

SENTENCIA NÚM.:492/2017

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA PURIFICACION MARTORELL ZULUETA

DON LUIS SELLER ROCA DE TOGORES

DOÑA MARIA LUZ DE HOYOS FLOREZ

En Valencia a 2 de octubre de
dos mil diecisiete.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 000717/2017, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 000292/2016, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 27 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, representado por el Procurador de los Tribunales PAULA CARMEN CALABUIG VILLALBA y de otra, como apelado a [REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales JAVIER ROLDAN GARCIA, en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANCO POPULAR ESPAÑOL SA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 27 DE VALENCIA en fecha 8 de febrero de 2017, contiene el siguiente FALLO:

" Que estimo la demanda formulada por el Procurador D. Javier Roldan García en nombre y representación de [REDACTED] contra BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, y en consecuencia:

a) Declaro la nulidad, por falta de transparencia, de las " cláusulas multidivisa" contenidas en los dos préstamos hipotecarios, a saber, i) el de 4 de octubre de 2007, y ii) el de 4 de enero de 2008, identificados y extractados en el hecho primero del escrito de demanda, con su consecuente eliminación.

b) Como consecuencia de lo anterior, condeno a la demandada a:

(i) En primer lugar, fijar el importe de cada uno de los préstamos en la cantidad inicialmente pactada en EUROS, sin redenominación alguna al no haber operado nunca la

cláusula multidivisa, es decir, (i) 110.000 € en global, para el préstamo suscrito el 4 de octubre de 2007; y (ii) 315.000 € para el préstamo suscrito el 4 de enero de 2008, por el otro lado.

(ii) En segundo lugar, procede fijar el importe vivo del capital de ambos préstamos en EUROS, que a fecha 4 de enero de 2016 y de conformidad con el informe pericial emitido a instancias de la actora (pag 24) ascendería a:

- 100.145,47 € para el préstamo suscrito el 4 de octubre de 2007.*
- 301.437,21 € para el préstamo suscrito en fecha 4 de enero de 2008.*

Todo ello sin perjuicio de su concreción y actualización, de conformidad con las bases de cálculo sentadas en dicho informe pericial y con arreglo a las cuales y por una simple operación aritmética a los efectos del art 219.1 LEC se procederá a su liquidación, en sede de ejecución, a la fecha de declaración de sentencia.

(iii) En tercer lugar, procede la reintegración a la demandante de: la diferencia en capital, diferencia en cuotas, comisiones de cambio e intereses legales de estos últimos, pagados de más como consecuencia del efecto de la cláusula multidivisa: En este sentido a fecha 4 de enero de 2016 y de conformidad con el informe pericial (pag 24) dicha cantidad ascendería a:

- 29.479,33 € para el préstamo suscrito el 4 de octubre de 2007.*
- 65.888,59 € para el préstamo suscrito el 4 de enero de 2008.*

Todo ello sin perjuicio de su concreción y actualización, de conformidad con las bases de cálculo sentadas en dicho informe pericial y con arreglo a las cuales y por una simple operación aritmética a los efectos del art 219.1 LEC se procederá a su liquidación, con expresa inclusión de los intereses legales generados por cada uno de los cobros indebidos desde su devengo, en sede de ejecución, a la fecha de declaración de sentencia.

Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada".

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANCO POPULAR ESPAÑOL SA, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por la representación de la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A se formula recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 27 de Valencia de 8 de febrero de 2017, estimatoria de la demanda promovida por [REDACTED] [REDACTED] contra la expresada entidad, en ejercicio de la acción de nulidad de la cláusula multidivisa inserta en las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria que

relaciona en la demanda, en los términos transcritos en el primero de los antecedentes de esta resolución, que damos por reproducido para evitar innecesarias reiteraciones.

La entidad recurrente (folio 369 y los siguientes de las actuaciones) tras hacer una síntesis de la cuestión debatida con cita de las resoluciones judiciales que estimó de su interés y aplicación al caso, argumentó que el préstamo hipotecario con cláusula multidivisa no es un instrumento financiero ni le es de aplicación la normativa del mercado de valores, ni adolece, en el supuesto enjuiciado de falta de transparencia. Y alega, seguidamente que no puede apreciarse al caso el error de consentimiento contractual prestado por la actora.

