

SENTENCIA NÚM.: 935/18

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

ROSA MARIA ANDRES CUENCA

PURIFICACION MARTORELL ZULUETA

MARIA LUZ DE HOYOS FLOREZ

En Valencia, a **02-10-2018**.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, el presente rollo de apelación número 000705/2018, dimanante de los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000617/2017, promovidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 10 DE VALENCIA, entre partes, de una, como **apelante** a CAIXABANK SA, representado por el Procurador de los Tribunales don/ña MARGARITA SANCHIS MENDOZA, y de otra, como **apelados** a [REDACTED] y [REDACTED] representados por el Procurador de los Tribunales don/ña MERCEDES MARTINEZ GOMEZ, 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 10 DE VALENCIA en fecha 28-12-2017, contiene el siguiente **FALLO**: *"Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Mercedes Martínez Gómez en nombre y representación de [REDACTED] y [REDACTED] contra la entidad Caixabank, S. A., debo DECLARAR Y DECLARO la anulabilidad por error en el consentimiento de la cláusula multidivisa contenida en el préstamo hipotecario con fecha de 30 de marzo de 2007 cuya escritura fue otorgada y autorizada por el Notario D. [REDACTED] CONDENANDO a la entidad demandada a dejar referenciado el citado préstamo a moneda euros según la paridad a fecha de 30 de marzo de 2007, aplicando el interés pactado, con restitución del exceso pagado de más por los clientes que asciende al importe de 33.816,19 euros más los intereses legales desde la fecha de la suscripción del préstamo, con imposición de las costas a la parte demandada."*

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. - La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 10 de Valencia de 28 de diciembre de 2017 estima la demanda formulada por la representación de Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] contra CAIXABANK S.A en los términos que resulta del primero de los antecedentes de la presente resolución, a cuya transcripción anterior nos remitimos para evitar reiteraciones. Los demandantes habían ejercitado acción principal de declaración de nulidad del préstamo hipotecario por referencia a la cláusula multidivisa, otorgado el 30 de marzo de 2007, con pretensiones subsidiarias de resolución contractual y de nulidad de la cláusula mencionada.

Frente a la indicada resolución se alza en apelación la representación de la entidad financiera demandada (folio 152 y siguientes de las actuaciones), quien, tras exponer el resumen de la controversia, el desarrollo del procedimiento judicial y la descripción de las acciones ejercitadas por los demandantes, articula los siguientes motivos de apelación:

1.- Inaplicabilidad de la normativa sobre productos de inversión, con cita de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que considera de aplicación al caso, así como de diversos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales. Argumenta la entidad recurrente que un préstamo hipotecario multidivisa no es un instrumento financiero, y aún menos un instrumento financiero derivado, por lo que no cabe el reproche sobre falta de realización de test de idoneidad o concluir que el actor no fue debidamente informado por el hecho de no cumplir con las exigencias de la Ley de Mercado de Valores. Y añade a todo lo anterior que la parte demandada decidió la apertura de una cuenta en divisas, era conocedora del funcionamiento del préstamo, no era exigible oferta vinculante (por ser la cuantía del préstamo superior al límite indicado en la Orden de 5 de mayo de 1994), y finalmente, no haber existido asesoramiento financiero por parte de la entidad.

2.- Error o vicio del consentimiento.

La recurrente afirma:

2.1. En lo que concierne al dies a quo del plazo de caducidad de la acción, se ha de estar al momento en que la parte cesó en el error, por lo que se equivoca la sentencia cuando entiende que no concurre la caducidad por no haberse consumado los efectos de la hipoteca.

2.2. Respecto a la aplicación de la jurisprudencia sobre el dies a quo en la litigación multidivisa, se remite a las resoluciones que cita y que son de su interés para afirmar, seguidamente, que: a) no es creíble que los demandantes a finales de 2008 no fueran conscientes del aumento de la cuota a consecuencia de la

depreciación del euro, máxime cuando tenían abierta una cuenta en divisa para poder realizar ellos mismos los cambios, b) en los recibos mensuales de su préstamo se indicaba el tipo de cambio y el saldo pendiente de amortización.

2.3. En lo que afecta al error o vicio de consentimiento que sostiene la resolución apelada, la recurrente alega el estricto cumplimiento del deber de información y defiende la improcedencia de la acción de nulidad por no concurrir los presupuestos legales para acogerla, con invocación de las resoluciones que estima de aplicación al caso.

