Id. Cendoj: 28079119912015100028
Organo: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 30/06/2015

Nº Recurso: 2780/2013

Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA

Procedimiento: CIVIL

Idioma: Español

T R I B U N A LS U P R E M O

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 323/2015

Fecha Sentencia : 30/06/2015

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Nº *:* 2780/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 20/05/2015

Ponente Excmo. Sr. D. *:* Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 19

Secretaría de Sala *:* Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por *:* LSR

Hipoteca multidivisa. Sentencia de Pleno

No aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a los profesionales y empresarios. Defectos de información y error vicio. Aplicación de la normativa MiFID. Su incumplimiento no determina la nulidad del contrato por vulneración de normas imperativas pero puede determinar la nulidad por error vicio. Trascendencia de que el prestatario, aunque sea clienteminorista, tenga perfil de experto

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.: **2780/2013**

Ponente Excmo. Sr. D.: **Rafael Sarazá Jimena**

Votación y Fallo: **20/05/2015**

Secretaría de Sala: **Ilmo. Sr. D. José María Llorente García**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: **323/2015**

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

En la Villa de Madrid, a treinta de Junio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción

procesal y el recurso de casación interpuestos por don Jacobo y doña Zaira, representados ante esta Sala por el procurador don José Ramón Cervigón Ruckauer, contra la sentencia dictada el 17 de julio de 2013 por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 273/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 304/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 97 de Madrid. Ha sido parte recurrida KUTXABANK, S.A., representada ante esta Sala por la procuradora doña Ana Prieto Lara- Barahona.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO .- El procurador don José Ramón Cervigón Ruckauer, en nombre y representación de don Jacobo, interpuso demanda de juicio ordinario contra KUTXABANK, S.A., en la que solicitaba:

« *[...] que, teniendo por presentado este escrito y los documentos que lo acompañan, con sus copias correspondientes, tenga a bien admitirlos y por entablado juicio declarativo ordinario en* EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE CLAUSULADO MULTIDIVISAS, *y subsidiaria de* ANULACION DEL CLAUSULADO MULTIDIVISAS, *de las escrituras de préstamo con hipoteca y de novación modificativa de préstamo hipotecario, otorgadas ambas ante el Notario de Madrid Don Celso Méndez Ureña, con números 736/2008 y 5.932/2009 de orden de su protocolo, y en ambos casos por ejercitada* ACCION DE RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS, *y en su día, tras sus trámites, y en mérito de lo expuesto dicte sentencia por la que sirva:*

A) *Acordar la nulidad del precitado clausulado multidivisas.*

B) *Acordar que a los fines de restitución la cantidad debida es la de704.691,45 €; resultado de restar el capital pagado (44.829,58 €) y la comisión de cambio (8.129,27 €) que nunca debió ser necesaria; si ha aumentado la deuda es por causa de la demandada que no va a ser premiada por los daños patrimoniales y morales causados al demandado por su culpa.*

C) *A estas cantidades habrán de añadirse los intereses indebidos, por lo que de conformidad con la regla de para quien resulta más fácil obtenerlo, presente un cuadro de amortización inicial y otro actual a fin de determinar la diferencia.*

D) *Fijar la deuda en euros.*

E) *Referenciar el tipo al EURIBOR.*

F) *Declarar abusivas las cláusulas Sexta bis g), k), n) y Decimoquinta*

G) *Condenar en costas a la demanda.*

»PRIMER OTROSI DIGO: Que para el caso de que S.S. estimare que el contrato no es nulo de pleno derecho, sino exclusivamente anulable,SUPLICO AL JUZGADO: Dicte sentencia por la que sirva.

A) *Acordar que se anule el clausulado multidivisas objeto del presente procedimiento.*

B) *Acordar que a los fines de restitución la cantidad debida es la de por las razones antedichas*

C) *A estas cantidades habrán de añadirse los intereses indebidos, por lo que de conformidad con la regla de para quien resulta más fácil obtenerlo, presente un cuadro de amortización inicial y otro actual a fin de determinar la diferencia.*

D) *Fijar la deuda en euros.*

E) *Referenciar el tipo al EURIBOR.*

F) *Declarar abusivas las cláusulas Sexta bis g), k), n) yDecimoquinta*

G) *Condenar en costas a la demandada [...]* ».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 6 de marzo de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 97 de Madrid y fue registrada con el núm. 304/2012. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

TERCERO.- La procuradora doña Ana Prieto Lara-Barahona, en representación de KUTXABANK, mediante escrito presentado el 11 de abril de 2012 solicitaba «*la acumulación de los autos de Juicio Ordinario seguido con elnúmero 325/2012 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 96 de Madrid y sus medidas cautelares, a los presentes autos; y previa la tramitación legal, se declare procedente la acumulación solicitada con audiencia de la contraparte, mandando en el mismo auto dirigir oficio al Juzgado del Primera Instancia núm.96 de Madrid, que conoce de los autos cuya acumulación se pretende, contestimonio de este escrito y de los antecedentes que determine y sean bastantes para dar a conocer la causa por la que se pretende la acumulación, así como las alegaciones que se formulen de contrario, requiriendo de acumulación y reclamándoles la remisión de los autos. Todo ello con imposición de costas a la contraparte si se opusiera* ».

