

ROLLO NÚM. 001120/2017

M

SENTENCIA NÚM.: 699/17

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

DON SALVADOR U. MARTÍNEZ CARRIÓN

En Valencia a veinte de
diciembre de dos mil diecisiete.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON GONZALO CARUANA FONT DE MORA**, el presente rollo de apelación número 001120/2017, dimanante de los autos de Juicio Ordinario - 001039/2016, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 1 DE LLÍRIA, entre partes, de una, como apelante a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., representado por el Procurador de los Tribunales JOSE ANTONIO NAVAS GONZALEZ, y asistido del Letrado JOSE M. GIMENEZ ALCOVER y de otra, como apelados a ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) representado por el Procurador de los Tribunales LAURA DE LOS SANTOS MARTINEZ, y asistido del Letrado BENJAMIN JOSE PRIETO CLAR, en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A..

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 1 DE LLÍRIA en fecha 11 de abril de 2017, contiene el siguiente FALLO: "ESTIMANDO INTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por la Procuradora Da LAURA DE LOS SANTOS en nombre y representacion de ASUFIN, * DECLARO la nulidad del prestamo hipotecario con derivado implicito en todos los contenidos relativos a la opcion multidivisa insertadas en el prestamo hipotecario suscrito en su día entre [REDACTED] Y CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA (BBVA) el 21 de mayo de 2007 por existir error vicio en el consentimiento en el momento de otorgar el mismo, dada cuenta la ausencia de informacion sobre dicho derivado implicito, omitiendo la informacion necesaria para que la

parte actora pudiese comprender el funcionamiento del mismo y los riesgos que le son inherentes. * CONDENO a la entidad BBVA SA a la devolución al demandante de la cantidad de 63.426,07 € que han sido abonados de más como consecuencia de la aplicación de opción multidivisa que el préstamo hipotecario incluía, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito." Procediéndose en fecha 28 de abril de 2017 a dictar auto de aclaración, el cual contiene la siguiente parte dispositiva: "Estimar la petición formulada la parte demandante de aclarar sentencia en fecha 11 de abril del año 2017, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica: "Hacer constar en el fallo que tras la eliminación de la cláusula multidivisa, el interés del préstamo deberá ir referenciado al euríbor y expresado en euros. Hacer constar en el fallo que se condena a la parte demandada al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A., 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. La sentencia del Juzgado Primera Instancia anula del préstamo hipotecario concertado entre [REDACTED] y Caixa D' Estalvis de Catalunya (luego, BBVA) todas las cláusulas referentes a la opción multidivisa y por la razón de que siendo un producto complejo y de riesgo, reglado por la normativa legal de la Ley del Mercado de Valores, ante el déficit informativo por la entidad bancaria prestamista, determinó el error en el consentimiento del prestatario y, anuda, como consecuencia que la entidad bancaria debe reintegrar al Sr [REDACTED] la cantidad de 63.426,07 euros con sus intereses legales

Instado por la parte demandante aclaración de sentencia, se fijó que en el devenir del préstamo, el interés retributivo, se referencia al Euríbor y expresado en euros.

BBVA interpone recurso de apelación sustentado en los siguientes motivos que ahora solo se enuncian: 1ª) Falta de concreción que genera indefensión sobre qué cláusulas quedan expulsadas del contrato; 2º) Infracción de la doctrina del TJUE de sentencia de 3/12/2015 al no ser el préstamo multidivisa un instrumento financiero y no resulta de aplicación la Directiva Mifid; 3º) Caducidad de la acción e inviabilidad jurídica de que el error vicio en el consentimiento determine una nulidad parcial del contrato; 4º) Inexistencia de error en el consentimiento; 5º) No formulaba alegaciones sobre la falta de transparencia al formar parte esencial del contrato y referirse a su objeto principal, no siendo de aplicación el ámbito de la Directiva 93/13, citando las conclusiones del Abogado General, publicadas el 27/4/2017 en el Asunto C-186/16; solicitando la revocación de la sentencia por otra que desestime la demanda.

La parte demandante interesó -tras oponerse al recurso de apelación- la confirmación de la sentencia del Juzgado Primera Instancia, explicitando en su último punto que la cláusula en

cuestión no superaba el doble control de transparencia, lo que conllevaba, igualmente, la nulidad del mentado pacto multidivisa.

