

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Decimotercera
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 3 -
28035
Tfno.: 914933911
37007740
N.I.G.: 28.065.00.2-2016/0000247



(01) 31194953943

Recurso de Apelación 190/2017

O. Judicial Origen: Juzgado Mixto nº 01 de Getafe
Autos de Procedimiento Ordinario 34/2016

APELANTE: CAIXABANK SA
PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

APELADO: D./Dña. [REDACTED] y D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. JOSE ANDRES CAYUELA CASTILLEJO

SENTENCIA N° 381/2017

TRIBUNAL QUE LO DICTA

ILMO. SR. PRESIDENTE
D. CARLOS CEZON GONZÁLEZ
ILMOS. SRES. MAGISTRADOS
D. JOSÉ GONZÁLEZ OLLEROS
Dña. M^a CARMEN ROYO JIMÉNEZ
Siendo Magistrado Ponente **D. CARLOS CEZON GONZÁLEZ**

En Madrid, a trece de octubre de dos mil di ecisiete. La Sección n
Decimotercera de l a Audiencia Provi ncial de Madrid, com puesta por los
Señores Magistrados expresados al margen , ha visto en grado de apelación los
autos de Juicio Ordinario sobre nulidad parcial de contrato de préstamo
hipotecario multidivisa, procedentes del Juzgado de Pri mera Instancia nº 1 d e
los de Getafe, seguidos entre partes, de una, com o dem andantes-apelados D.
[REDACTED] y DOÑA [REDACTED]
[REDACTED] representados por el Procurador D. José Andrés
Cayuela Castillejo y asistidos del Letra do D. César de Vega Ruiz, y de otra,
como demandado-apelante CAIXAB ANK, S.A., rep resentado por el
Procurador D. Miguel Ángel Montero Re iter y asistido del Letrado D. Manuel

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Juzgado de Primera Instancia Uno de los de Getafe, en el indicado procedimiento de juicio ordinario número 34/2016, se dictó, con fecha 19 de diciembre de 2016, sentencia con Fallo del siguiente tenor:

“Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. José Andrés Cayuela Castillejo en nombre y representación de D. [REDACTED] Y D^a [REDACTED] contra CAI XABANK S.A., representado por el Procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, sobre nulidad de préstamo hipotecario multidivisa, debo declarar y declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito con la entidad Banco de Valencia S.A en fecha 13 de abril de 2007, constando en la escritura pública otorgada por el Notario D. [REDACTED] con el número [REDACTED] de su protocolo, en todo lo referido a la opción multidivisa, declaración que conlleva que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciada en euros, resultante de disminuir al importe prestado (529.960 euros) la cantidad amortizada, también en euros, en concepto de principal e intereses y que referido contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo lo fue de 529.960 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura de modificación del préstamo, EURIBOR + 1,35.

”Igualmente debo de condenar y condeno a la parte demandada a estar y pasar por estas declaraciones y a soportar los gastos que pudieran derivarse de

su efectivo cumplimiento, con expresa condena en costas a la parte demandada”.

SEGUNDO. Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la demandada, Caixabank S.A.

TERCERO. Las actuaciones fueron registradas en esta Audiencia Provincial el 23 de marzo último. Correspondió, por reparto, el conocimiento del recurso a esta Sección Decimotercera. Fue incoado el correspondiente rollo y se asignó ponencia, con arreglo a las normas preestablecidas al efecto. Se señaló para la DELIBERACIÓN, VOTACIÓN y FALLO del recurso el día 4 de octubre de este año y dicho día fue examinada y decidida la apelación por este Tribunal.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Tribunal acepta los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida.

