



**A VUELTAS CON EL ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN LA
CONTRATACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS DENOMINADOS EN DIVISA
EXTRANJERA***

Sheila Martínez Gómez
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 4 de febrero de 2021

Este trabajo tiene por objeto analizar las sentencias de apelación y casación dictadas en un mismo procedimiento sobre el error en la contratación de préstamos denominados en divisa extranjera: mientras en segunda instancia el centro de atención se sitúa en la concurrencia de error vicio, en casación adquiere especial relevancia los efectos que conllevaría la apreciación de error en el consentimiento.

I. Hechos

El 6 de agosto de 2008, D. XXX concertó con Caixa d'Estalvis de Catalunya (actualmente BBVA, S.A.) un contrato de préstamo hipotecario denominado en divisa extranjera, ascendiendo la cantidad prestada a 39.457.145 yenes japoneses (equivalente a 232.000 euros), el cual debía ser amortizado en 60 cuotas trimestrales, siendo el primer pago en

* Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2020-COB-9855 financiado con la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco de la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.



fecha 6 de noviembre de 2008 y el último el 6 de agosto de 2023, sin perjuicio de la facultad de solicitar el cambio a otra divisa.

En la escritura de préstamo se indicaba lo siguiente: «se anexa cuadro teórico de amortización del préstamo, calculado al tipo de interés inicial, del que resulta el capital pendiente, en la divisa prestada y en euros, después del vencimiento pactado de cada una de las cuotas»; además, se especificó que «el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que pueden originarse durante la vida del préstamo, exonerando a la Caja, de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción, pueda ser superior al límite pactado». El prestatario podrá ejercitar la opción multdivisa, notificando al prestamista, antes del comienzo de un periodo de intereses (siendo la duración de cada periodo de tres meses), su deseo de «satisfacer la cuota correspondiente al próximo periodo de intereses, en euros o en una de las divisas alternativas (divisas cuyo cambio haya sido publicado por Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España».

Con posterioridad, el 22 de octubre de 2010 se otorgó escritura de novación del préstamo hipotecario multdivisa, ampliándose el plazo de amortización, que se llevará a cabo mediante 88 cuotas trimestrales, efectuándose el primer pago el 5 de noviembre de 2010 y el último el 6 de agosto de 2032.

Ante el aumento de la cuota del préstamo, debido a la depreciación del euro frente al yen, D. XXX interpuso una demanda de juicio ordinario contra la entidad bancaria solicitando la nulidad de las cláusulas de opción multdivisa por error vicio en el consentimiento y dolo, así como la condena al Banco a recalcular en euros las cuotas hipotecarias y el cuadro de amortización desde la firma del contrato con un interés variable referenciado al Euribor, aplicando el exceso de pago realizado a partir del devengo de la primera cuota a la amortización anticipada del capital, más los intereses legales correspondientes.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcobendas dictó sentencia el 18 de noviembre de 2016, en la estimó la demanda y condenó a la entidad bancaria a dejar referenciado el préstamo a moneda Euro y el tipo al Euribor, aplicando el interés pactado, así como a recalcular las cuotas pagadas hasta la fecha, aplicando el exceso del pago realizado a partir de la primera cuota a la amortización anticipada del capital, más los intereses legales.



II. SAP de Madrid (Sección 10ª) núm. 95/2018 de 26 de febrero (JUR 2018\132824)

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la AP de Madrid (Sección 10ª) dictó sentencia núm. 95/2018 de 26 de febrero en la que, después de sostener que la acción de anulabilidad por error en el consentimiento *ex art.* 1301 CC ejercitada por el prestatario no había caducado, pues «la ausencia total de información impide determinar el momento en el que prestatario tuvo conocimiento pleno de haber incurrido en error al prestar el consentimiento contractual» (FJ 2º), confirmó la nulidad parcial del contrato siguiendo un razonamiento bastante ambiguo.