SEGUNDO. El Tribunal debe, visto el escrito de demanda, advertir que la causa de pedir interesando la nulidad del pacto multidivisa se sustentó tanto en concurrir un error en el consentimiento que lo viciaba, como en ser el actor un consumidor y dicho pacto resultaba nulo conforme a la normativa de protección de consumidores y usuarios.

La sentencia del Juzgado Primera Instancia estima la nulidad de la opción multidivisa con todas sus referencias en el préstamo hipotecario, apreciando concurrir un error vicio en la prestación del consentimiento ex artículo 1265 Código Civil, al entender que siendo un producto o instrumento financiero complejo y de riesgo inmerso en la ley del Mercado de Valores, se incumple el deber legal informativo propio de tal sector, siguiendo la tesis de la sentencia del Tribunal Supremo de 30/6/2015 y declara la nulidad parcial del contrato en lo referente a la opción multidivisa.

De entrada es de rechazar que la sentencia cause indefensión a la parte demandada apelante por falta de asignación de qué cláusula anula, pues claramente se anula la opción multidivisa y como esta tiene incidencia en varios pactos del contrato, es la razón, perfectamente entendible y fácilmente comprensible que el fallo diga se anulan los contenidos del contrato que implican o refieren a la multidivisa. Consecuente con tal planteamiento determina la consecuencia en la prosecución contractual con el Auto de aclaración.

Ciertamente, como apunta la parte recurrente, la normativa aplicada por el Juzgador sustentadora de su decisión, no resulta pertinente, amén de que un vicio estructural en el contrato, causa de un error en el consentimiento, no puede derivar jurídicamente a una nulidad parcial del contrato, porque el consentimiento no puede seccionarse parte válido y parte viciado, sino que debe acarrear la nulidad plena o ineficacia del contrato como está reiterado por el Tribunal Supremo de la que se cita por reciente la sentencia de 2/2/2017 que explicita:

«4. Aunque el incumplimiento de los deberes de información sí podría tener incidencia en la apreciación del error vicio, la nulidad por este vicio del consentimiento debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no sólo de la cláusula que contiene un derivado implícito. Y en este sentido nos hemos pronunciado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 450/2016, de 1 de julio :

(C)omo hemos recordado recientemente con motivo de un recurso en el que se había pretendido la nulidad por error vicio de las cláusulas relativas al derivado financiero de un contrato de préstamo, no cabía la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio (Sentencia 380/2016, de 3 de junio). Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato».

Por ello, resulta igualmente desacertada la construcción técnico jurídico que hace la sentencia recurrida sobre la caducidad de la acción, porque se fundamenta en el artículo 1301 del Código Civil, propio del ámbito de nulidad de la contratación por negociación, a causa de tal vicio, cuando ya se ha expuesto que no es aplicable la normativa del mercado de valores, ni se pretende ni persigue la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

TERCERO. Necesario es determinar con carácter esencial la normativa aplicable y pertinente para la validez o nulidad del pacto multidivisa en el préstamo hipotecario.

Si bien el Tribunal Supremo en la sentencia de 30/6/015 fijó que dicho negocio constituía un instrumento financiero inmerso en la normativa del mercado de productos de inversión y por ende de aplicación la normativa del Mercado de Valores, ello fue corregido por la sentencia del TJUE de 3/12/2015, estableciendo que la opción de multidivisa no estaba comprendido como un servicio o actividad de inversión en el Anexo de la Directiva 2004/39 de mercados de instrumentos financieros. Así, razonó:

<<57.Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. 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.>>

A tenor de tal doctrina, el Tribunal Supremo en la reciente sentencia del Pleno de 15/11/2017, cambia del criterio adoptado en la sentencia de 30/6/2015, para fijar que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores por la razón- siguiendo los parámetros de la decisión del TJUE- de que las operaciones de cambio de divisa en tal clase de negocio son accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato (el préstamo), sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste y el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano sino que se realiza sobre la base del tipo de cambio de estas divisas en la fecha de entrega del capital del préstamo o del vencimiento de cada cuota mensual de amortización.

En consecuencia, todo el razonamiento técnico jurídico de la sentencia recurrida, basado en la aplicación de la Ley del Mercado de Valores y las exigencias legales informativas fijadas en ese texto legal, no son pertinentes para la solución al litigio.

CUARTO.No obstante lo acabado de exponer, también la demanda sustentaba la nulidad de ese pacto por la condición de consumidor del prestatario y su protección por la normativa tuitiva de consumidores y usuarios. Efectivamente, en el Hecho tercero del escrito iniciador, se denunciaba la falta de transparencia de dicho pacto multidivisa y la condición de consumidor del prestatario. Dentro de su fundamentación jurídica, invocada en las páginas 42 a 48, en el ordinal Séptimo apartado b, la normativa del RDL 1/2007 (TR-LGDCU), Directiva 93/13 y transcripción de la sentencia del Tribunal Supremo de 9/5/2013 sobre el control de transparencia.

En tal sentido resulta completamente procedente para este Tribunal que revisa todo el procedimiento ex artículo 456-1 de la Ley Enjuiciamiento Civil, resolver la nulidad de tal pacto desde tal óptica legal consumista de pertinente aplicación.

De entrada dado que la denuncia consiste en constituir una condición general no transparente que causa perjuicio al consumidor y por ende es abusiva, la sanción es su nulidad absoluta o radical, (artículo 83 TR-LGDCU así además calificado por el Tribunal

Supremo en sentencia 558/2017 de 16 de octubre), lo que excluye por completo el tema de la caducidad de la acción ex artículo 1301 del Código Civil, pues dicha acción no está sometida a plazo de caducidad o de prescripción.

Advierte la parte apelante la inviabilidad de someter a este pacto al control de transparencia por referirse al precio que debe abonar el prestatario por la percepción de la cantidad prestada y en aplicación del artículo 4-2 de la Directiva 93/13,

La posición de la parte apelante debe ser rechazada. El control de transparencia en una cláusula referida al objeto principal del contrato ya fue establecida por la sentencia del TJUE de 30/4/2015 (y adelantada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 9/5/2013), pero en concreto respecto al pacto de multidivisa en contrato de crédito ha sido fijada de forma rotunda por el TJUE en la sentencia de 20/9/2017 (Sala segunda,C-186/16) y por el Tribunal Supremo en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 15/11/2017.

Dice el Tribunal Supremo:

<<Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores. 11.- De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo 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. 12.- En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso Andriuc , declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas: «El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de 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». 13.- La jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE. Esta línea jurisprudencial se inicia a partir de la sentencia 834/2009, de 22 de diciembre y se perfila con mayor claridad a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, hasta las más recientes sentencias 171/2017, de 9 de marzo , y 367/2017, de 8 de junio.14 .- En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con

sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo. 15.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.>>

Este control de transparencia se centra en que resulta 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.

Sobre el concreto deber de información en el préstamo en divisa la sentencia TJUE de 20/9/2017 dice:

<<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).>>

QUINTO. Sentados tales parámetros legales y jurisprudenciales, aplicable al caso presente, la Sala debe admitir completamente los reproches que la sentencia del Juzgado Primera Instancia en su FD Segundo vierte sobre la completa ausencia de información o explicación que se otorgó al Sr. [REDACTED] sobre funcionamiento y riesgo de la operativa multidivisa, no constando siquiera oferta vinculante; no se dio información alguna del doble riesgo de la operación por multidivisa a una persona que no consta tuviese experiencia alguna en dicha clase de operaciones y carente de conocimiento financieros (de profesión camionero).

El único argumento en tal sentido invocado por el Banco se sienta en que el Sr. [REDACTED] fue el interesado al ir al banco por lo que le había dicho un amigo, pero ello no rellena que tuviese información de tales riesgos, que podían llevar a que el capital adeudado no se disminuyese a pesar de las cuotas abonadas y por supuesto no liberaba a la entidad bancaria desplegar tal información.

En consecuencia, ante esa total falta de información y explicación, no se le puso en conocimiento la verdadera carga económica y jurídica, en concreto lo acabado de exponer en el párrafo precedente, luego conforme al artículo 82 y 83 del TR-LGDCU (anterior artículo 10 de la Ley de 1984) y debe, consecuencia de tal efecto, la entidad demandante restituir la cantidad fijada en la sentencia que no es objeto de ataque en el recurso de apelación.

SEXTO. En orden a las costas procesales las causadas en la instancia se imponen a la demandada, dado que la demanda se estima y se ratifica, por tanto, dicho pronunciamiento impositivo conforme al artículo 394 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

No se hace pronunciamiento de las costas causadas en la alzada pues si bien se mantiene el fallo del Juzgado, se modifica su fundamentación jurídica.

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

FALLO

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por BBVA SA contra la sentencia de 11/4/2017 aclarada por auto de 28/4/2017, dictada por el Juzgado Primera Instancia 1 Llíria en proceso ordinario 1039/2016, se confirma el fallo de dicha resolución, sin pronunciamiento de costas de esta alzada y con pérdida 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.