CUARTO.- Mediante escrito presentado el 23 de abril de 2012, la procuradora doña Ana Prieto Lara-Barahona, en representación de KUTXABANK contestó a la demanda solicitando: «*se dicte Sentencia en la que se desestimen las pretensiones de la parte actora, exceptuando la pretensión de declarar abusivas la cláusulas Sexta bis g), k), n) y Decimoquinta del contrato a la que nos allanamos parcialmente, sin hacer*

especial condena de las costas causadas a mi representada y solicitando la condena en costas a la parte actora por su temeridad y mala fe ».

QUINTO.- El 15 de junio de 2012, el Juzgado de Primera Instancia núm. 96, cumplimentando un exhorto, remitió testimonio de la demanda presentada por el procurador don José Ramón Cervigón Ruckauer, en nombre y representación de doña Zaira, contra KUTXABANK, S.A., en la que solicitaba:

«[...] que) teniendo por presentado este escrito y los documentos que lo acompañan, con sus copias correspondientes, tenga a bien admitirlos y por entablado juicio declarativo ordinario en EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE CLAUSULADO MULTIDIVISAS, y subsidiaria de ANULACIÓN DEL CLAUSULADO MULTIDIVISAS, de las escrituras de préstamo con hipoteca y de novación modificativa de préstamo hipotecario otorgadas ambas ante el Notario de Madrid Don Celso Méndez Ureña, con números 736/2008 y5932/2009 de orden de su protocolo, y en ambos casos por ejercitada ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS, y en su día, tras sus trámites, y en mérito de lo expuesto dicte sentencia por la que sirva:

A) Acordar la nulidad del contenido de las páginas 12 y 13 de la escritura; la cláusula Segunda.-B) MULTIDIVISA, la frase de la página 16 donde figura "o de la última modificación de la divisa, caso de haber sidoutilizada dicha opción."; la letra B) de la cláusula TERCERA-BIS: TIPO INTERES VARIABLE, que comienza B) En divisas: Se aplicará. . ."; todas ellas por referenciarse a la operativa multidivisa.

B) Acordar que la cantidad debida es la de 704.691,45 € resultado de restar el capital pagado (44.829,58 €) y la comisión de cambio (8.129,27 €) que nunca debió ser necesaria a la suma de los 757.450,30 € que se prestaron en realidad como consta documentalmente; si ha aumentado la deuda es por causa de la demandada que no va a ser premiada por los daños patrimonialesy morales causados al demandado por su culpa.

C) A estas cantidades habrán a efectos de restitución de añadirse los intereses indebidos, por lo que de conformidad con la regla de para quien resulta más fácil obtenerlo, presente un cuadro de amortización inicial y otro actual a fin de determinar la diferencia entre lo realmente pagado y lo que debió pagarse; o la cantidad que en Sentencia o en ejecución de la misma se fijare.

D) La procedencia de fijar la deuda en euros.

E) Que el tipo de interés de referencia que figura en la cláusulaTERCERA-BIS es el EURIBOR

F) Declarar abusivas las cláusulas Sexta bis g), k), n) y Decimoquinta. G) Condenar en costas a la demandada.

PRIMER OTROSI DIGO: Que para el caso de que S.S. estimare que el contrato no es nulo de pleno derecho, sino exclusivamente anulable,SUPLICO AL JUZGADO: Dicte sentencia por la que sirva,

A) Acordar la anulación del contenido de las páginas 12 y 13 de la escritura la cláusula Segunda B) MULTIDIVISA, la frase d e la página 16 donde figura "o de la última modificación de la divisa, caso de haber sido utilizada dicha opción."; la letra B) de la cláusula TERCERA-BIS: TIPO INTERES VARIABLE que comienza B) En divisas: Se aplicará..."; todas ellas por referenciarse a la operativa multidivisa.

B) Acordar que la cantidad debida es la de 704.691,45 €; resultado de restar el capital pagado /44.829,58 €) y la comisión de cambio (8.129,27 €) que nunca debía ser necesaria a la suma de los 757.450,30 € que se prestaron de hecho; si ha aumentado la deuda es por causa de la demandada que no va a ser premiada por los daños patrimoniales y morales causados al demandado por su culpa.