Tras realizar un breve recorrido por la doctrina jurisprudencial del TS respecto a la naturaleza jurídica de los préstamos denominados en divisa extranjera (Sentencias núm. 323/2015 de 30 de junio¹ y de 3 diciembre de 2015), concluye que la STS núm. 608/2017 de 15 de noviembre² zanjó finalmente el problema al señalar que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero derivado complejo, dado que «la finalidad de estas operaciones 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, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa».

Seguidamente, se adentra en las obligaciones de información de las entidades bancarias. Partiendo de la idea de que los deberes de información responden al 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*», principio que es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe [arts. 7 CC y 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL)], y tras hacer suyo el FJ 7.8 de la STS de 30 de junio de 2015, sostiene que «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».

Hasta aquí todo bien. Es ahora cuando el Tribunal parece olvidar que se ejercitó una acción fundada en la existencia de error en el consentimiento y no en cláusulas abusivas.

¹ RJ 2015\2662.

² RJ 2017\4730.



La AP recuerda que a este tipo de préstamo le es de aplicación «la normativa de protección de los consumidores y usuarios sobre cláusulas abusivas» por lo que, «siendo las cláusulas multidivisas cláusulas que definen el objeto principal del contrato (...), no sólo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas (FJ 8.10 de la STS de 15 de noviembre de 2017)».

Además, trae a colación la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (*Andriuc*, C-186/16)³, la cual precisa en el apdo. 50 que «el prestatario debe estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación determinada en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto, el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa».

Por último, reproduce el FJ 6º de la ya citada STS de 15 de noviembre de 2017 *-que es donde se recogen las alegaciones que el prestatario adujo en el procedimiento de casación para denunciar la infracción del control de transparencia que exige el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE-*: «... faltaba la información clara y comprensible sobre las consecuencias de las cláusulas multidivisa y estas no permiten conocer al consumidor su posición jurídica ni la carga económica que realmente asume. En concreto, no permite entender que el capital que se amortiza no es el que le fue entregado en euros, sino el calculado en yenes, por lo que el importe a devolver podrá ser revaluado de manera constante en función de la evolución del tipo de cambio, de modo que pese a estar pagando las cuotas del préstamo no se va a producir amortización efectiva de la deuda en euros si el contravalor en yenes se ha revalorizado. Tampoco permite conocer las implicaciones de optar por el cambio de divisa».

Tras el recorrido por el control de transparencia material e intentando reconducir el problema, de alguna manera, a la figura del error vicio, se señala que *«el prestatario carece de conocimientos sobre cuestiones relacionadas con mercados financieros; habiendo puesto de manifiesto, al responder al interrogatorio, que se dirigió a distintas entidades bancarias con la finalidad de solicitar un préstamo hipotecario que no fuera excesivamente gravoso, ofreciéndole en Catalunya Banc contratar el préstamo que ahora nos ocupa, explicándole que los pagos había que efectuarlos trimestralmente,*

³ TJCE 2017\171.



reflejándose en cada recibo el capital en euros y en yenes. No obstante (recalca la AP), la entidad bancaria no proporcionó al prestatario oferta vinculante ni folleto informativo, incluso la escritura pública para concertar el préstamo se la entregaron el mismo día de su otorgamiento. Además, la novación se llevó a cabo porque fue la solución que le ofrecieron en el banco, cuando acudió a comunicar que le resultaba imposible abonar las cuotas por su elevado importe. El testigo ZZZ, director de la sucursal donde acudió el prestatario, asegura que explicó el producto al cliente, siendo la intención de la mayoría de los clientes buscar un producto que conllevara la reducción de la cuota de amortización. El testigo añade que tan solo se le entregó al cliente una hoja impresa donde se indicaba el capital, la cuota y el cambio de divisa, tratándose de un resumen sintético; además, se explicaba el producto verbalmente, aunque no llegó a advertir al cliente de que, dependiendo de la fluctuación de la moneda, podía llegar a pagar mucho más de capital».

