

ROLLO NÚM. 001090/2017

K

SENTENCIA NÚM.: 686/17

Ilustrísimos Sres.:
MAGISTRADOS
GONZALO CARUANA FONT DE MORA
MARIA LUZ DE HOYOS FLOREZ
SALVADOR U. MARTINEZ CARRION

En Valencia, a 20-12-2017.

Vistos por la Sección Novena de la Ilna, Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA MARIA LUZ DE HOYOS FLOREZ**, el presente rollo de apelación número 001090/2017, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 001226/2016, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 25 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a **BERNAL COLOMINA**, y representado por el Procurador de los Tribunales PAULA ARCE, y de otra, como apelado a CAIXABANK, SA representado por el Procurador de los Tribunales MARGARITA SANCHIS MENDOZA, y asistido del Letrado MANUEL MARTINEZ GONZALEZ, en virtud del recurso de apelación interpuesto por **CAIXABANK SA**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 25 DE VALENCIA en fecha 12-05-2017, contiene el siguiente FALLO: "que desestimando la demanda interpuesta por **CAIXABANK SA** contra **CAIXABANK SA** deba absolver y absolver a dicha demandada de todas las pretensiones formuladas de contrario, sin imposición de costas."

SEGUNDO. - Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por **CAIXABANK 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 **D. CAIXABANK SA** se formula recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 25 de Valencia de 12 de mayo de 2017, desestimatoria de la demanda promovida por su representado contra la entidad CAIXABANK, S.A., en ejercicio de la acción de nulidad relativa/anulabilidad de la cláusula multiválida inserta en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria que relaciona en la demanda, en los términos transcritos en el primero de los antecedentes de esta resolución, ello, al estimar caducada la acción descrita.

La parte recurrente (folio 446 y los siguientes de las actuaciones) tras hacer una síntesis de la cuestión objeto de debate y de los hechos controvertidos y de los que estima probados, con cita de las resoluciones judiciales que consideró de su interés y aplicación al caso, argumentó como motivos de la apelación:

1) "Infracción por inaplicación a aplicación indebida del artículo 1301 del Código Civil y concordantes así como de la normativa aplicable al caso". El día de inicio del plazo de caducidad, siendo el contrato litigioso de trazo sucesivo, debe de situarse en el momento de la consumación del contrato, esto es, cuando el mismo hubiese vencido y se hubieren realizado y cumplido todas las prestaciones de ambas partes. En otra línea jurisprudencial, el inicio del cómputo para la caducidad no puede basarse en presunciones o valoraciones que puedan actuar en perjuicio del consumidor, exigiéndose a la entidad financiera prueba de que cliente tiene un conocimiento cabal y completo de la causa que justifica el ejercicio de la acción.

2) "Infracción por inaplicación o aplicación indebida de la normativa legal y jurisprudencial aplicable al caso." Se defiende que el consentimiento prestado por el Sr. **CAIXABANK SA** en la contratación litigiosa estuvo viciado por error al carecer de un conocimiento adecuado del producto contratado debido al incumplimiento por la entidad bancaria demandada de los deberes de información que le impone la normativa bancaria, la normativa de protección de los consumidores así como la normativa del Banco de España en contrataciones con consumidores.

La entidad demandada se opuso al recurso de apelación conforme al contenido del escrito que consta unido a los folios 493 y siguientes de las actuaciones. 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 la parte recurrente en su escrito de recurso.

SEGUNDO. - Respecto de la caducidad de la acción de nulidad, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.301 del Código Civil, en la instancia se estimó que,

interpuesta la demanda en el mes de julio del año 2016, el actor fue conocedor de las consecuencias de la operación bancaria litigiosa, cláusula multivisa, dada la apreciación del yen, moneda de referencia en el contrato, en el mejor de los casos en el año 2010, cuando, vistos los efectos de la contratación la protestó ante el Banco tai y como puso de manifiesto el testigo que depuso en el acto de Juicio, empleado de la demandada, por lo que declaró caducada la acción. Pues bien, el criterio defendido por la entidad demandada y acogido en la instancia, no puede ser compartido por la Sala, toda que en el supuesto de autos se estaría ante un caso de nulidad radical o absoluta, equivalente a la inexistencia contractual, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente (S.T.S. 6-9-06), resultando inaplicable el art. 1.301 del C.C., ya que el plazo de cuatro años procede respecto de los contratos en los que concurren los requisitos del art. 1.261 del C.C., y las relaciones afectadas de nulidad absoluta no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo al ser imprescriptible la acción de nulidad (S.s. T.S. 22-11-83, 25-7-91, 8-3-94, 27-2-97, 20-10-99, 21-1-00...).