C) A estas cantidades habrán a efectos de restitución de añadirse los intereses indebidos, por lo que de conformidad con la regla de para quien resulta mas fácil

obtenerlo presente un cuadro de amortización inicial y otro actual a fin de determinar la diferencia entre lo realmente pagado y lo que debió pagarse; o la cantidad que en Sentencia o en ejecución de la misma se fijare.

D) La procedencia de fijar la deuda en euros.

E) Que el tipo de interés de referencia que figura en la cláusulaTERCERA-BIS es el EURIBOR.

F) Declarar abusivas las cláusulas Sexta bis g), k), m), n), p), t) yDecimoquinta.

G) Condenar en costas a la demandada[...] ».

SEXTO.- Por Auto de 25 de junio de 2012, el Juzgado de Primera Instancia núm. 97 estimó procedente la solicitud formulada por la procuradora doña Ana Prieto Lara Barahona, en representación de KUTXABANK, S.A., de acumular a este proceso, el proceso que se encontraba pendiente ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 96 de Madrid, procedimiento ordinario 325/2012, seguido a instancia de doña Zaira contra KUTXABANK, continuando la tramitación acumuladamente.

SÉPTIMO.- Tras acumularse ambos procesos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 97 y seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 97 dictó sentencia de fecha 4 de febrero de 2013 con la siguiente parte dispositiva:

« *Fallo: Que estimando como estimo en parte las demandas acumuladas interpuestas por don Jacobo y doña Zaira, representados por el procurador D. José Ramón Cervigón Ruckauer, contra Kutxabank, S.A., representada por la procuradora D. Ana Prieto Lara-Barahona, debo acordar y acuerdo* [énfasis en mayúsculas suprimido]*:*

»1.- La nulidad relativa por error como vicio de consentimiento con relación a las escrituras de préstamo con hipoteca y de novación modificativa de préstamo hipotecario, otorgadas ambas ante el Notario de Madrid Don Celso Méndez Ureña, con número 736/2008 y 5932/2009 de orden de suprotocolo, con la consiguiente restitución recíproca entre las partes de las prestaciones que hubiesen sido objeto de los mismos, con sus intereses legales, conforme a las bases establecidas en el fundamento de derecho sexto.

»2.- Sin hacer declaración sobre las costas causadas en esta instancia».

Tramitación en segunda instancia

OCTAVO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de KUTXABANK, S.A.

La resolución de este recurso correspondió a la sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 273/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 17 de julio de 2013, cuya parte dispositiva dispone:

« *Fallamos: estimar el recurso presentado por Kutxabank contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 97 de Madrid en el procedimiento ordinario 304/2012 seguido a instancias de don Jacobo y doña Zaira revocando la misma desestimar la demanda a salvo en cuanto al parcial allanamiento. No se hace condena en las costas del recurso* » [énfasis en mayúsculas suprimido].

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

NOVENO.- El procurador don José Ramón Cervigón Ruckauer, en representación de don Jacobo y doña Zaira, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

« *1) Motivo del recurso extraordinario por infracción procesal de Don Jacobo: vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el* artículo 24 de la constitución

»2) Motivo del recurso extraordinario por infracción procesal de Doña Zaira: vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la constitución*».*

Los motivos del recurso de casación fueron:

« *I) Motivo único del recurso de casación de Don Jacobo y Doña Zaira por infracción de las normas aplicables al proceso y exceder la cuantía de 600.0006, conforme al* artículo477 de la LEC *y que se desglosan en las siguientes infracciones:*

»a) Primero. - Infracción por inaplicación de los artículos 3*,* 8*,* 60 *y* 80 del RDLeg. 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*.*

»b) Segundo.- Infracción por inaplicación del artículo 19 de la Ley36/2003, de 11 de Noviembre*, en conexión con el* artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito *y los artículos 3, 5 y 7 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de Mayo de 1994.*

»c) Tercero.- 1. "Infracción por inaplicación Capítulo II del Real Decreto1/2007, de 16 de Noviembre, sobre defensa de consumidores y usuarios, el Anejo a la Circular Contable CBE 4/2004, de 22 de Diciembre, a Entidades de Crédito sobre Normas de información financiera, pública y reservada y modelos de estado financieros, Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, artículos 5*,* 7*,* 8 *y* 10*.*

»d) Cuarto.- 1. "Infracción por la sentencia recurrida de la Doctrina y la Jurisprudencia contrarias de esa Sala en materia de error excusable en los contratos (Artículos 1.261*,* 1.262 *y* 1265 del Código Civil*"».*

DÉCIMO.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 7 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1) *ADMITIR TANTO EL RECURSO DE CASACIÓN COMO EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL, interpuestospor la representación procesal de D. Jacobo yDª Zaira contra la* Sentencia dictada el 17 de julio de2013, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), en el rollo de apelación nº 273/2013 *dimanante de los autos de juicio ordinario nº 304/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 97 de Madrid.*

»2) Y entréguense copias del escrito de interposición del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría».