SEGUNDO. [-Uno.-] Don [REDACTED] y doña [REDACTED] [REDACTED] reclam an en la presente *litis* frente a Caixabank S.A. (Caixabank en lo sucesivo) una resolución por la que se declare —por dolo, por error en el consentimiento o por abusividad por falta de transparencia (redacción no clara ni comprensible) de determinadas cláusulas— la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito con la entidad Banco de Valencia S.A. (antecedora de la demandada Caixabank; Banco de Valencia en adelante) en fecha 13 de abril de 2007, en todo lo referido a la opción multidivisa convenida, conllevando tal declaración que la cantidad adeudada es

el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, resultante de disminuir al importe prestado (529.960 euros) la cantidad amortizada, también en euros, en concepto de principal e intereses; y que tal contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo lo fue de 529.960 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura de modificación del préstamo, esto es el Euribor más 1,35. Con condena a Caixabank a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la petición precedente, se interesa por los actores la declaración de nulidad total del contrato, conllevando tal declaración que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, resultante de disminuir al importe prestado (529.960 euros) la cantidad amortizada, también en euros, en concepto de principal e intereses, con condena a Caixabank a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

En cualquier caso, con imposición de las costas a la demandada.

[-Dos.-] Fue objeto del préstamo del año 2007 la cantidad de 85.421.072 yenes japoneses cuyo contravalor aproximado en euros, utilizando un tipo de cambio informativo y no operativo de 161,184, ascendía a la suma de 529.960 euros. La obligación de la parte prestataria y, por lo tanto, el endeudamiento contraído con el préstamo, lo era por el importe y clase de moneda expresada, salvo en los casos en que hiciese uso de la cláusula multidivisa (pacto quinto: los prestatarios pueden optar por modificar la divisa en que se haya efectuado

la disposición por cualquier otra divisa de las cotizadas en España, con comunicación escrita al banco en los tiempos establecidos). La finalidad del préstamo era, por una parte, financiar la adquisición de la vivienda adquirida el mismo día (en la calle Octavio Paz, de Móstoles), que los prestatarios manifestaron constituía su vivienda habitual, y, por otra parte, cancelar el préstamo hipotecario del Banco Popular Español que gravaba la vivienda que hasta entonces habían venido ocupando los prestatarios, en la calle Pasión, de Getafe (pacto primero). Las cuotas de amortización, comprensivas de capital e intereses serían en total 360, venciendo todas ellas los días 5 de cada mes, siendo la primera la del día 5 de junio de 2007 y la última el 5 de mayo de 2037. Especialmente se convenía que la parte prestataria debía realizar durante el primer año de vigencia del préstamo una o varias amortizaciones anticipadas, de forma que al final de ese primer año el capital pendiente de pago en la divisa en la que sea de aplicación, como consecuencia de la cláusula multidivisa, sea un contravalor de 318.917,87 euros, confeccionándose al inicio del segundo año una nueva tabla de amortización (pacto segundo). A partir del primer trimestre de la vigencia del préstamo, y con la misma periodicidad, el interés se revisaría quedando determinado en el resultado de incrementar en 1,35 puntos porcentuales sobre el tipo de referencia LIBOR de la divisa en que se concertó el préstamo (pacto cuarto). En virtud de la cláusula multidivisa los prestatarios podían optar por modificar la divisa en que se haya efectuado la disposición por cualquiera de las cotizadas en España, comunicándolo al banco dos días hábiles de mercado antes del vencimiento de cada período de interés convenido. En caso de que la parte prestataria optase por el euro como clase de moneda del préstamo, el tipo de interés aplicable a la operación sería el Euribor incrementado en 1,35 puntos porcentuales (pacto quinto). En garantía de las obligaciones contraídas en el contrato de préstamo, los prestatarios constituyeron hipoteca en favor de Banco de Valencia sobre las fincas

mencionadas de la calle Octavio Paz (4344 del Registro de la Propiedad de Getafe número Dos) y de la calle Pasión (24486 del Registro de la Propiedad Uno de Getafe), propiedad de los dos demandantes, la primera con carácter ganancial y la segunda con carácter privativo y por mitad y en proindiviso (pacto decimoctavo).

El citado préstamo hipotecario multividua fue objeto de las novaciones siguientes:

-En escritura de 14 de abril de 2008 se prorrogaba por un año, a contar de la fecha del otorgamiento de la escritura de novación, el plazo para realizar una o varias amortizaciones anticipadas, de forma que el capital pendiente de pago en la divisa en la que sea de aplicación fuese un contravalor de 318.917,87 euros, según lo convenido en el pacto segundo de la escritura de abril de 2007, de forma que quedaba fijada como fecha tope para tal amortización el 13 de abril de 2009; con advertencia por el notario a la parte prestataria sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio —página 16, en el apartado de otorgamiento— (documento 2 de los de la demanda).