A la vista del resultado de las pruebas practicadas, la AP entiende que *«la entidad bancaria no proporcionó al prestatario la información necesaria para conocer las características del tipo del préstamo contratado, así como la evolución y consecuencias económicas del mismo, ausencia de información que generó la concurrencia de error en el consentimiento prestado, error esencial y excusable pues, [como se puso de manifiesto] en la sentencia de 22 de diciembre de 2009, la nulidad del contrato por vicio del consentimiento ha de fundarse en argumentos relevantes, entre los que se encuentra “la falta de información suministrada a los clientes en relación con su perfil”».*

Por consiguiente, procede a declarar la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario pues, tal y como sostuvo la STS de 15 de noviembre de 2017, «la nulidad total del contrato de préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicar más que al predisponente, lo que supone la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros), sustitución que se considera posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en que se contienen las cláusulas abusivas para no perjudicar al consumidor».

1. Comentario: ¿la falta de información sobre la incidencia de la fluctuación de la divisa en el capital fue causante de error en el consentimiento?

Como ya se ha podido adelantar, el *iter* argumentativo seguido por la Audiencia Provincial para sentenciar que la ausencia de información fue lo que *«generó la*



conurrencia de error en el consentimiento prestado» es bastante confuso. Si se ejercita una acción fundada en la existencia de error en el consentimiento (y no en la falta de transparencia de las cláusulas del contrato) y finalmente se determina la existencia del mismo, no se entiende por qué razón realiza un recorrido por el doble control (objetivo) de transparencia, prestando, de esta manera, mayor atención a la falta de información *suficiente* y no tanto al perfil del cliente y las circunstancias del caso, extremos que, como veremos, son esenciales para determinar la concurrencia o no de error en el consentimiento. No obstante, parece que la única finalidad de esta argumentación es *poder*, finalmente, declarar la anulabilidad *ex art. 1301 CC* con efectos parciales, basándose en el régimen de nulidad previsto para las cláusulas que sean abusivas por falta de transparencia.

Dejando a un lado la problemática sobre la nulidad parcial derivada de los vicios del consentimiento -a la que volveremos posteriormente (*vid infra III.1*)-, vamos a centrarnos en el *quid* de la sentencia que ahora se analiza: *el error vicio como consecuencia de un déficit de información*.

Para que el error -representación mental equivocada- pueda invalidar el consentimiento y el contrato pueda ser anulable *ex art. 1265 CC* es necesario que sea esencial y, como exige la jurisprudencia del TS, excusable.

Esencialidad del error

El error esencial es aquel que recae sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran motivado la celebración del mismo (art. 1266.I CC), esto es, el que se proyecta sobre las presuposiciones del contrato que hubieran sido la causa principal de la celebración del contrato⁴ «... de forma que los nuevos acontecimientos contradijeran la regla contractual, [pues de lo contrario], se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano (...), de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la

⁴ «[L]as circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración (...) en el momento de la perfección o génesis de los contratos -SSTS de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras-» [SSTS núm. 626/2013 de 29 de octubre (RJ 2013\8053) y núm. 387/2017 de 20 junio (RJ 2017\3115)], pues los errores solo son relevantes como vicio del consentimiento en la medida en que se incorporan a la causa concreta del contrato, dejando de ser meras y aisladas expectativas subjetivas de cada parte contratante (CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ M.J.: *Derecho de obligaciones y contratos en general*, 2.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2016, pág. 52).



asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de ganancia»⁵.