UNDÉCIMO- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición a la admisión del recurso de casación, lo que hizo la representación de KUTXABANK, SA mediante la presentación del correspondiente escrito.

DUODÉCIMO.- Por providencia de 24 de marzo de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 20 de mayo de 2015, a las 10:30 horas, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Rafael Sarazá Jimena** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- D. Jacobo y Dª Zaira interpusieron sendas demandas, posteriormente acumuladas, en las que solicitaban se declarase la nulidad o anulabilidad del clausulado de las escrituras de préstamo "multidivisa" con hipoteca, otorgada el 29 de febrero de

2008, y de novación modificativa del préstamo hipotecario, otorgada el 27 de noviembre de 2009, celebradas por los demandantes con la entidad demandada, "Kutxabank, S.A." (en lo sucesivo, Kutxabank), fijar que la cantidad debida es 704.691,45 euros, resultante de restar el capital pagado y la comisión de cambio, fijar la deuda en euros, referenciarla al euribor, y declarar abusivas las cláusulas sexta bis g,k y n, y la decimoquinta.

2.- Kutxabank se allanó parcialmente a la demanda, aceptando la pretensión de declarar abusivas las cláusulas sexta bis g,k y n y la decimoquinta, y se opuso a la demanda, pues consideró que los demandantes tenían un perfil experto, al ser la esposa una ejecutiva y el marido, que era quien había contratado por sí y en representación de su esposa, administrador de varias sociedades y abogado experto en Derecho bancario y, en concreto, en hipotecas multidivisa, conocedor de su funcionamiento hasta el punto de que había solicitado dos cambios de divisa en los primeros meses de vigencia del contrato, por lo que no había existido error alguno que viciara el consentimiento contractual.

3.- El Juzgado de Primera Instancia consideró que la defectuosa información facilitada por Kutxabank llevaba a que debiera apreciarse el error en el consentimiento que viciaba el contrato, por lo que estimó en parte la demanda y acordó la nulidad relativa del préstamo hipotecario "multidivisa" por error vicio y la restitución recíproca de las prestaciones (en euros) con sus intereses legales, sin hacer imposición de las costas.

4.- Kutxabank apeló la sentencia. La Audiencia Provincial estimó el recurso, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda.

La Audiencia consideró que el incumplimiento de la normativa administrativa relativa al deber de información no puede producir por sí mismo la nulidad del contrato, aunque tiene trascendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia, era plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asumía y, en definitiva, si pudo incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones. Pero, dado el perfil de los demandantes (ejecutiva y abogado especialista en Derecho bancario e hipotecas multidivisa, administrador de varias sociedades, y que solicitó en varias ocasiones el cambio de divisas en el préstamo), no consideró que hubiera concurrido un error excusable que viciara el consentimiento. Por ello revocó la sentencia y desestimó la demanda, excepto en el extremo a que se refería el allanamiento parcial de Kutxabank.

5.- Los demandantes han interpuesto contra esta sentencia recurso extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos, y recurso de casación, basado en cuatro motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Formulación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal

1.- En el recurso extraordinario por infracción procesal se formulan sendos motivos que se refieren a cada uno de los demandantes, y que tras el epígrafe «*vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el* artículo 24 de la Constitución», incluyen el siguiente encabezamiento: «*el recurso extraordinario por infracción procesal que ahora formulamos se fundamenta en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba que ha sido vulnerada al amparo del* artículo469.1.4º LEC *en cuanto al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de la prueba no supera conforme a la doctrina constitucional el test de racionalidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el* artículo 24 CE *(* SSTS 28 de Noviembre de 2008*,* RC nº1789/03, de 30 de Junio de 2009*,* RC nº 1889/2006, de 6 de Noviembre de2009*,* RIPC nº 1051/2005 *y como señala igualmente el Acuerdo de esta SalaPrimera de 30 de Diciembre de 2011)».*

2.- El argumento fundamental que sustenta este motivo consiste en que la sentencia recurrida realiza una deficiente valoración de la prueba porque, estando calificados los demandantes como clientes minoristas, esto es, personas sin cultura financiera alguna, la sentencia otorga mayor valor al perfil profesional de los demandantes o a actuaciones de estos posteriores a la suscripción del préstamo.

Asimismo, se critica la valoración que la Audiencia ha hecho del informe pericial aportado por los demandantes y de los interrogatorios de los testigos.

Respecto de la Sra. Zaira, se alega que desconocía la operación de préstamo multidivisa porque de esas cuestiones se ocupaba quien entonces era su marido.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Desestimación de los motivos

1.- En nuestro sistema, el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que "numerus clausus" [en relación cerrada] enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba.