Concluye el apartado afirmando que el préstamo multidivisa es plenamente válido y eficaz.

3.- El siguiente motivo de apelación tiene por objeto la “pretendida nulidad parcial del préstamo”. La entidad argumenta que es doctrina jurisprudencial pacífica la que entiende que la nulidad parcial de un contrato sólo es posible cuando la misma no altere de forma sustancial el régimen contractual generado por la voluntad de las partes y sea incontrovertido que el contrato se hubiera celebrado igualmente sin la parte nula, motivo por el que no cabe declararla únicamente respecto de las cláusulas que definen el equilibrio contractual, o que afectan a la economía del negocio. Y hace cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2017 para concluir que “es evidente que no es posible declarar la nulidad del contrato exclusivamente respecto de las cláusulas referidas a la multidivisa” respecto de las que añade que, “básicamente, engloban la práctica totalidad del contrato”. Por aplicación al caso de los criterios judiciales que reseña en el motivo de apelación, concluye que no es posible en ningún caso la nulidad parcial tal y como acoge la sentencia de instancia.

4.- Argumenta en el ordinal “quinto” de su recurso su oposición al criterio utilizado para la obtención de la cuantía fijada en la sentencia (33.816,19 euros) por razón de la propia variabilidad del importe en función de la fecha (por la fluctuación de las divisas) y se refiere al contenido del informe pericial aportado a su instancia.

Termina por solicitar la revocación de la sentencia y su sustitución por otra íntegramente desestimatoria de la demanda, con imposición de las costas a la parte apelada respecto de las devengadas en la instancia.

La representación de Don [REDACTED] y de Doña [REDACTED] se opone al recurso por las razones que constan ampliamente expuestas en el escrito unido a los folios 209 y siguientes de las actuaciones, en el que combaten los argumentos esgrimidos por la entidad financiera. Destaca que no hay prueba de la negociación individual de la cláusula, la naturaleza compleja del préstamo concedido en divisas, la posibilidad de aplicar a la misma la normativa sobre productos de inversión, la improsperabilidad de la excepción de caducidad a la acción de error por vicio de consentimiento (con reseña de las resoluciones judiciales que entiende de aplicación), la viabilidad de la nulidad parcial del contrato y el rechazo a la discusión planteada en torno a la cuantía a restituir. Interesa, en definitiva, la desestimación del recurso de

apelación y la confirmación de la resolución apelada con imposición de costas procesales.

SEGUNDO. - Delimitados los términos del debate en la forma expuesta, este Tribunal ha procedido – conforme a lo establecido en el artículo 456 de la LEC – a examinar de nuevo la totalidad de las alegaciones respectivamente deducidas por los litigantes en el proceso, así como a la revisión de la totalidad de la prueba practicada y contenido de la sentencia apelada.

De la revisión del expediente se desprenden los siguientes elementos que servirán de base a nuestra decisión:

2.1. La presentación de la demanda en la que se insta: 1) Con carácter principal la declaración de nulidad del préstamo hipotecario multidivisa por error o vicio en el consentimiento prestado y vulneración de norma imperativa (Ley del Mercado de Valores) por infracción del deber de información, con solicitud de reintegro de la cantidad de 33.816,19 euros en concepto de diferencia en capital, cuotas, comisiones de cambio e intereses legales pagados de más como consecuencia del efecto de la cláusula multidivisa, e imposición de costas. 2) Con carácter subsidiario, en defecto del anterior pronunciamiento pide se “declare la resolución, por incumplimiento de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información, con [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED] con el resarcimiento de daños y perjuicio y abono de los correspondientes intereses, que se concretan en la devolución a los actores de las sumas 33.816,19 euros a mis representados siendo esta la diferencia en capital, diferencia en cuotas, comisiones de cambio e intereses legales de estos últimos, pagados de más como consecuencia del incumplimiento.” Subsidiariamente se solicita la nulidad de la cláusula multidivisa “por los mismos motivos expuestos en el primer punto”, y con imposición de las costas del proceso.