-En escritura de 28 de abril de 2009 (-i.-) se añadía una cláusula conforme a la cual si el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar fuere superior en un 20 por ciento al importe en euros en el préstamo inicialmente concedido, los prestatarios deberían realizar una amortización extraordinaria del capital por el importe en que se cuantifique el exceso; con expresión de las consecuencias de no llevarse a cabo tal amortización; (-ii.-) se prorrogaba por un año, a contar de la fecha del otorgamiento de la escritura de novación, el plazo para realizar una o varias amortizaciones anticipadas, de forma que el capital pendiente de pago en la divisa en la que sea de aplicación fuese un contravalor de 318.917,87 euros, según lo convenido en el pacto

segundo de la escritura de abril de 2007 y en la novación precedente, de forma que quedaba fijada como fecha tope para tal amortización el 13 de abril de 2010; en el momento en que se produjese la amortización pactada el importe del préstamo restante pasaría a euros, quedando el banco facultado para llevar a cabo esta sustitución de divisa; (-iii. -) pignoración de una imposición a plazo fijo de 12.000 euros de la que eran titulares los prestatarios y (-iv.-) pignoración de rentas obtenidas del arrendamiento de la finca hipotecada de la calle Pasión, registral 24486; con advertencia por el notario a la parte prestataria sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio —página 26, en el apartado de otorgamiento—; y en el exponendo II, página 12, se decía:

“Que en la escritura de préstamo reseñada, dentro de la cláusula «PRIMERA.- CONCESIÓN DEL PRÉSTAMO, IMPORTE Y FORMA DE ENTREGA», se convino que la parte prestataria asumirá a los riesgos que pudieran originarse por los diferentes tipos de cambio que estuvieran en vigor en cada momento, que incluso pudieran determinar que el contravalor en euros de la cantidad pendiente de amortización en algún momento, fuese superior al nominal inicial en euros del citado préstamo”

(documento 3 de los de la demanda; en la copia simple que se presenta existe un error material evidente, al figurar datada en 28 de abril de 2008; es manifiesto que la fecha del otorgamiento tuvo que ser en el año 2009, puesto que en su estipulación primera se concierda una prórroga de un año, a contar desde la fecha del otorgamiento, que termina el 13 de abril de 2010; además la escritura incorpora dos notas simples registrales emitidas el 27 de abril de 2009 y copia de un contrato de arrendamiento datado el 29 de diciembre de 2008; no se discute en el proceso la efectividad de la errata, aunque las partes se refieren a esta escritura, en distintos escritos, como de 28 de abril de 2008 y no como de

28 de abril de 2009).

-En escritura de 14 de abril de 2010 se prorrogaba por un año, a contar del 13 de abril de 2010, el plazo para realizar una o varias amortizaciones anticipadas, de forma que el capital pendiente de pago en la divisa en la que sea de aplicación fuese un contravalor de 318.917,87 euros, según lo convenido en el pacto segundo de la escritura de abril de 2007 y en la novación precedente, de forma que quedaba fijada como fecha tope para tal amortización el 13 de abril de 2011; en el momento en que se produjese la amortización pactada el importe del préstamo restante pasaría a euros, quedando el banco facultado para llevar a cabo esta sustitución de divisa; con advertencia por el notario a la parte prestataria sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio —página 16, en el apartado de otorgamiento—; en la estipulación tercera, página 13:

“Cuantos gastos y tributos sean consecuencia del otorgamiento y tramitación de esta escritura pública, de su inscripción registral, serán de exclusiva cuenta de la parte prestataria, haciendo constar expresamente el representante de la entidad acreedora que la presente modificación devenga una comisión del 1 por ciento del importe que debería haber sido amortizado, 303.931 euros, teniendo en cuenta que la deuda a fecha 14 de abril de 2.010 asciende a 622.849 euros y que la cantidad pendiente de pago debería ser 318.917,87 euros”

(documento 4 de los de la demanda).