Por lo expuesto el primer motivo de la apelación debe de ser acogido.

TERCERO.- Por lo que respecta al fondo del asunto, pusimos de manifiesto en Sentencia nº 528/2017, de esta Sala de fecha 17 de octubre de 2017, Rollo 1170/2017. Pte. Sra. Martorell Zulueta: "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 multivisa", como se apunta en la Sentencia de 21 de noviembre de 2016 (Rollo 1957/2016. Pte. Sr. Martínez Carrón).

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 376/2017, 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 multivisa (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 Andriuc y otros contra Banca Romaneasca) 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 farfagos y excesiva de citas de distintas resoluciones a modo de soporte, sin desplegar 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 abundan en la confusión, más que solventarla" (Sentencia citada de 26 de junio de 2017)."

Y, para cierre de cuanto antecede, es de conveniente cita la Sentencia dictada por el TS el pasado 15 de noviembre de 2017, (STS 608/2017) por la que se adapta la doctrina de la Sala Primera a la jurisprudencia del TJUE que, en el denominado caso Banif Plus Bank, consideró que las operaciones de cambio de divisa, accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto del propio préstamo, sino únicamente una modalidad indisoluble de ejecución de éste y, dado que la definición de los instrumentos financieros a efectos de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión, Directiva MIFID, que los tribunales españoles deben de aplicar de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, se concluye que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la LMV, situación que no excluye la sujeción de las entidades financieras que conceden estos préstamos a las obligaciones de información que establecen las normas de transparencia bancaria y las de protección de consumidores y usuarios, en los casos en que el prestatario tenga la condición de consumidor. Desde lo expuesto, el Tribunal concluyó, en el supuesto objeto de la casación, que las cláusulas multivisas no fueron objeto de negociación, que la entidad financiera no expuso adecuadamente a los prestatarios la naturaleza de los riesgos relativos a la denominación en divisas del

préstamo y su equivalencia con el euro, razones generadoras de un grave desequilibrio para los clientes, que determinan la nulidad parcial de préstamo analizado y la eliminación de las referencias a la denominación del préstamo en divisas que pasa a ser un préstamo concedido en euros y que en dicha moneda debe de ser amortizado.

CUARTO.- Pasando al examen de los antecedentes fácticos sobre los cuales han de recaer nuestros ulteriores pronunciamientos, 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 7 de mayo de 2008 de contrato de préstamo hipotecario por importe de 28.418.621 yenes japoneses (documento 1 del escrito de demanda). En dicho contrato quedó incorporada una cláusula multdivisa, siendo de destacar la extensión de la escritura pública objeto del proceso que comprende 39 páginas.

2.- Amén de la documental aportada respectivamente por las partes, la parte actora, escritura del préstamo hipotecario objeto de autos, acreditativa de su formación académica de ingeniero técnico industrial e informe pericial emitido por D^a Nuria María García Pascual y D^a Esperanza Merodio Pardo de Vera, y por la demandada, relativa a la formación y actividad empresarial del actor, propuesta ilegible del préstamo objeto del proceso e información privada e interna de la financiera en solicitud de la formalización del contrato y certificado sobre el número de préstamos suscritos por la demandada en la modalidad litigiosa, la prueba practicada en el proceso fue la de la testifical a instancia de la parte demandada, cuya valoración – por razón del vínculo laboral existencia – habrá de ser realizada por el Tribunal con la prudencia que exige el artículo 376 de la LEC.

QUINTO.- En el escrito de demanda, la actora ejercita la acción de "...nulidad relativa/anulabilidad parcial referente a la cláusula multdivisa de préstamo hipotecario..." con fundamento "...en el error en el consentimiento por vicio de consentimiento ya que el Sr. Hervás no fue informado de la verdadera naturaleza y de los riesgos del producto contratado..."