Por tanto, la revisión que se pretende de la valoración de las declaraciones de los testigos y del informe del perito no tiene cabida en el recurso extraordinario por infracción procesal. Tanto más cuando las mismas se refieren en su mayor parte a valoraciones de naturaleza jurídica más que fáctica.

2.- La trascendencia que la Audiencia Provincial ha dado al perfil profesional de los demandantes y a su comportamiento en los primeros momentos de la vida del préstamo, y la trascendencia que haya debido darse a su calificación como clientes minoristas, no son cuestiones atinentes a la valoración de la prueba, sino a valoraciones jurídicas de los hechos probados que constituyen la esencia misma de la cuestión sustantiva controvertida, cuya impugnación queda lógicamente fuera del cauce del art. 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Recurso de casación

CUARTO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación

1.- El recurso de casación afirma fundarse en un motivo único, que se divide en cuatro apartados. En realidad, son cuatro los motivos que se formulan, y los recurrentes malinterpretan la previsión del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que «*el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso* », considerando que donde la ley limita el ámbito del recurso de casación a la denuncia de la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (con lo que la infracción de las normas que regulan el proceso en sí solo pueden denunciarse en el recurso extraordinario por infracción procesal, si entran en alguno de los supuestos del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), se está imponiendo que el recurso de casación conste de un único motivo, cuando lo procedente es que cada infracción legal independiente se formule en un motivo separado, que es lo que en realidad realizan los demandantes en cada uno de los apartados en que subdividen el motivo.

Por tanto, se analizarán los cuatro apartados como motivos independientes, sin perjuicio de agruparlos para resolverlos conjuntamente cuando la estrecha relación que mantengan entre sí lo haga aconsejable.

2.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza así:

« *Infracción por inaplicación de los* artículos 3*,* 8*,* 60 *y* 80 del RDLeg. 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

3.- Los recurrentes consideran que le es aplicable dicha norma legal porque el contratante tiene la condición de persona física. Quedarían por tanto en el ámbito de protección del art. 8 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), que transcriben. También transcriben el art. 80 de dicho texto legal. Alegan lo que consideran constituyen infracciones de dichas normas, como, por ejemplo, que

« *el contrato y sus cláusulas, no se ajustan a la Ley de Consumidores y Usuarios* », que «*desde luego hubo vicio en el consentimiento* » o que «*existían cláusulas abusivas, que atribuían al banco derechos que mi mandante no tenía* ».

Invocan también el Real Decreto 629/1993, la Ley del Mercado de Valores, el Código de Comercio (sin especificar preceptos), los arts. 1101, 1103, 1104 y 1105 del Código Civil y « *arts. 2, 25 y 26 LGDC* », sin que se concrete cómo se infringen ni se sepa cuál es la última de las leyes citadas.

Transcriben también el art. 60 del TRLCU, invocan elart. 6.3 del Código Civil, que enlazan con los arts. 8 y 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el art. 5.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 1.a de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por no haberse ajustado la contratación al art. 79 de la Ley del Mercado de Valores, considerando que

la vulneración de normativa administrativa es susceptible de conllevar la nulidad del negocio.

QUINTO.- Decisión de la Sala. No aplicación de la normativa del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a los profesionales y empresarios. Falta de precisión en el motivo del recurso.

1.- Como recoge la sentencia de la Audiencia Provincial, en la demanda se vinculó la solicitud del préstamo hipotecario multidivisa a las actividades de promoción inmobiliaria en las que se involucró la parte demandante. La consecuencia que se extrae de lo anterior es que los demandantes no ostentaron, en esta relación jurídica, la condición jurídica de consumidores, pues no actuaban «*en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional* », como exige el art. 3 del TRLCU. No basta, por tanto, ser persona física para quedar incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2.- Lo anterior supone que carece de relevancia la alegada infracción de los preceptos legales que se invocan en el encabezamiento del motivo porque al préstamo multidivisa suscrito por los demandantes no es aplicable el régimen legal del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

3.- Además de lo expuesto, el motivo adolece de un grave defecto de técnica casacional. En cuanto a los preceptos legales que se citan en el encabezamiento del motivo, no se especifica adecuadamente cómo se produce su infracción. Baste considerar las expresiones «*el contrato y sus cláusulas, no se ajustan a la Ley de Consumidores y Usuarios* », que «*desde luego hubo vicio en el consentimiento* » o que «*existían cláusulas abusivas, que atribuían al banco derechos que mi mandante no tenía* », que se emplean, y otras similares, en las que no se concreta adecuadamente cómo la sentencia recurrida ha podido incurrir en esas infracciones legales.

Asimismo, a lo largo del desarrollo del motivo, se realiza una cita indiscriminada de normas, en ocasiones de leyes de las que no se especifica el precepto que en concreto

se considera infringido, y una alegación confusa e imprecisa de supuestas infracciones legales de naturaleza variopinta.