-En escritura de 8 de abril de 2011 se prorrogaba por dos años, a contar del 8 de abril de 2011, el plazo para realizar una o varias amortizaciones anticipadas, de forma que el capital pendiente de pago en la divisa en la que sea de aplicación fuese un contravalor de 318.917,87 euros, según lo convenido en el pacto segundo de la escritura de abril de 2007 y en la novación precedente,

de forma que quedaba fijada como fecha tope para tal amortización el 8 de abril de 2013; en el momento en que se produjese la amortización pactada el importe del préstamo restante pasaría a euros, quedando el banco facultado para llevar a cabo esta sustitución de divisa; con advertencia por el notario a la parte prestataria sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio —página 16, en el apartado de otorgamiento—; y en la estipulación tercera, página 13:

“Cuantos gastos y tributos sean consecuencia del otorgamiento y tramitación de esta escritura pública, de su inscripción registral, serán de exclusiva cuenta de la parte prestataria, haciendo constar expresamente el representante de la entidad acreedora que la presente modificación devenga una comisión del 1 por ciento del importe pendiente a fecha de hoy, 627.379 euros”

(documento 5 de los de la demanda).

-Y en escritura de 31 de mayo de 2013 se prorrogaba por dos años, a contar del 8 de abril de 2013, el plazo para realizar una o varias amortizaciones anticipadas, de forma que el capital pendiente de pago en la divisa en la que sea de aplicación fuese un contravalor de 318.917,87 euros, según lo convenido en el pacto segundo de la escritura de abril de 2007 y en la novación precedente, de forma que quedaba fijada como fecha tope para tal amortización el 9 de abril de 2015; en el momento en que se produjese la amortización pactada el importe del préstamo restante pasaría a euros, quedando el banco facultado para llevar a cabo esta sustitución de divisa; con advertencia por el notario a la parte prestataria sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio —página 17, en el apartado de otorgamiento— (documento 6 de los de la demanda).

[-Tres.-] La sentencia de la primera instancia estimó íntegramente los

pedimentos principales de la demanda por “error invalidante y excusable en la formación de la voluntad contractual” (último párrafo del Fundamento de Derecho Cuarto). Caixabank recurre tal sentencia en apelación articulando los motivos siguientes:

[Primero.-] Caducidad de la acción de nulidad por vicio del consentimiento.

[Segundo.-] La confirmación del préstamo litigioso: purificación de los supuestos vicios en el consentimiento.

[Tercero.-] Errónea valoración de la naturaleza del préstamo multidivisa y errónea aplicación de la normativa.

TERCERO. [-Uno.- La caducidad de la acción.] Conforme a doctrina consolidada del Tribunal Supremo, recordada en la reciente de 9 de junio de este año:

“Es indudable que el plazo de cuatro años a que se refiere el art. 1303 CC para lograr la restitución solicitada por los demandantes y derivada de la nulidad del contrato se refiere a la consumación del contrato y no al momento de su celebración.

”Por lo que se refiere a cuándo se ha producido la consumación del contrato, a partir de la sentencia del pleno 769/2014, de 12 de enero, seguida después de otras muchas de la sala (376/2015, de 7 de julio, 489/2015, de 16 de septiembre, 435/2016, de 29 de junio, 718/2016, de 1 de diciembre, 728/2016, de 19 de diciembre, 734/2016, de 20 de diciembre, 11/2017, de 13 de enero y 130/2017, de 27 de febrero, entre otras), se ha interpretado que en relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a

efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, según esta doctrina, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error”.