Desde lo expuesto, 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 encuadrase la operación como instrumento financiero complejo sería de aplicación la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

No discutida la cualidad de consumidora de la parte demandante, no se vislumbra acreditación informativa alguna previa, ni suficiente ni bastante, sobre los riesgos derivados de la fluctuación de la moneda y su incidencia sobre el capital a devolver. Ciertamente es que poco tiempo después de la contratación se planteó la que podría ser la peor de las situaciones posibles al apreciarse de forma más que considerable la moneda de referencia en la operación financiera, el yen japonés, pero no obra en las actuaciones, prueba alguna referente a que el actor fuese informado de esta u otras posibilidades y/o riesgos de plena incidencia sobre la contratación, no constan simulaciones de los posibles escenarios con los que el consumidor podía encontrarse para atender su obligación de restitución del capital recibido en préstamo en función de la fluctuación de los tipos de cambio de la divisa. A tal efecto, no podemos reputar suficiente las menciones y advertencias notariales que constan en la escritura, por cuanto que, las mismas únicamente hacen referencia al importe recibido en yenes japoneses, a la obligación de restituirlo en la misma moneda, a su contravalor en euros y a un conocimiento absolutamente genérico e indeterminado de los riesgos de la operación contratada, más aún si se toma en consideración la duración del préstamo, fecha vencimiento mayo de 2038. Sobre la materia pusimos de manifiesto en las resoluciones antes citadas, que la falta de información precontractual no se suple con la información que el propio contrato pudiera suministrar al consumidor.

De nuevo es preciso remitirse a la sentencia ya citada de esta Sala de 17 de octubre de 2017: "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 incrementa. 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 testitura, el segundo nivel de transparencia no puede entenderse cumplido"."

Lo expuesto supone rechazar la teoría de los actos propios invocada por la demandada para no atender las pretensiones del Sr. [REDACTED] poca mala fe puede advertirse, en quien, sin recibir beneficio alguno a cambio, ni protesta la operación financiera ni solicita su modificación a un tipo de divisa cuyo cambio pudiera ser más beneficioso. tal situación, en lógica interpretación, solo puede producirse por un absoluto y esencial desconocimiento de las características, naturaleza y efectos de la contratación, sobre el objeto del contrato, determinado por una insuficiente información sobre las mismas, dado que, no se ha acreditado que el prestatario conociese las consecuencias económicas que le reportaría la suscripción del contrato en yenes japoneses, como se ha puesto de manifiesto, no consta información concreta alguna sobre la eventualidad de que, pese al abono puntual de las cuotas, con el transcurso de los años, tal y como ha sucedido, la cantidad adeudada podría ser superior a la prestada. No basta ni es suficiente informar de un genérico riesgo del tipo de cambio siendo preciso conocer el efectivo alcance y consecuencias del producto contratado a lo largo de toda su vigencia.

De conformidad con cuanto antecede, procede acoger la apelación y, con estimación de la demanda rectora del proceso, se declara la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por los litigantes en fecha 7 de mayo de 2008 en lo referido a la "opción multidualisa", subsistiendo el contrato en lo restante no afecto por la nulidad, fijando el capital prestado en 174.240'47 euros y, condenando, como consecuencia de la declaración de nulidad, a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades percibidas en exceso de cada una de las cuotas ya devengadas y de las que vayan devengando al quedar referenciado el préstamo a la moneda euro según la paridad a fecha de contratación, más el interés legal de dichas cantidades desde la fecha de su devengo, debiendo de asumir el banco los gastos que pudieran derivarse el cumplimiento de lo acordado.

SEXTO.- No se efectúa expresa imposición a ninguno de los litigantes de las costas de la alzada, dada la estimación del recurso con arreglo al contenido del artículo 398 de la LEC.

Por lo que respecta a las costas de la instancia, serán de cargo y cuenta de la entidad demandada por operatividad de lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC.

También se declara la restitución 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

ESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de D^o [REDACTED] contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 25 de Valencia de 12 de mayo de 2017, que **REVOCAMOS**, con

estimación de la demanda rectora del proceso, se declara la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por los litigantes en fecha 7 de mayo de 2008 en lo referido a la "opción multidualisa", subsistiendo el contrato en lo restante no afecto por la nulidad, fijando el capital prestado en 174.240'47 euros, condenando, como consecuencia de la declaración de nulidad, a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades percibidas en exceso de cada una de las cuotas ya devengadas y de las que vayan devengando al quedar referenciado el préstamo a la moneda euro según la paridad a fecha de contratación, más el interés legal de dichas cantidades desde la fecha de su devengo, debiendo de asumir el banco los gastos que pudieran derivarse el cumplimiento de lo acordado, ello, con imposición a la demandada de las costas procesales causadas en la instancia, sin efectuar expresa imposición de las ocasionadas en la alzada y acordando la restitución a la parte apelante 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.