Para apoyar la demanda aportaron la copia de la escritura de préstamo hipotecario de 30 de marzo de 2007 (documento al folio 14 y sucesivos) de la que resulta que los actores recibieron en concepto de préstamo la cantidad de 31.424.400 yenes japoneses con un contravalor en euros de doscientos mil, pactando en yenes la devolución en un plazo pactado de 25 años a contar desde esa fecha. El préstamo se concedió para la adquisición de la vivienda objeto de la garantía y las partes pactaron la posibilidad (por autorización de la prestataria) de autorizar la satisfacción del débito en euros (folio 18). La cláusula multidivisa es la cláusula quinta del contrato (folio 21 y siguientes) y a través de la misma se faculta al prestatario a modificar la divisa por cualquiera otra de las cotizadas en España, previa comunicación escrita al Banco con la antelación que se decreta en el documento, siendo la clase de divisa designada la determinante del tipo de interés. Los prestatarios tenían la posibilidad de optar por el euro como clase de moneda del préstamo y en tal caso el tipo de interés aplicable a la operación sería el Euribor incrementado en un punto porcentual.

Como número dos acompañaron un dictamen pericial elaborado por una economista del Colegio de Valencia y otra del Colegio de Pontevedra (folio 40 y sucesivos) en los que se contienen diversas consideraciones sobre el producto “Hipoteca multidivisa” – en términos genéricos – y sobre el deber de información

de las entidades financieras previo al otorgamiento de la escritura (también general), contenido de la información en el momento de la firma en notaría y con posterioridad a ella, riesgos asociados a este tipo de productos (igualmente generalista) y adecuación del producto al cliente (particularizado a los demandantes). Se califica el préstamo multidivisa como producto complejo e inadecuado, con riesgo elevado, sin información suficiente y cuantificación del perjuicio a fecha 5 de febrero de 2017 en 33.816,19 euros en relación a la hipótesis de que los actores hubieran realizado los pagos directamente en euros.

2.2.- La entidad demandada se opuso (folios 71 a 116) y en defensa de las tesis que sostiene en su escrito, aportó un dictamen pericial (folio 129 y los sucesivos) en referencia a la escritura controvertida y dictamen adverso, en el que se analiza – de forma genérica – el concepto de préstamo, los préstamos bancarios y en particular las características del préstamo contratado (folio 133) para concluir que el funcionamiento del mismo - salvo por las opciones de cambio de moneda – es idéntico al de cualquier otro préstamo simple, y que el compromiso de pago asumido lo era en la misma moneda pactada (yenes japoneses). Tras el análisis de los riesgos de exposición del préstamo y de su complejidad, niega la incorporación al mismo de derivados y afirma que la cláusula multidivisa no implica un mayor riesgo frente al préstamo que no la tiene, para proseguir con un análisis de conveniencia respecto al cliente, la imprevisibilidad de las variables del mercado, la evolución de los tipos de interés por referencia al Euribor y la Libor, el análisis histórico del comportamiento de los tipos antes y después del otoño de 2008, así como la evolución de los tipos de cambio (en diversos periodos históricos). Y concluye en la correcta contratación del préstamo controvertido sin apreciar anormalidad en su funcionamiento “aun cuando, hasta la fecha, los riesgos a los que está expuesta la operación hayan producido resultados adversos para los demandantes.”

2.3.- La resolución de primera instancia de 28 de diciembre de 2017 valora la prueba practicada en el acto de juicio (en relación con la naturaleza, funcionamiento y riesgos de la cláusula multidivisa) y teniendo presente la Sentencia del TS de 30 de junio de 2015 concluye que:

a) No ha quedado acreditado que la demandada cumpliera con el deber de información que impone la Ley de Mercado de Valores, pese a que se trataba de un producto que apenas se vendió en la oficina afectada (solo 3 de los 223 suscritos desde 2004), sin que se le haya ofrecido por las partes demostración de la información de la que dispusieron los clientes en torno al funcionamiento y riesgos en referencia al cambio de divisa;

b) Los actores no eran expertos. Y de ello concluye en la anulabilidad por error como vicio de consentimiento por defecto de información adecuada de las características del producto y con rechazo de la caducidad invocada por la representación de la entidad demandada concluye en la estimación de la demanda y anula la cláusula multidivisa contenida en el préstamo de 30 de marzo de 2007 con condena a la restitución de 33.816,19 euros.

Teniendo presente cuanto hemos dejado reseñado pasamos a pronunciarnos sobre las cuestiones controvertidas.