Hemos declarado en ocasiones anteriores que los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación se hallan sometidos a ciertas exigencias formales que se traducen, entre otras exigencias, en la necesidad de indicar con claridad y precisión la norma que se considera infringida y en la imposibilidad de acumular por acarreo argumentos inconexos determinantes de la falta de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (en este sentido, sentencias 965/2011, de 28 de diciembre, 957/2011, de 11 enero de 2012, 185/2012, de 28 de marzo, y. 557/2012, de 1 de octubre).

Los recurrentes, al formular el recurso, incurren en estos defectos. No es pertinente, puesto que no es acorde a la naturaleza de estos recursos, que la Sala proceda a realizar elucubraciones sobre cómo pueden haber sido infringidas las numerosas normas citadas de este modo, ni a reelaborar el recurso, ordenando las alegaciones fragmentarias y desordenadas, y dotándolas de contenido.

SEXTO.- Formulación de los motivos segundo a cuarto del recurso de casación

1.- El segundo motivo se inicia con este epígrafe: «*Infracción por inaplicación del* artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de Noviembre*, enconexión con el* artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito *y los artículos 3, 5 y 7 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de Mayo de 1994* ».

2.- El motivo se fundamenta, resumidamente, en que la normativa invocada exige que las características del contrato se hagan constar en las ofertas vinculantes, a entregar cuando menos tres días antes del otorgamiento del contrato, y que se informe sobre sistemas de cobertura del riesgo, por lo que, al no hacerlo, hubo una falta de información que resultaría del informe pericial presentado, que se reproduce en el recurso, tanto el informe escrito como las contestaciones orales del perito en el juicio, y

las de los testigos. Todo lo cual confirmaría que concurre error en el consentimiento que determina la nulidad del contrato.

3.- El tercer motivo se encabeza así: «*Infracción por inaplicación Capítulo II del Real Decreto 1/2007, de 18 de noviembre, sobre defensa de consumidores y usuarios, el Anejo a la Circular Contable CBE 4/2004, de 22 de Diciembre, a Entidades de Crédito sobre Normas de información financiera, pública y reservada y modelos de estado financieros,* Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, artículos 5*,* 7*,* 8 *y* 10».

4.- El motivo se fundamenta, sintéticamente, en que el incumplimiento de estas normas se traduce en un vicio esencial del consentimiento.

5.- El cuarto y último motivo del recurso de casación lleva el siguiente epígrafe: «*Infracción por la sentencia recurrida de la Doctrina y Jurisprudencia contrarias de esa Sala en materia de error excusable en los contratos (* Artículos1.261*,* 1.262 *y* 1.265 del Código Civil*)* ».

6.- Como fundamento del motivo se argumenta que la jurisprudencia de esta Sala «*ni siquiera admite que no se dé el error inexcusable cuando ambas partes son profesionales. Es más resuelve que la condición de profesional de la parte compradora, en este caso consumidora y usuaria de productos bancarios, no añade inexcusabilidad al error, en otros casos, no como este dondeinsistimos una de las partes era minorista o ignorante* ». Alegan los recurrentes que «*aunque a efectos dialécticos fuera conocedor, ni siquiera en ese caso cabría estimar que no pudo ser objeto, dadas las características del producto, de un error totalmente excusable que le condujo a padecer un error en el consentimiento de tal magnitud que el contrato no existe por falta de consentimiento válido...».*

Invocan asimismo numerosos preceptos legales, tales como el art. 1.301 del Código Civil, que considera aplicable por tratarse de un contrato viciado por la « *falsedad de la causa* », el Real Decreto 629/1993, la Ley del Mercado de Valores, el Código de

Comercio (sin especificar preceptos), los arts. 1101, 1103, 1104 y 1105 del Código Civil y «arts. 2, 25 *y* 26 LGDC» (sic), la ley 26/1984, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, el art. 7 de la Ley de Competencia Desleal, un art. 79.1 letras a,c.e y h de una ley que no identifica y que parece ser la Ley del Mercado de Valores, el art. 6.3 del Código Civil y los arts. 48, 80, 87, 91 y 118 de la «Ley General de Consumidores y Usuarios».

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. Defectos de información y error-vicio

1.- Los motivos del recurso están formulados, como el anterior, con serios defectos de técnica casacional. No se identifica adecuadamente cuáles son las infracciones legales sustantivas que se denuncian. Por el contrario, se realiza una argumentación imprecisa en la que se acumulan argumentos de tipo jurídico y fáctico, que abarcan cuestiones muy dispares, pero sin respetar las exigencias de precisión e identificación de concretas infracciones legales propias del recurso de casación.