Señala la apelante que la resolución recurrida apenas dedica un párrafo a la valoración de la prueba y argumenta los siguientes extremos que no se han tomado en consideración: 1) la actora es licenciada en derecho y propietaria de dos inmuebles sobre los que ha constituido garantía hipotecaria. En el interrogatorio de parte se mostró esquiva a reconocer determinados hechos. La iniciativa contractual partió de la demandante y según resulta de la testifical fue ella quien solicitó el préstamo multidivisa. 2) la prueba practicada acredita la información acerca de la existencia de riesgo en el cambio (testifical y documental) y la propia demandante reconoció su firma en el cuadro de amortización en yenes, estando expresamente advertida del riesgo de cambio. Se le dio información precontractual previa. 3) No es creíble que una licenciada en derecho desconozca siquiera lo que es una hipoteca normal, como manifestó. Incluso fue reticente a reconocer que recibía la información fiscal porque se instaló en la ignorancia absoluta.

La demandante se opuso al recurso de apelación conforme al contenido del escrito que consta unido a los folios 398 y siguientes de las actuaciones. Argumenta que la acción que ejercitó no fue la acción de nulidad por vicio de consentimiento sino la nulidad por falta de transparencia, por lo que la argumentación del recurso parte de hechos nuevos no alegados, que no pueden ser objeto de valoración en la alzada. Añade a lo anterior que la cláusula multidivisa es un instrumento financiero complejo al que se es de aplicación la normativa Mifid, destacando, al efecto que la propia sentencia apelada argumenta la irrelevancia de la invocación de dicha normativa para la resolución del concreto caso sometido a su consideración porque lo que aprecia es la falta de transparencia, y este extremo no ha sido combatido por la parte recurrente. A los anteriores argumentos incorpora el relativo a la ausencia de información contractual, ausencia de advertencias en los documentos notariales otorgados, complejidad de la cláusula controvertida y correcta valoración de la prueba practicada en la instancia, entre otros. Y terminaba por suplicar la desestimación del recurso de apelación.

Delimitado el alcance de la apelación en los términos expuestos, este Tribunal, conforme a lo ordenado en los artículos 218 y 465.5 de la LEC pasará a pronunciarse, a continuación, sobre las cuestiones planteadas por recurrente y recurrida en sus respectivos escritos.

SEGUNDO.- Este Tribunal ha tenido ocasión de examinar, en diversos casos y procedimientos la incorporación a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria de la opción “multidivisa” determinante del conocimiento de estos negocios jurídicos bajo la denominación coloquial de “hipoteca multidivisa”, como se apunta en la Sentencia de 21 de noviembre de 2016 (Rollo 1957/2016. Pte. Sr. Martínez Carrión).

Amén de la resolución citada – en la que se hace un completo análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 y de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 3

de diciembre de 2015 asunto C-312/2014, y 30 de abril de 2014 asunto C-26/13 -, esta Sala se ha pronunciado nuevamente en Sentencia de 9 de marzo de 2017 (ROJ: SAP V 1364/2017 - ECLI:ES:APV:2017:1364; Pte. Sr. Caruana Font de Mora) y en Sentencia de 26 de junio de 2017 (Rollo 375/2017, Pte. Sra. Andrés Cuenca).

Las sentencias de 21 de noviembre de 2016 y la de 26 de junio de 2017 estimaron la pretensión de nulidad ejercitada por los prestatarios demandantes con sustento en el vicio de consentimiento (en el primer caso), y en el incumplimiento del control de transparencia en lo concerniente a la incorporación de las cláusulas referidas a la opción multidivisa (en el segundo).

Hemos de añadir ahora a cuanto se ha expuesto, el reciente pronunciamiento del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (C-168/16 Ruxandra paula Andriciu y otros contra Banca Romanesca) que considera que la cláusula de que se trata forma parte del objeto principal del contrato por lo que su carácter abusivo debe examinarse con arreglo a la Directiva 93/13 en el supuesto de que no haya sido redactada de manera clara y comprensible. La obligación de reembolsar un crédito en una determinada moneda constituye un elemento esencial del contrato en la medida en se refiere a la propia naturaleza de la obligación del deudor, y recuerda que la existencia de claridad alcanza también a que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo a que se refiere la cláusula de que se trate, pues no cabe olvidar que el consumidor ha de estar en condiciones de valorar las consecuencias económicas que se deriven para él, siendo procedente el examen de todos los elementos que puedan incidir en el alcance de su compromiso. El Tribunal reitera el deber de las instituciones financieras de facilitar la información necesaria para que los consumidores puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, por lo que la información debe referirse no sólo a la posibilidad de apreciación o depreciación de la divisa, sino también a los efectos en las cuotas de las variaciones del tipo de cambio y de una apreciación del tipo de interés de la divisa del préstamo. La entidad financiera debe 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 prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa.