No consta cual fue el contenido de la información facilitada por Banco de Valencia a los demandantes previa a la concesión del préstamo en el año 2007 acerca de las peculiares características, dinámica, riesgos de alteración del tipo de interés, de fluctuación del tipo de cambio, particulares peligros derivados de contratar una operación a largo plazo en moneda distinta de aquella en la que son obtenidos los ingresos que permitirán la amortización del préstamo, situaciones muy diversas que podrían presentarse a lo largo de los treinta años contemplados de vida del préstamo y especiales habilidades e información con que había de contarse para actuar con acierto el cambio de divisa si aquella en la que se estaba pagando el préstamo en un momento determinado resultaba especialmente gravosa por el tipo de interés o por la apreciación de la divisa de referencia frente al euro (moneda en que se obtienen los ingresos). Ni siquiera si la información de la entidad fue más allá de poner de manifiesto que, al tiempo de cerrarse la operación (13 de abril de 2007), la cuota mensual del préstamo en yenes japoneses era inferior a la que se pagaría con un préstamo hipotecario establecido en euros. Esto es, si fue proporcionada a los prestatarios por el banco una información completa y comprensible sobre la naturaleza y funcionamiento de la clase de operación que la entidad

financiera estaba dispuesta a concertar con los actores, que permitiese a estos entender “la «carga económica» que realmente supone (...) el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener (Tribunal Supremo, Sentencias 406/2012, de 18 de junio de 2012, y 705/2015, de 23 de diciembre de 2015).

Y esa comprensión suficiente de lo que el préstamo en yenes, con los intereses referidos al LIBOR de la divisa, con posibilidad de modificar la divisa antes del vencimiento de cada período de interés, significaba y comprometía, así como de los riesgos inherentes al sistema de financiación (riesgos del tipo de interés, del tipo de cambio y de la modificación de la divisa) no se obtiene tampoco necesariamente de la constancia en las escrituras de las distintas novaciones por las meras advertencias del notario a la parte prestataria sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio (en las cuatro primeras novaciones), aunque todo el texto de las escrituras les fuese leído con ocasión de sus firmas, cuando no hay constancia de que los prestatarios entendiesen qué debía entenderse por tipo de cambio y qué consecuencias perturbadoras en la onerosidad del préstamo (que pagaban en yenes, puesto que nunca modificaron la moneda, pero valiéndose de euros que se transformaban en yenes según el contravalor vigente en el Mercado de Divisas tres días antes del vencimiento de cada cuota —pacto segundo, letra c, de la escritura de préstamo de 2007—) podía llegar a causarles. Como tampoco es determinante de que los prestatarios alcanzasen conciencia de esos peligros a que estaban expuestos con las menciones a “*riesgos que pudieran originarse por los diferentes tipos de cambio que estuvieran en vigor en cada momento, que incluso pudieran determinar que el contravalor en euros de la cantidad pendiente de amortización en algún momento, fuese superior al nominal inicial en euros del citado préstamo*” (novación de 2009), o a que “*la deuda a fecha 14 de abril de*

2.010 asciende a 622.849 euros” (novación de 2010, referencia incidental a la cantidad adeudada al tratar de los gastos y tributos consecuencia de la novación y, en particular, de la comisión que devengaba la modificación), que los prestatarios escucharon u oyeron en el acto de la lectura que se hacía de la escritura, sin que conste que reparasen en que la deuda pendiente ascendía a una suma superior a la prestada, pese a los pagos efectuados (hasta pudieron pensar que la deuda a que se hacía alusión comprendía los intereses) y lo mismo cabe decir de la referencia, en el apartado de gastos, tributos y comisión que devengaba la modificación, que se hizo en la escritura de novación de 2011 (*“la presente modificación devenga una comisión del 1 por ciento del importe pendiente a fecha de hoy, 627.379 euros”*).

Por lo demás, los extractos mensuales que los actores recibían sobre el desarrollo y amortización del préstamo (página 13 del informe pericial presentado por la parte actora como documento 7 de los de la demanda y documento 3 de los de la contestación) se facilitaban, en lo que al capital pendiente se refiere, en yenes, lo que impedía a los prestatarios percatarse de que, a partir de octubre de 2008, el importe en euros del capital pendiente superaba el importe en euros objeto del préstamo, con referencia al contravalor en euros (y solo hasta octubre de 2008) limitada a la cotización del yen, cargo en euros (esto es importe de la última cuota en euros), comisión por cambio de moneda y equivalencia en pesetas.