Asimismo, se invocan como infringidos preceptos de naturaleza reglamentaria o capítulos enteros de determinadas leyes, sin especificar los preceptos legales infringidos, se invocan preceptos de leyes cuyas iniciales no se sabe siquiera a qué ley corresponden, o directamente sin indicar la ley en la que están incluidos los artículos cuyos números se indican, y asimismo se invocan preceptos legales genéricos, de contenido demasiado amplio, o preceptos muy heterogéneos e inapropiados para fundar una misma infracción legal.

Además, no se desarrolla adecuadamente cómo se produce la infracción de dichas normas legales.

2.- La única cuestión que resulta tratada con una cierta claridad es la que consiste en sostener la existencia de infracción legal en la sentencia recurrida por no haber considerado concurrente un error vicio de suficiente entidad para fundar la anulación del contrato por concurrencia de error en el consentimiento pese a haberse infringido las normas que exigen la facilitación de información adecuada al contratante.

Antes de abordar directamente la infracción legal referida, deben realizarse unas consideraciones previas sobre la naturaleza y características del negocio jurídico cuya anulación se pretende, así como sobre la normativa que regula la información que las entidades que lo ofertan deben facilitar a sus potenciales clientes.

3.- Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.

4.- Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se

aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos.

5.- En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de

4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso.

Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes « *en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado* », así como que «*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*» En el considerando trigésimo, la Directiva añade que «*[d]ebido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, 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 período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio».*

En los arts. 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.

El TJUE ha dictado una sentencia, la de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, que tiene por objeto una de estas hipotecas multidivisa. No obstante, al tratarse de una hipoteca multidivisa concedida a un consumidor, la citada STJUE aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, que en nuestro caso no es de aplicación por cuanto que, como ya se ha expresado, los demandantes no ostentaban la condición de consumidores en esta relación jurídica, por lo que no procede traer a colación dicha sentencia.

6.- La determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico para determinar cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista no es una cuestión pacífica.

La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, 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 art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley.

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.

7.- No es obstáculo para lo anterior que el art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores establezca que el art. 79.bis no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

Dicho art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores desarrolla el art. 19.9 de la Directiva MiFID, conforme al cual « *[e]n caso de que se ofrezca un servicio de inversión*

como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo ».

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., declaró que para aplicar la excepción del artículo 19.9 de la Directiva es necesario que el servicio de inversión haya estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información, constitutivas de legislación de la Unión Europea o de normas europeas comunes. Se dará este caso únicamente si el servicio de inversión formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto. Y precisó, asimismo, que lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto de la Directiva MiFID, y que determinaría la no sujeción a las obligaciones establecidas en dicha Directiva, debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate.

En consecuencia, no existiendo, cuando se concertó la operación, normativa comunitaria ni normas europeas comunes para entidades de crédito que establecieran unas obligaciones de información para las entidades financieras en relación a la concesión de préstamos en los que la determinación del importe de la cuota de amortización y el cálculo del capital pendiente de amortización en cada momento estuviera referenciado a una divisa extranjera, y que permitieran a los clientes la adecuada valoración del riesgo, la normativa reguladora de estos extremos era la normativa MiFID.

8.- Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos

deberes de información responden a un principio general: 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. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 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.

9.- En el presente caso, la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores, en concreto las relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando. La demandada ha sostenido a lo largo de todo el litigio que no estaba obligada a facilitar esa información porque la operación estaba excluida del ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores, lo que, como se ha visto, esta Sala no acepta.

10.- La siguiente cuestión que hay que resolver es la relativa a cuáles deben ser las consecuencias de esta infracción. La sentencia de esta Sala núm. 716/2014, de 15 diciembre, ha afirmado que la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró que «*si bien el* artículo 51 de la Directiva 2004/39 *prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten lasobligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el* artículo 9, apartados 4 *y* 5, de las Directiva 2004/39 *, ni cuáles podrían ser esas*

consecuencias » y que, en consecuencia, «*a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid* Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10*), apartado 27]».*

Decíamos en nuestra sentencia que, de acuerdo con esta doctrina del TJUE, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el art. 79.bis Ley del Mercado de Valores, al amparo del art. 6.3 del Código Civil. Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción especifica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79.bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores).

Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato.

11.- Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

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.

12.- La sentencia de la Audiencia Provincial considera que concurren elementos que permiten otorgar a los demandantes el perfil de clientes expertos. Son profesionales de elevada cualificación (ejecutiva, la esposa, y abogado y empresario, el marido), y el cónyuge que, por sí mismo y como representante de su esposa, llevó a cabo la contratación del producto, es especialista en Derecho bancario y en concreto en hipotecas multidivisa, que es justamente el producto cuya contratación se pretende anular por error vicio.

Sus primeras actuaciones tras contratar el préstamo multidivisa muestran que efectivamente conocía las características y los riesgos del producto: en los primeros meses solicitó en dos ocasiones el cambio de divisa (de yenes a francos suizos y viceversa, aunque el segundo cambio no se ejecutó al no abonarse la comisión de cambio de divisas), y en uno de los correos electrónicos enviados a la entidad financiera demandada, justamente con ocasión de la petición del cambio de divisas, afirmaba: « *[e]n la actual situación, y en espera de que manden la tasación, la única fórmula que tenemos de disminuir mucho el riesgo es mediante el cambio de divisa. Como sabes con el franco [suizo] hemos ganado un poquito que vamos a perder ya, con el yen hemos perdido la oportunidad de Enero al 114 pero estando en la línea del 129-132, subiendo considerablemente el dólar, es de esperar que el yen se devalúe porque si no la economía japonesa va de ala*» .

13.- Que un cliente bancario sea clasificado, a efectos de la normativa MiFID, como minorista significa que no reúne los rigurosos requisitos que la Ley del Mercado de Valores exige para ser considerado cliente profesional. Resumidamente, son clientes profesionales las entidades financieras; determinadas administraciones u organismos públicos de considerable importancia; empresarios que individualmente reúnan, al menos, dos de las siguientes condiciones: 1º que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros; 2º que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros; 3º que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros; inversores institucionales que tengan como actividad habitual invertir en valores u otros instrumentos financieros; y clientes que lo soliciten con carácter previo, y renuncien de forma expresa a su tratamiento

como clientes minoristas, siempre que se cumplan al menos dos de los siguientes requisitos: 1º que el cliente ha realizado operaciones de volumen significativo en el mercado de valores, con una frecuencia media de más de diez por trimestre durante los cuatro trimestres anteriores; 2º que el valor del efectivo y valores depositados sea superior a 500.000 euros; 3º que el cliente ocupe, o haya ocupado durante al menos un año, un cargo profesional en el sector financiero que requiera conocimientos sobre las operaciones o servicios previstos.

Ciertamente, ser cliente minorista implica una presunción de falta de conocimiento de los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las empresas de inversión. Pero no significa, como pretenden los recurrentes, que el cliente sea necesariamente un "ignorante financiero", pues puede ocurrir que clientes que no reúnan los rigurosos requisitos que la normativa MiFID exige para ser considerado como cliente profesional tengan, por su profesión o experiencia, conocimientos profundos de estos instrumentos financieros complejos que les permitan conocer la naturaleza del producto que contratan y los riesgos asociados a él, incluso en el caso de no recibir la información a que la normativa MiFID obliga a estas empresas.

14.- En el caso objeto del recurso, la sentencia de la Audiencia Provincial ha considerado, por las razones que se han expuesto, que quien contrató, personalmente y en nombre de su cónyuge, el préstamo hipotecario multidivisa, disponía de los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del instrumento financiero contratado y los riesgos asociados al mismo.

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.

Lo expuesto lleva a concluir que no existió error que viciara el consentimiento y permitiera la anulación del contrato, pues, de haber existido una representación errónea por parte del contratante, lo que es más que improbable a la vista de su cualificación profesional y de las comunicaciones escritas que mantuvo con la entidad financiera demandada, tal error no sería excusable en atención a esa cualificación profesional.

15.- La Sra. Zaira tenía una importante cualificación profesional, pues era ejecutiva de una importante empresa. Es cierto que esto, por sí solo, no supone que tenga los conocimientos suficientes para hacerse una idea cabal de la naturaleza y los riesgos del producto que contrataba, puesto que se trata de un sector de la contratación muy específico y, sobre todo, de un producto muy peculiar, que precisa de conocimientos especializados que no están al alcance de cualquier ejecutivo.

Pero al haber actuado representada por su esposo, a quien había otorgado su poder de representación para que contratara en su nombre el instrumento financiero en el que era experto, es el perfil de este el relevante para enjuiciar la existencia del error vicio. En la sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril, declaramos: « *Cuando quien se dispone a contratar otorga mandato representativo a un tercero para que realice en su nombre la negociación contractual y configure la prestación a contratar, el enjuiciamiento del error ha de realizarse respecto de dicho mandatario. Si este ha cumplido mal su cometido y no ha sabido explicar a su mandante la naturaleza y características del contrato, y en concreto del objeto de este, es cuestión que afecta al cumplimiento del mandato y a la responsabilidad del mandatario por haber cumplido mal sus obligaciones frente al mandante*» .

Lo expuesto determina que haya de desestimarse el recurso de casación.

OCTAVO .- **Costas y depósitos**

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a los recurrentes.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

F A L L A M O S

1.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por don Jacobo y doña Zaira, contra la sentencia de fecha 17 de julio de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimonovena, en el recurso de apelación núm. 273/2013.

2.- Imponer a los expresados recurrentes las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Sarazá Jimena** , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.