Se indica cuanto antecede para poner de relieve la necesidad de análisis de las concretas circunstancias concurrentes al caso a fin de obtener las conclusiones aplicables, con sustento en los criterios que resultan de nuestros pronunciamientos procedentes, a cuyo contenido nos remitimos ahora, sin perjuicio de hacer los oportunos apuntes y transcripciones cuando proceda, para evitar, en la medida de lo posible incurrir en la dinámica – que censuramos – de soportar la fundamentación de los escritos forenses y resoluciones *“en una suerte farragosa y excesiva de citas de distintas resoluciones a modo de soporte, sin despliegue alguno de vinculación de hechos y fundamentos aplicables, y con un exceso a todas luces innecesario de referencia al texto de las resoluciones, que incluye aspectos innecesarios, que ahondan en la confusión, más que solventarla”* (Sentencia citada de 26 de junio de 2017).

Dicho lo cual, pasamos al examen de los antecedentes fácticos sobre los cuales han de recaer nuestros ulteriores pronunciamientos.

TERCERO.-De lo actuado en el procedimiento y de la prueba practicada en el mismo – revisada conforme a lo ordenado en el artículo 456.1 de la LEC - se desprende:

1.- El otorgamiento en fecha 14 de octubre de 2007 de un primer contrato de préstamo hipotecario por importe de 18.185.200 yenes japoneses (documento 20 del escrito de demanda, a los folios 318 y siguientes del primero de los dos tomos que integran el expediente) y en fecha 4 de enero de 2008 un segundo contrato (documento 21,) por importe de 43.257.740,85 yenes japoneses, ampliado el mismo día (documento 22) ascendiendo el capital prestado a 51.093.000 yenes japoneses. En ambos contratos quedó incorporada una cláusula multidivisa (folios 325 a 329, en lo que concierne al primer contrato, folios 77 y sucesivos, del segundo tomo, en lo que concierne a la de 4 de enero de 2008), siendo de destacar la extensión de las escrituras públicas objeto del proceso, de manera, por ejemplo, que la de 4 de octubre de 2007 comprende 46 páginas sin contar los cuadros de amortización, la de subrogación de 4 de enero de 2008 un total de 33 páginas, o la de ampliación de 4 de enero de 2008 (folio 374 y siguientes del primer tomo) 20 páginas sin contar los cuadros de amortización.

Consta en autos incorporada a la escritura de subrogación de 4 de enero de 2008, una oferta vinculante de fecha 10 de diciembre de 2007 realizada por BANCO POPULAR a la demandante (folio 101 del tomo 2 de las actuaciones) para la subrogación de préstamo hipotecario que se identifica en el documento (19/4/2006) en la que se indica como capital inicial la cantidad de 273.000 euros y un total de 360 cuotas. Dicha oferta vinculante, en los términos en que está redactada, no aporta al Tribunal elementos de juicio relevantes a los efectos de la resolución de la controversia objeto del litigio

La escritura de subrogación fue objeto de rectificación el 31 de enero de 2008 por razón de los errores en que se había incurrido en la misma (folio 123 y siguientes del tomo segundo).

2.- Durante la vida del préstamo la entidad demandada ha remitido información a la actora a los oportunos efectos fiscales, tal y como se desprende de los documentos adjuntos al escrito de contestación a la demanda, unidos a los folios 213 y sucesivos del tomo segundo de las actuaciones.

3.- Amén de la documental aportada respectivamente por las partes, e informes periciales emitidos por NMG ECONOMIST (a instancia de la parte actora, a los folios 403 y siguientes del primer tomo) y D. RUBEN MANSO OLIVAR y DOÑA LORENA GÓMEZ FERNÁNDEZ, a instancia del BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A (folios 282 y siguientes del segundo tomo), la prueba practicada en el proceso fue la de interrogatorio de la demandante (cuya valoración hace el tribunal en los términos que resultan del artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento) y la testifical a instancia de la parte demandada, cuya valoración – por razón del vínculo laboral existencia – igualmente es valorada por el tribunal con la prudencia que exige el artículo 376 de la LEC.

CUARTO.- En el escrito de demanda, la actora ejercita la acción de nulidad por incumplimiento del deber de transparencia en la incorporación de las cláusulas controvertidas (referidas a la opción multidivisa) sin que se haya ejercitado acción de nulidad por vicio de consentimiento, tal y como se destaca en el escrito de oposición al recurso de apelación, para combatir los argumentos esgrimidos por la recurrente en orden a la inexistencia de vicio por error en el consentimiento contractual prestado por la actora (alegación tercera del recurso de apelación, folios 377 y siguientes, en el tomo segundo).