TERCERO.- En reciente Sentencia de nuestra Sección de 9 de julio de 2018 (Pte. Sr. Martínez Carrión, Rollo 430/2018) se hace un estudio detallado de la naturaleza y normativa aplicable a la denominada “hipoteca multidivisa” partiendo del análisis de contenido de la Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 – que la califica como instrumento financiero derivado relacionado con divisas e incluido en el ámbito de la Ley de Mercado de Valores -, para seguir con las necesarias referencias a las Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cuestión.

En particular, en el Fundamento Jurídico Tercero reseña, en primer término, la Sentencia de 3 de diciembre de 2015 [*asunto C-312/2014, caso Banif Plus Bank Zrt y Márton Lantos, relativo a un contrato de crédito al consumo denominado en moneda extranjera*, que considera de aplicación la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas a la hipoteca multidivisa, aun partiendo de la consideración de no estar ante un instrumento financiero complejo (y no ser aplicable la Ley de Mercado de Valores)] y a continuación, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017 [*asunto C-168/16 (caso Ruxandra Paula Andriciuc y otros contra Banca Romanesca)*] interpretada por nuestros tribunales en el sentido de que se está declarando “*la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en los contratos de préstamo denominados en divisas*”.

Finalmente, se refiere a la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 (anterior a la resolución que se somete ahora a nuestra consideración) en la que la Sala primera explica su cambio de criterio respecto de la precedente para adaptarse a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión, para concluir que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley de Mercado de valores, y añadir que: “*las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria. Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso Banif Plus Bank*”.

Dicho esto, en el siguiente Fundamento Jurídico Cuarto, la Sala afirma contundentemente que “no cabe pedir la nulidad parcial de un contrato con base en un vicio del consentimiento” que es lo que se acoge, en definitiva, en la sentencia objeto de la presente apelación, que estima la anulabilidad de la cláusula multidivisa contenida en el préstamo de 30 de marzo de 2007 y referencia el préstamo a euros según paridad a dicha fecha (fallo al folio 179 de las

actuaciones, transcrito en el primero de los antecedentes de la presente resolución).

De ello cabe concluir, siguiendo el criterio apuntado y en la línea planteada por la representación de CAIXABANK en su recurso de apelación, que la estimación de la acción principal planteada en la demanda no debió haber sido acogida, siendo igualmente improcedente la estimación de la primera de las planteadas de forma subsidiaria (resolución contractual por incumplimiento del deber de diligencia, lealtad e información), de manera que únicamente quedaría por analizar la que tiene por objeto la declaración de nulidad de la cláusula multidivisa, para lo cual es relevante el examen de las alegaciones y fundamentación jurídica contenida en el escrito de demanda.

La desestimación de la acción de nulidad parcial por vicio del consentimiento hace decaer (por innecesaria) la caducidad alegada en referencia a la expresada acción.

Dicho esto, se ha de tener presente la doctrina del Tribunal Supremo de la que resulta el deber del Tribunal de alzada de examinar las acciones subsidiariamente ejercitadas si como consecuencia del recurso de apelación fuera revocado el pronunciamiento que acoge la pretensión principal, aun cuando no medie petición expresa, lo que nos conducirá al examen de la última de las acciones subsidiariamente ejercitadas relativa a la nulidad – en particular – de la cláusula multidivisa, como razonaremos seguidamente.

CUARTO.- En la resolución citada de 9 de julio de 2018 la demandante instó la “anulabilidad por falta de transparencia de la cláusula o cláusulas multidivisas” lo que permitió a la Sala examinar la cuestión controvertida desde dicha perspectiva y acoger la pretensión declarativa de nulidad de las cláusulas contenidas en el contrato de préstamo hipotecario relativas a la “multidivisa”, recalculando el préstamo en euros.

Aun cuando no es esta exactamente la situación que enjuiciamos ahora (atendidos los términos en que se redactó el suplico antes reseñado), lo cierto es que, pese a la deficiente técnica procesal de la demanda (por la mezcla de elementos diversos en el relato fáctico, que lejos de clarificar el planteamiento jurídico, lo dificultan y oscurecen), la representación de los actores dedica el Hecho “Sexto” a la “transparencia y control de contenido” haciendo referencia primero al control de incorporación, y a continuación con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, al control de transparencia en el marco de los préstamos multidivisa. E invoca la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014.

De ello se deduce que la parte actora introdujo la cuestión en el debate y de facto, la parte demandada se defendió frente a tales argumentos en el punto 9 del escrito de contestación a la demanda (folio 99 vuelto) dedicando un apartado específico (páginas 60 a 76 del escrito) al cumplimiento por la demandada de los requisitos de transparencia y los deberes de información exigibles.