En la contratación de préstamos denominados en divisa extranjera, el error sería esencial (i) si se desconociera el carácter aleatorio del contrato, lo que es prácticamente imposible porque es sabido que tanto el índice de referencia que se adopta para fijar el tipo de interés como las divisas fluctúan constantemente en función de múltiples variables⁶, o (ii) si se desconocieran los riesgos o el alcance del riesgo de cambio de la divisa en el contrato, esto es, si se desconociera que la depreciación de la moneda nacional respecto de la divisa extranjera -la fluctuación de la moneda- incide no solo sobre la cuota de amortización a pagar en cada periodo, comprensiva de capital e intereses, sino que «es capaz de provocar la (mal llamada) reactualización y recomposición continuada del capital debido»⁷.

En el caso de autos, por lo que puede extraerse de la sentencia, el prestatario desconocía los riesgos que entrañaba haber referenciado el préstamo a la moneda del yen japonés, es decir, desconocía la incidencia del riesgo de fluctuación de la moneda sobre sus obligaciones de restitución de capital y pago de intereses, por lo que podría decirse que suscribió el préstamo bajo la creencia de que estaba contratando un préstamo en el que la «obligación de devolución poseía una prestación determinada y no determinable»⁸, sin que la evolución de la divisa afectara en este sentido.

Excusabilidad del error

El error ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable al contratante que lo padece por no ser advertido a pesar de haber empleado una diligencia media⁹, por lo que para determinar si el error es excusable o inexcusable, deberá evaluarse, *ahora sí*, la existencia de información suficiente sobre los elementos esenciales del contrato y el perfil del prestatario.

Es necesario señalar que el incumplimiento de los deberes de información y la consiguiente vulneración de la norma sectorial correspondiente no comporta la existencia

⁵ STS núm. 683/2012 de 21 de noviembre (ECLI: ES:TS:2012:7843), la cual analiza la concurrencia de error vicio en la contratación de un swap.

⁶ NAVAS NAVARRO, S.: «Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14/2015, pág. 160.

⁷ CARRASCO PERERA, A.: «Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera», en CARRASCO PERERA, A. (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2019, págs. 528, 531 y 532.

⁸ NAVAS NAVARRO, S.: «Cláusula sobre divisa... », *op.cit.*, pág. 141.

⁹ Así es exigido por la doctrina jurisprudencial del TS. Véase las SSTs de 4 enero 1982 (RJ 1982\179); núm. 726/2000 de 17 julio (RJ 2000\6803); núm. 1090/2004 de 12 noviembre (RJ 2004\6900); núm. 315/2009 de 13 de mayo (RJ 2009\4742); 683/2012 de 21 noviembre (RJ 2012\11052) y núm. 626/2013 de 29 octubre (RJ 2013\8053); núm. 119/2015 de 5 marzo (RJ 2015\716), entre otras.



de error vicio, si bien es cierto que en ámbito de la contratación de instrumentos financieros sujetos al régimen MiFID la jurisprudencia permite presumirlo¹⁰.

Dicho esto y adentrándonos en los deberes de información precontractual a los que estaba sujeta la entidad bancaria, y como bien determina la propia AP en el FJ 3º *in fine*, los préstamos denominados en divisas extranjeras, a pesar del riesgo potencial intrínseco que conlleva la concertación de los mismos, responden a la naturaleza jurídica de créditos ordinarios sujetos a las normas administrativas de transparencia bancaria (Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios¹¹, aplicable a todos los préstamos suscritos entre el 11 de agosto de 1994 y el 29 de abril de 2012, y Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios¹², aplicable a todos los préstamos suscritos a partir del 29 de abril de 2012), y no a la de instrumentos financieros sujetos a los deberes de información y evaluación que imponía la derogada LMV de 1988 en los arts. 78 a 79 *sexies* (actuales arts. 202 a 220 TRLMV) y al régimen MiFID, tal y como afirmó la STJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14, *Banif Plus Bank*)¹³ y, posteriormente, la STS de 15 de noviembre de 2017.