La cuestión no es baladí porque la acción que se acoge en la Sentencia es la ejercitada por la demandante (nulidad por falta de transparencia) razón por la que no podemos acoger los

argumentos de la recurrente en torno a la nulidad contractual por vicio del consentimiento, que decaen en toda su extensión por cuanto que parte de una premisa distinta de la que ha sido objeto de ejercicio y acogida en la instancia. No haremos, por tanto, consideración alguna en torno a las declaraciones de la Sra. González Salanova (a las que se refiere la recurrente en su escrito) como tampoco a las declaraciones del empleado de la actora D. Javier Narciso Navarro, en tanto en cuanto se utilizan en el motivo tercero del recurso de apelación para descartar la existencia de error vicio cuya acción no se ha ejercitado en el proceso. No se ha instado la nulidad de los contratos de préstamo descritos en el precedente razonamiento sino únicamente la nulidad de las cláusulas multidivisa con las consecuencias que se postulan en la demanda, no combatidas en el recurso de apelación.

QUINTO.- En las resoluciones dictadas por esta Sala el 21 de noviembre de 2016 y 26 de junio de 2017 citábamos la fundamentación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 en la que se declara, entre otros extremos, que *“Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros” al añadirse al riesgo de la variación del tipo de interés el riesgo de fluctuación de la moneda, identificando como riesgo específico el relativo a “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”*.

Consecuencia de ello es la exigencia de una particular obligación de información de la entidad prestamista hacia su cliente, ya por aplicación del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, ya por aplicación de los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la protección del consumidor en el marco de interpretación de la Directiva 93/13 (Sentencia de 3 de diciembre de 2015) de manera que aún cuando no se encuadrara la operación como instrumento financiero complejo sería de aplicación la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

No se discute la cualidad de consumidora de la demandante, aún afirmando su cualidad de licenciada en derecho y titular de diversos inmuebles.

Y dicho esto no vislumbramos suficiente acreditación informativa previa sobre los riesgos derivados de la fluctuación de la moneda y su incidencia sobre el capital a devolver, sin que podamos reputar suficiente la mención que se contiene en la página 10 de la primera de las escrituras, cuando se dice, sin destacado ni resaltado alguno (ni ulteriormente en el apartado final de advertencias del documento) que: *“la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a Banco Popular Español SA de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la moneda que, según el caso sea contratada, pueda ser superior al límite pactado.”* Y más aún si se toma en consideración la propia duración del préstamo. (Idéntica conclusión para el segundo de los contratos, página 15 de la escritura, folio 79 del segundo tomo).

Como decíamos en las resoluciones citadas ut supra, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 la falta de información precontractual no se suple con la información que el propio contrato pueda suministrar al consumidor.

En la Sentencia de 26 de junio pasado – relativa a un litigio entre Auge y Bankinter – decíamos: *“Es evidente que la contratación de una hipoteca ha de comportar conocer, en su integridad, la carga económica que implica y se asume, y no tanto la -imposible- evolución de futuro de la divisa de cambio en que se deben satisfacer las cuotas, sino que tal evolución, de ser negativa, va a implicar que la deuda, en forma paradójica, pese al abono y a la amortización de cuotas, no solo no decrezca, sino que se incremente. Entendemos que un consumidor medio, no suficientemente informado, como los aquí contratantes, que ni siquiera hicieron uso de una opción de cambio existente -sin duda porque desconocían tal posibilidad o no calibraron o fueron informados de los efectos de la misma- sin que tampoco se haya acreditado, por razón de ninguna circunstancia personal, por qué razón optaron por instrumento de endeudamiento tan complejo, y en tal tesitura, el segundo nivel de transparencia no puede entenderse cumplido”*.

De cuanto se ha expuesto, y por aplicación de los criterios precedentemente expuestos concluimos, en el supuesto enjuiciado, en la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia apelada, que no ha sido combatida en cuanto a los efectos determinados en la misma.

SEXTO.- Pronunciamiento sobre costas y depósito.

Las costas de la apelación, deben imponerse a la parte demandada apelante por aplicación del principio de vencimiento derivado de la desestimación del recurso, con arreglo al contenido del artículo 398 de la LEC.

También se declara la pérdida del importe del depósito constituido para recurrir a que se refiere la Disposición Adicional 15 de la LOPJ.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 27 de Valencia de 8 de febrero de 2017, que confirmamos, con imposición a la recurrente de las costas procesales causadas en la alzada y pérdida del importe del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.