En conclusión, si el tiempo para la caducidad de la acción de anulabilidad (artículo 1301 del Código Civil) no puede empezar a computarse hasta que se tiene o puede tenerse un cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción (del error en este caso sobre lo que representaba en su complejo conjunto el préstamo multdivisa), no puede

afirmarse que los actores entendiesen, a través de la suscripción de las cuatro primeras novaciones (de 2008, 2009, 2010 y 2011), la dinámica, funcionamiento y coste de una operación como la contratada, sin que pueda imputarse la representación equivocada a negligencia de los prestatarios, al hallarse faltos de información que les permitiese adquirir un cumplido entendimiento de cuál era la operatividad del préstamo multidivisa cuando se paga en moneda distinta de la tomada como referencia.

El 4 de junio de 2012 los demandantes se dirigieron por correo electrónico a la oficina de Banco de Valencia en la que era gestionado el préstamo (comunicación dirigida a don Ricardo Galán) en estos términos (documento 2 de los de la contestación):

“Buenos días Ricardo,

”Tal y como ya te hemos hecho saber, empezamos a tener dificultades para hacer frente al pago del préstamo hipotecario, debido, principalmente, a nuestra situación económica, y a la subida imparable del yen.

”Como primera opción te solicitamos la liberación del dinero que tenemos pignorado en depósito, por importe de 12.000 eur. Si no todo, una parte, que pueda ayudarnos a seguir adelante.

”La otra opción a estudiar, era el período de carencia, sabiendo antes cómo funciona exactamente, los importes que saldrían a pagar mes a mes, lo que nos subiría la letra al finalizar dicho período, en la medida de lo posible, para ver si nos compensa o no”.

Solo cuando es enviado por don [REDACTED] ese mensaje de correo electrónico puede entenderse que los demandantes comprendieron los peligros de la modalidad de préstamo que concertaron con Banco de Valencia,

muy superiores a los de un préstamo común en la moneda de los recursos propios por el riesgo de tipo de cambio, que subvertía, de forma notablemente convulsa el cálculo de lo que “saldrían a pagar mes a mes”, como ya constataban al proponer al banco el establecimiento de un período de carencia. Por lo tanto, si el cabal y completo conocimiento del error no lo adquieren los actores hasta junio de 2012 y la demanda fue presentada en enero de 2016, no habían transcurrido al ejercitar la acción los cuatro años de caducidad, conforme al citado artículo 1301 del Código Civil y la excepción de caducidad debe rechazarse.

[-Dos.- La pretendida confirmación del negocio anulable.] Disponen los artículos 1309, 1310 y 1311 del Código Civil que la acción de nulidad queda extinguida desde el contrato haya sido confirmado válidamente; que solo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1261 del mismo código; y que la confirmación puede hacerse expresa o tácitamente, entendiéndose que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo esta cesado, el que tuviera derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.

Conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo 19/2016, de 3 de febrero de 2016, 503/2016, de 19 de julio de 2016, 691/ 2016, de 23 de noviembre de 2016, y 371/ 17, de 9 de junio de 2017, solo pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento aquellos que constituyan actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

En el presente caso, las novaciones de 2008, 2009, 2010 y 2011 no pueden tenerse por actos de confirmación del contrato de préstamo multidivisa inicial de 2007 porque, ya lo hemos visto, al tiempo de hacerse, todavía subsistía el error de los prestatarios sobre la consistencia esencial misma de la concertación del contrato en una divisa extranjera y de la cláusula multidivisa. Y tampoco al mensaje de correo electrónico de 4 de junio de 2012 (documento 2 de los de la contestación) o a la novación de 31 de mayo de 2013 (documento 6 de los de la demanda) puede conferírseles el carácter de confirmatorios porque de ellos no se infiere de modo inequívoco y patente una voluntad de renunciar a la acción de nulidad.

En el mensaje de correo, los demandantes piden alguna solución que pueda evitarles incurrir en incumplimiento que podría acarrear el vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco (una posibilidad de hacer uso del dinero ignorado o un período de carencia, pero *“sabiendo antes cómo funciona exactamente, los importes que saldrían a pagar mes a mes, lo que nos subiría la letra al finalizar dicho período”*), con la consecuencia de previsible pérdida de su vivienda familiar, petición de solución puntual en un momento crítico, que no implica voluntad de renunciar a ejercitar en el futuro cualquier acción que pudiese asistirles frente al banco prestamista, incluida la nulidad parcial del contrato, que probablemente aún no sabían que podían ejercitar (habían conocido que actuaron con consentimiento viciado, pero no necesariamente que ello pudiese conducir a reclamar la nulidad de las cláusulas sobre las que versó la representación equivocada).