Pedida que ha sido la declaración de nulidad de la cláusula multidivisa (subsidiaria a las pretensiones desestimadas) y alegada expresamente como causa la no superación del control de transparencia, la Sala debe pronunciarse sobre extremo tal y como hicimos, entre otras, en la Sentencia ya reseñada de 9 de julio pasado, y a aún más reciente de 24 de septiembre de 2018 (Rollo 622/2018. Pte. Sra. Andrés Cuenca).

En la primera de las dos resoluciones indicadas apuntamos que:

1. Es posible el control de transparencia en relación a la cláusula multidivisa considerada como condición general de la contratación, aún relativa al precio que debe abonar el prestatario, con apoyo en los criterios que viene manteniendo la Sección y cita de las STJUE de 30 de abril de 2015 y STJUE de 20 de septiembre de 2017.
2. La falta de información precontractual por parte del Banco no se suple con la información que pueda suministrar el propio contrato al consumidor (STS de 8 de septiembre de 2014) ni con la información que pueda facilitar el Notario en el acto del otorgamiento de la escritura (STS de 8 de junio de 2017).
3. El examen de los pactos contenidos en la escritura de préstamo hipotecario debe hacerse desde la legislación protectora de los consumidores (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y Sentencias del TS de 9 de mayo de 2013 y 15 de noviembre de 2017).
4. La falta de información escrita no se suple con la información verbal que pudiera haber dado el empleado del Banco. (SAP de Madrid, Sec. 11ª, de 1 de julio de 2016 en relación con la STJUE de 20 de septiembre de 2017 y la Sentencia del TS de 15 de noviembre de 2017).
5. Finalmente, apreciada la nulidad de la cláusula multidivisa y en lo que concierne a los efectos o consecuencias de la misma respecto del contrato, razona que “procede mantener el negocio con los precisos ajustes, esto es, como préstamo concedido en euros, amortizado en euros y referenciado al euríbor, lo que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo” conforme a la solución adoptada por la SAP de Madrid, Sec. 11ª, de 18 de mayo de 2016 (con cita de resoluciones de otras Audiencias Provinciales) y la Sentencia del TS de 15 de noviembre de 2017 que admite esa posibilidad para evitar la nulidad total del contrato y perjuicio para el consumidor que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar: “54.- Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.” No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo.

Dicho esto, procede la aplicación de los criterios apuntados al concreto supuesto sometido a nuestra consideración (junto con los dimanantes de la Sentencia del pasado 24 de septiembre, ya citada), y por tanto, centramos nuestro análisis en la nulidad por falta de transparencia, fundada en no haberse prestado a los demandados información suficiente sobre los riesgos que comportaba el producto, no solo en cuanto que cada cuota había de satisfacerse con divisa extranjera -en yenes japoneses, según reza el documento 1 del escrito de demanda - sino que el débito total, pese a las amortizaciones, también podría verse apreciado de subir la cotización de tal divisa respecto del euro, que es la moneda en que los contratantes perciben sus ingresos, dato este esencial y que es sobre el que debe pivotar la información para que los prestatarios conozcan de forma clara, previa y transparente, qué carga económica supone o puede suponer el contrato suscrito.

Revisada la actividad probatoria desplegada en el proceso no existe en las actuaciones prueba de información, previa, suficiente y exhaustiva, que comporte cabal conocimiento de los demandantes de los riesgos que asumían. La escritura, en lo que concierne a las “reservas y advertencias notariales” no contiene, en sí mismo, advertencia explícita de riesgos en referencia a los efectos y consecuencias de la cláusula controvertida pues se limitan al deber de exactitud de las manifestaciones vertidas por las partes con ocasión del contrato, a la comprobación de la titularidad y estado de cargas de la finca sobre la que se constituye la garantía, la presentación en el Registro de la Propiedad y la protección de datos personales.

La mera manifestación efectuada en juicio por la empleada de la entidad (Sra. [REDACTED] de haber informado verbalmente a los clientes no es suficiente para entender acreditado el cumplimiento del deber de información en los términos que resultan de la jurisprudencia citada a lo largo de la presente resolución.