En efecto, ¿cuáles eran las obligaciones informativas que le incumbían a la entidad prestamista? El Tribunal de segunda instancia, sin fundamento normativo, declara que la entidad bancaria no proporcionó al prestatario oferta vinculante ni folleto informativo, no suministrando, por tanto, «*la información necesaria para conocer las características del tipo del préstamo contratado, así como la evolución y consecuencias económicas del mismo*». Sin embargo, el Tribunal olvida que la Orden de 5 de mayo de 1994 únicamente exigía en sus Anexo I y II que el folleto informativo recogiera la «*moneda del préstamo (sólo si no fuera la peseta)*» y que la oferta vinculante señalara «*las especificidades (por ejemplo, moneda de pago, cálculo del importe en pesetas de cada pago, etc.) derivadas de que el préstamo esté denominado en moneda distinta de la peseta*», respectivamente. De ello se deduce que los deberes de información precontractual que, en relación al préstamo denominado en divisa extranjera, imponía a las entidades financieras la citada Orden, no hacían referencia a los riesgos de fluctuación de la divisa, al riesgo de tipo de cambio, por lo que aunque la entidad bancaria hubiera cumplido con sus obligaciones, suministrando al potencial cliente el folleto informativo y la oferta vinculante, estos

¹⁰ SSTs núm. 840/2013 de 20 de enero de 2014 (RJ 2014\781) y núm. 559/2015 de 27 de octubre (RJ 2015\4945).

¹¹ «BOE» núm. 112, de 11 de mayo de 1994.

¹² «BOE» núm. 261, de 29 de octubre de 2011.

¹³ TJCE 2013\46.



documentos no le hubieran ofrecido ninguna información complementaria sobre la naturaleza del riesgo multidivisa.

Ahora bien, la Audiencia Provincial, antes de adentrarse en el entramado de la transparencia material y siguiendo la estela de las SSTs de 20 de enero de 2014 y 30 de junio de 2015, exige un *plus* de información como consecuencia «*del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe*», pues entiende, de manera implícita, que el cumplimiento de los deberes informativos previstos en la OM de 5 de mayo de 1994 - norma a la que no ha hecho alusión en ningún momento- no es suficiente para que un prestatario sin conocimientos en el mercado de divisas conociera el alcance real del riesgo de fluctuación de la divisa.

Pero, ¿cuál es este *plus*? El Tribunal arguye que el prestatario debería haber sido informado del riesgo de fluctuación de la divisa y del impacto que una apreciación de la divisa podría tener sobre la obligación de reembolso del capital.

Aunque al prestatario no se le hizo entrega ni del folleto informativo ni de la oferta vinculante, sí se le entregó, tal y como se desprende de la sentencia que ahora se comenta, «una hoja impresa donde se indicaba el capital, la cuota y el cambio de divisa, tratándose de un resumen sintético; además, se explicaba el producto verbalmente». No obstante, y aunque resulta sorprendente por ser el *quid* del préstamo, «no se llegó a advertir al cliente de que, dependiendo de la fluctuación de la moneda, podía llegar a pagar mucho más de capital».

Y es aquí donde deviene relevante el perfil del cliente y las circunstancias del caso. El Tribunal, sin entrar en detalles, se limita a señalar que el «prestatario carece de conocimientos sobre cuestiones relacionadas con mercados financieros (...)», a lo que hay que añadir que aunque no se tengan conocimientos *directos* sobre los mercados financieros, el nivel de estudios y el perfil de riesgo de cliente son puntos clave para determinar si el error era realmente excusable o inexcusable.

Puesto que carecemos de datos al respecto, únicamente podemos señalar que, si bien es cierto que la falta de información precontractual incide de forma en la excusabilidad del error, si de los propios términos del contrato se desprendía la incidencia que sobre las obligaciones de reembolso de capital y pago de intereses tendría la evolución de la divisa, el error sería inexcusable pues, de haber actuado con la diligencia que le era exigible, el prestatario habría conocido el impacto del riesgo de cambio sobre el capital pendiente de amortización.