Y es claro que la novación de 2013 se hace ante la imposibilidad de los actores de haber efectuado antes del 8 de abril de 2013 la amortización o amortizaciones anticipadas que debían haber realizado antes de dicha fecha,

con arreglo a la cuarta de las prórrogas otorgadas, como medio de evitar el incumplimiento en que incurrirían si no obtenían del banco, en virtud de esa quinta novación, un nuevo plazo, sin contemplación —mucho menos voluntad rotunda e inequívoca— de purificación del contrato y extinción de su causa de anulabilidad por error.

Este segundo motivo del recurso debe también ser desestimado.

[-Tres.- Sobre la naturaleza del préstamo multidivisa.] La sentencia recurrida deduce el error de la falta de información a los actores por parte de Banco de Valencia de forma completa, clara y comprensible sobre la naturaleza, operatividad y riesgos de la operación, con cita, en el Fundamento de Derecho Tercero, de la Sentencia del Tribunal Supremo 323/2015, de 30 de junio de 2015, en particular, del apartado ocho del Fundamento Séptimo (*“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, 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”*).

Sin embargo, en la sentencia apelada no se citan los dos últimos párrafos del apartado seis del mismo Fundamento de Derecho de la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 2015

(“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 consecuencia de lo expresado es que la entidad prestataria 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”),

calificación de producto financiero que es precisamente lo combatido por CaixaBank en este tercer motivo del recurso, con apoyo en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2015, C-312/2014, Banif Plus Bank Zrt.

Sin embargo, lo que sostiene la sentencia apelada es que una falta de adecuada información a los clientes por parte del banco ha dado lugar a una actuación viciada por error en el consentimiento prestado. Y la necesidad imprescindible de claridad y transparencia de las cláusulas, no reducidas al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical (sino “*de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo*”) y obligación de información por parte del banco en el caso de préstamos multidivisa (con opción de modificación de la divisa de referencia), o si simples préstamos en moneda extranjera, menos complejos, ha sido reconocida sin

fisuras por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 30 de abril de 2014, C-26/13, asunto Árpád Káslér y otro contra OTP Jelzálogbank Zrt:

“El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo ».

Y, muy recientemente, en la Sentencia del mismo Tribunal europeo de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Banca Românească:

“45 Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de

2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 50).

”46 Esta cuestión debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75).

”47 Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 66).

”48 Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de

21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Na ranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU: C: 2016:980, apartado 50).

”49 En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).

”50 Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá 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 de la moneda 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. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras.

”51 Habi da cuenta de lo anterior, procede res ponder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras”.

Así las cosas, dando por reproducido cuanto se expone en la sentencia recurrida en sus Fundamentos de Derecho Segundo (sobre la naturaleza y características del préstamo hipotecario multidivisa), Tercero (sobre el deber de información en este tipo de contratos y la falta de información o información defectuosa en lo sustancial procurada en el caso de estos autos), Cuarto (sobre la concurrencia de error sustancial o esencial y excusable), con nueva cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, ya citada,

(“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”)

y Fundamento Quinto, sobre las consecuencias jurídicas de la nulidad por error sustancial y excusable, procede la confirmación de la sentencia apelada, con desestimación íntegra del recurso de apelación.

CUARTO. Las costas de esta instancia se impondrán a la entidad recurrente, conforme a lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con pérdida del depósito constituido para recurrir, según se establece en el apartado nueve de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

III. FALLAMOS

Que debemos DES ESTIMAR y DE SESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 19 de diciembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Getafe, dictada en el procedimiento del que dimana este rollo, CONFIRMANDO dicha resolución y condenando a la recurrente, Caixabank S.A., al pago de las costas de la apelación.

Con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional**, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que

deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 € por cada tipo de recurso**, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un “Recurso”, seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 de Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de sala 190/17, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe