunque también hay que tomar en consideración si quien sufrió el error contó con el asesoramiento de letrados.

²³ En contra del criterio aquí sostenido ÁLVAREZ MORENO, M.ª T., (2015), Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 17/2014, *op. cit.*, pp. 113 y 114, considera «perniciosa» esta «subjetivización» de la solución del error vicio en función del grado de conocimiento del prestatario y que la misma información pueda ser reputada suficiente si el prestatario es un profesional del ramo y ser en cambio determinante de un vicio si el consumidor no tiene formación ni preparación alguna en esta materia. No estamos de acuerdo con la citada autora, puesto que el juicio de excusabilidad del error no se centra solo en la conducta del obligado a informar, sino también en la diligencia de quien ha padecido el error y esta diligencia tiene que valorarse de una manera dinámica en función de sus condiciones subjetivas.

²⁴ Dispuso en concreto la referida Sentencia que «La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente».

²⁵ Por su parte, la SJPI núm. 2 Las Palmas de Gran Canaria de 30 de junio de 2015 (RJ 2015, 42689) consideró que la hipoteca en divisas era un producto claramente inadecuado al perfil conservador de la prestataria y la SJPI núm. 6 Badalona de 3 de julio de 2015 (RJ 2015, 42691) consideró relevante para estimar la existencia, además de la ausencia de información explícita sobre el riesgo de las hipotecas en divisas, que el prestatario fuese florista y que no constase que tuviera conocimientos financieros previos, ni que hubiese contratado previamente productos bancarios de riesgo.

²⁶ De hecho, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR art. II-7:213) ha previsto como consecuencia natural de la concurrencia de un vicio del consentimiento que afecte solo a una parte del contrato la anulación parcial, salvo que teniendo en cuenta todas las circunstancias, no sea razonable mantener el resto del contrato. La anulación parcial por error cuando este recae solo sobre una parte del objeto del contrato, se ha admitido, si bien excepcionalmente, por ejemplo, en la STS de 10 de abril de 2001 (RJ 2001, 2027) en relación a un exceso de superficie que se había consignado erróneamente en el contrato. De la misma manera, en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (publicado en el

Boletín de Información del Ministerio de Justicia de enero de 2009), en el artículo 1309.2, expresamente se extiende la consecuencia de la nulidad parcial a los casos de «anulación», cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1309.1 En nuestra doctrina, se ha decantado a favor de la admisibilidad de la anulabilidad parcial, LÓPEZ FRÍAS, A., Clases de nulidad parcial del contrato en el derecho español, *ADC*, 1990, núm. 43-3, p. 865. En contra, MORALES MORENO, A. M., (1978), Comentario al artículo 1266 del Código Civil. En: M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (versión electrónica disponible en Vlex). Madrid: Edersa, p. 18, sostiene que la nulidad por error ha de ser la nulidad total, con exclusión de la nulidad parcial, apoyándose en las STS (Sala Primera) de 4 de diciembre de 1986 y STS (Sala Primera) de 26 de febrero de 1987, si bien admite conveniente utilizar la nulidad parcial en caso de dolo.

²⁷ En concreto, el fallo de la referida Sentencia fue «*Declaramos que el efecto de dicha nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandados es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado (270.000 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de 270.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura para el euro (EURIBOR)*». También, el AAP Valencia (Sec. 6.^a) de 30 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 929), enjuiciando el contrato de préstamo en divisas desde la perspectiva del carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que hacen referencia a la concertación del préstamo en divisas en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, consideró que «*La inaplicación de la cláusula multidivisa es perfectamente posible, como lo es también la subsistencia del préstamo con obligación de pagar intereses, pues en este caso, lo que pretende la apelante es que se resuelva que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referido a euros, resultante de disminuir al importe prestado en euros la cantidad amortizada hasta la fecha en euros tanto como principal como para intereses*». Igualmente ha declarado la nulidad parcial la SJPI núm. 2 Las Palmas de Gran Canaria de 30 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 42689), la SJPI núm. 6 Badalona de 3 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 42691), la SAP Madrid (Sec. 13.^a) 28 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 115865) y la SAP Burgos (Sec. 3.^a) 5 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 107147), entre otras.

²⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., (1994), La repercusión de la nulidad dentro y fuera del contrato. En *El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, (Cuadernos de Derecho Judicial). Madrid: Consejo General Poder Judicial, p. 84, hace alusión a la persistencia de un valor práctico para los contratantes, en relación con los fines que les llevaron a contratar. QUICIOS MOLINA, S., La ineficacia contractual. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), N. Moralejo Imbernón y S. Quicios Molina (Coords.), *Tratado de Contratos*, T.1, (2.^a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1.450, señala que el criterio para resolver la opción por la nulidad total o parcial ha de ser la situación equilibrada en que queden las respectivas posiciones de las partes sin la cláusula nula, con apoyo en la STS (Sala Primera) 8 de julio de 2002 que declaró la nulidad total de la transacción realizada como consecuencia de la ineficacia de la estipulación a favor de tercero establecida, pues el mantenimiento de la validez del resto de las estipulaciones generaba desequilibrios entre las partes. En un sentido similar, CARRASCO PÉRERA, A., (2010) Derecho de Contratos, Navarra: Thomson-Aranzadi, p. 702, considera que la nulidad total procede «si a la parte afectada por la nulidad no se le puede imponer en equidad el resto del contrato, que, por ello mismo, se presume que no hubiera consentido en su contra». La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, en su artículo 1309.1 dispone que la nulidad de alguna estipulación comportará la de todo el contrato cuando «quede esencialmente frustrada la causa según los criterios de la buena fe».

²⁹ En este sentido, ha dispuesto la SJPI núm. 8 Oviedo de 5 de diciembre de 2014 (*RJ* 2014, 1876), que «*las partes quisieron un préstamo multidivisa, en especial la demandante que es quien lo solicita. Y no se considera posible mutar un contrato que ha tenido unas especiales particularidades, en otro que es completamente distinto*».

³⁰ Argumento al que se refiere para justificar la nulidad parcial de la hipoteca en divisas la SJPI núm. 6 Badalona de 3 de julio de 2015 (RJ 2015, 42691).

³¹ En este sentido, tal y como expresa DE CASTRO Y BRAVO, el adverbio «necesariamente» contenido en la formulación del artículo 1311 del Código Civil, reclama la existencia de un «enlace preciso y directo» entre la conducta seguida y la voluntad confirmatoria, similar al exigido para acreditar un hecho por presunción en virtud del artículo 1253 del Código Civil (actual 386 de la LEC), DE CASTRO Y BRAVO, F., (2008) *Derecho Civil de España, Volumen III. El negocio jurídico y la persona jurídica*, (reedición), Madrid; Civitas, p. 514.

³² Es dudoso si este plazo ha de ser de prescripción o caducidad. Considero, con la doctrina mayoritaria, que es un plazo de caducidad, pues quien sufre el vicio tiene la potestad de anular, lo que de otra manera sería válido y, por lo tanto, con este plazo está en juego la seguridad del tráfico jurídico, así, p. ej., entienden que el plazo es de caducidad por estar en juego la seguridad del tráfico jurídico, CAÑIZARES LASO, A., (2001) *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid: Civitas, pp. 152 y 153; PASQUAU LIAÑO, M., (1997), *Nulidad y anulabilidad de los contratos*, Madrid: Civitas, p. 206; JEREZ DELGADO, C., (2011), La anulación del contrato, Navarra: Civitas, pp. 141 y 142. Por el contrario, conciben el plazo del artículo 1301 del Código Civil como de prescripción, DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN, (2005) *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Madrid: Dickynson, pp. 117 a 124 y GARCÍA VICENTE, J. R., Comentario al artículo 1301 del Código Civil, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Thomson-Aranzadi, pp. 9253 y 9254, tesis esta última que también es la mayoritariamente asumida por la Jurisprudencia, STS (Sala Primera) de 27 de marzo de 1987; STS (Sala Primera) de 23 de octubre de 1989; STS (Sala Primera) de 27 de febrero de 1997 y STS (Sala Primera) de 1 de febrero de 2002. La más reciente STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015 ha eludido pronunciarse sobre la cuestión, al ser planteada «*ex novo*» en sede casacional la naturaleza del plazo del artículo 1301 del Código Civil, como plazo de caducidad.

³³ El momento en que se conoció o debió haber conocido el error como «*dies a quo*» del plazo para anular el contrato también es el criterio que siguen otros textos de «*soft law*», como los Principios Unidroit (art. 3.2.11), el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR artículo II-7:211), así como la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil (art. 1304 del Código Civil). Este es el criterio seguido también por el Code Civil francés (art. 1314), el BGB alemán (§ 124.2), el Código Civil suizo (art. 31), el Código Civil portugués (art. 287.1) o el Codice Civile italiano (art. 1442).

³⁴ Al artículo 1939 del Código Civil también acude el régimen transitorio previsto para la reciente modificación del plazo general de prescripción para el ejercicio de las acciones personales del artículo 1964 del Código Civil de 15 a 5 años por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su Disposición Transitoria 5.º, sobre el «régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes», remite a dicho precepto, en virtud del cual «la prescripción comenzada antes de la publicación de este Código (de la Ley 42/2015 habría que entender ahora) se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuera puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción surtirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo.

(Trabajo recibido el 18-10-2016 y aceptado
para su publicación el 14-11-2016)