III. STS (Sección 1ª) núm. 666/2020 de 11 de diciembre (JUR 2020\361555)

Por último, la entidad bancaria recurrió la sentencia de segunda instancia ante el TS porque la AP infringió el art. 1266 CC por imposibilidad de declarar la nulidad parcial de un contrato de préstamo cuando la acción ejercitada está fundada en un vicio del consentimiento.

La Sala Primera sostiene que conforme a la doctrina jurisprudencial del TS, si se llegara a apreciar, como hace el tribunal de instancia, error en el consentimiento prestado por el demandante porque desconocía los riesgos que entrañaba haber referenciado la cuenta de crédito a la moneda del yen japonés, y pudiera ser calificado de sustancial, relevante e inexcusable, «*viciaría la totalidad del contrato, pero no sólo la parte correspondiente a la divisa en que se concertó el préstamo con la subsistencia del resto del contrato*»¹⁴.

Además, apunta que las sentencias invocadas por la parte recurrida para justificar la posibilidad de una nulidad parcial que afectara únicamente a las cláusulas relativas a la opción multidivisa no resultan de aplicación a este caso, pues la acción ejercitada en aquellos casos era distinta, la de nulidad fundada en el carácter abusivo de las cláusulas relacionadas con la opción multidivisa, y esa acción no ha sido ejercitada en este caso.

Procede, por tanto, a (i) estimar el recurso de casación interpuesto por BBVA contra la SAP de Madrid (Sección 10ª) de 26 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva deja sin efecto; (ii) estimar el recurso de apelación formulado también por la entidad bancaria contra la SJPI núm. 1 de Alcobendas, cuyo fallo deja sin efecto y en su lugar acuerda desestimar la demanda formulada por el prestatario contra el banco, a quien absuelve de todas las pretensiones ejercitadas contra ella en la demanda.

1. Comentario: ¿es posible la nulidad parcial del contrato por error vicio y su posterior integración?

Una vez más, el Tribunal Supremo se resiste a admitir la nulidad parcial de un contrato cuando concurra error vicio del consentimiento. Y esto porque para poder apreciar la existencia de error es imprescindible que este se proyecte sobre elementos esenciales del contrato, de tal forma que el mismo no hubiera sido celebrado -o no en las condiciones pactadas- de no haber incurrido en error. En efecto, la apreciación de error en el consentimiento conllevaría la declaración de nulidad de la totalidad del contrato *ex art.* 1301 CC -y no solo del clausulado multidivisa-, pues dicha forma de ineficacia

¹⁴ Con cita en las SSTS núm. 450/2016 de 1 de julio (RJ 2016\4068); núm. 66/2017 de 2 de febrero (RJ 2017\389), núm. 4/2019 de 9 de enero (RJ 2019\10) y núm. 490/2020 de 24 de septiembre (RJ 2020\ 3314).



contractual recae en un elemento esencial del contrato lo cual imposibilita una declaración de nulidad parcial, y la obligación de restitución recíproca de las prestaciones de conformidad con el art. 1303 CC, por lo que el prestatario se vería obligado a devolver la totalidad del préstamo pendiente de pago de manera inmediata.

El Alto Tribunal no debería haber decretado *sin más* la improcedencia de la anulación parcial del contrato de préstamo denominado en divisa extranjera por error vicio, lo que es completamente desfavorable a los intereses del consumidor prestatario, máxime cuando en primera y en segunda instancia se dice haber quedado probado la concurrencia de error en la celebración del contrato. Además, puede que el prestatario que ejerce la acción de anulabilidad por error en el consentimiento no quiera renunciar a todo el beneficio que le reporta el contrato, sino liberarse de una parte (divisible) del contrato sobre la que haya recaído el error vicio (error parcial).

PERTIÑEZ VÍLCHEZ¹⁵, apoyándose en el art. II-7:213 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)¹⁶ sostiene que «que el error sea esencial, en los términos del art. 1266 CC, 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 CC), pues el error puede no afectar a todo su objeto, sino solo a una parte del mismo, sin dejar por ello de ser esencial». Esto es lo que ocurre, señala el autor, con los préstamos denominados en divisa extranjera, los cuales podrán subsistir como un préstamo en el que el capital y las obligaciones del prestatario estén estipuladas en euros, ya sea en virtud del principio del nominalismo monetario consagrado en el art. 1170 CC, 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, ya sea en virtud del régimen previsto en el propio contrato («opción multidivisa»), el cual establecerá la posibilidad de convertir el préstamo a euros y dispondrá el tipo de interés nominal aplicable.

Por consiguiente, y aplicando analógicamente la doctrina del TJUE plasmada en el *caso Kásler contra OTP*¹⁷ -relativa al régimen de cláusulas abusivas- según la cual «*el art. 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la*

¹⁵ PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: «Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, pág. 1222.

¹⁶ «Si alguna de las causas de anulación reguladas en la presente Sección afecta solamente a determinadas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación quedarán limitados a dichas cláusulas, salvo que, valoradas todas las circunstancias, no sea razonable mantener vigente el resto del contrato». Vid JEREZ DELGADO, C.: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia* (DCFR), Colección Derecho privado, núm. 1, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015, pág. 108. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2015-38

¹⁷ TJUE (Sala Cuarta), *Caso Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt* (C-26/13), Sentencia de 30 abril 2014 (TJCE 2014\105).



que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional» (apdo. 85), sería posible declarar la nulidad del clausulado multidivisa por error vicio sin que la nulidad de la misma arrastre la totalidad del contrato («*utile per inutile non vitiatur*»), siendo esta la consecuencia jurídica que más se adecúa a la protección de los intereses del consumidor, consecuencia que, además, ha sido plasmada en el art. 20.6 de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario¹⁸, según el cual «[e]l incumplimiento de cualquiera de las exigencias y requisitos previstos en este artículo determinarán, en favor del prestatario consumidor, la nulidad de las cláusulas multidivisa y permitirán al prestatario solicitar la modificación del contrato de modo tal que se considere que el préstamo fue concedido desde el principio en la moneda en la que este percibiera la parte principal de sus ingresos».

Lo que no es admisible es declarar la nulidad total del contrato por error vicio y posteriormente integrar el contrato nulo -tal y como han hecho el JPI y la AP- porque, en palabras de CARRASCO PERERA¹⁹, «una nulidad por error no puede conducir a que el tribunal ponga al legitimado activo en la situación contractual que hubiera querido de no haber sufrido error (...), estando sujeta esta nulidad a un régimen restitutorio “reconstruido” a partir del art. 1306 CC, [en virtud del cual] ambos sujetos estarían incurso en causa torpe, [por lo que] la solución correcta hubiera sido imponer a las dos partes sacrificios compartidos, si bien no en la misma proporción, [y] reconstruir el contrato nulo».

Por último, si se recalculara en euros las cuotas hipotecarias y el cuadro de amortización desde la firma del contrato con un interés variable referenciado al Euribor -como fue pedido por el prestatario en la demanda y a ello se condenó a la entidad bancaria en primera y segunda instancia-, el prestatario únicamente tendría derecho a que las cantidades pagadas en exceso en concepto de capital y *no en concepto de intereses* se aplicaran al capital pendiente de amortización, puesto que «la deuda de capital más intereses es muy superior a la deuda originaria de capital»²⁰.

¹⁸ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario («BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2019).

¹⁹ CARRASCO PERERA, A.: «Préstamos inmobiliarios...», *op.cit.*, págs. 537 y 538.

²⁰ CARRASCO PERERA, A.: «Una previsible y fallida sentencia: nulidad y futuro de las hipotecas multidivisas», Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO), noviembre 2017. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Nulidad_y_futuro_de_las_hipotecas_multidivisa.pdf