Y saliendo al paso de la afirmación efectuada en el recurso en torno a los conocimientos de los demandantes por la apertura – durante la vigencia del préstamo – de una cuenta en divisas para poder realizar los cambios, apuntamos que no es admisible la irregular incorporación de documentos al proceso mediante su escaneo como parte del contenido del recurso de apelación, obviando las normas procesales aplicables y en particular los artículos 265 y concordantes de la LEC en referencia al momento de su presentación y el artículo 460 del mismo cuerpo legal respecto a la práctica de prueba en la alzada.

En la Sentencia del pasado 24 de septiembre decíamos que es obvio *“para cualquier consumidor medio, el conocimiento de la posibilidad de fluctuación de las monedas, pero este conocimiento no comprendería, en ningún caso, la valoración del segundo riesgo que conlleva este tipo de producto, que es el de apreciación no solo de la cuota a pagar (de apreciarse la divisa escogida frente al euro) sino la apreciación misma del capital pendiente en euros (aunque se produzcan puntuales amortizaciones de capital en la divisa determinada) porque este siempre se calculará en función de la divisa fijada en el contrato.”*

Y siguiendo los parámetros de dicha resolución y en lo que concierne a las concretas cláusulas que deben excluirse del contrato, por tener relación con el

mecanismo multdivisa que se considera nulo, han de ser aquellas que se refieren expresamente al mecanismo multdivisa, y en particular:

6. El capital del préstamo deberá entenderse por el importe en euros -200.000 Euros - correspondiente al contravalor que resulta del exponiendo primero del documento notarial, al folio 16 de las actuaciones.

a) Amortización: el pago deberá efectuarse en idénticas condiciones a las pactadas en su día, como si el préstamo hubiera sido abonado en euros desde el inicio del contrato, efectuando los recálculos correspondientes.

b) También en cuanto a tipos de interés aplicable, será aplicado, desde el inicio, el interés que hubiera correspondido a un préstamo en euros, conforme a la previsión contenida en el documento: "Euribor incrementado en un punto porcentual", efectuando el recálculo pertinente de todas las cuotas correspondientes hasta su finalización. Se mantiene el índice de referencia establecido, y los sustitutorios, así como los diferenciales en la forma fijada en el contrato para el cálculo del tipo variable.

c) Han de entenderse suprimidas las referencias marginales, en el contrato, a opción multdivisa, divisas, cambio de moneda o similares.

No acogemos, por tanto, la pretensión restitutorio concretada en la demanda en el importe de 33.816 euros – expresamente combatida – sino que habrá que estar a lo que resulte de la ejecución de sentencia como consecuencia de los recálculos que deben operar a consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula multdivisa que hemos acordado.

QUINTO.- De cuanto se ha expuesto se concluye en la parcial estimación del recurso de apelación y en la revocación de la sentencia dictada en la primera instancia, con la estimación parcial de la demanda promovida por los demandantes en los términos que plasmaremos en la parte dispositiva con arreglo a lo argumentado hasta el momento.

La consecuencia de la estimación parcial del recurso y de la estimación parcial de la demanda no es otra que, en materia de costas procesales y por aplicación de lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cada una de las partes soportará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, con restitución a la entidad recurrente del importe del depósito constituido para apelar a que se refiere la Disposición Adicional 15 de la LOPJ.

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

F A L L O

ESTIMAMOS parcialmente el recurso de apelación articulado por la representación de CAIXABANK S.A contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 10 de Valencia de 28 de diciembre de 2017, que revocamos y dejamos sin efecto.

ESTIMAMOS PARCIALMENTE la demanda formulada por la representación de Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] contra CAIXABANK S.A y declaramos la nulidad de la "cláusula multidivisa" (quinta) inserta en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes en fecha 30 de marzo de 2007 por falta de transparencia en lo que concierne a lo pactado por referencia a yenes japoneses. Y en particular declaramos que:

d) El capital del préstamo deberá entenderse por el importe en euros -200.000 Euros - correspondiente al contravalor que resulta del exponiendo primero del documento notarial, al folio 16 de las actuaciones.

e) Amortización: el pago deberá efectuarse en idénticas condiciones a las pactadas en su día, como si el préstamo hubiera sido abonado en euros desde el inicio del contrato, efectuando los recálculos correspondientes en trámite de ejecución de sentencia.

f) También en cuanto a tipos de interés aplicable, será aplicado, desde el inicio, el interés que hubiera correspondido a un préstamo en euros, conforme a la previsión contenida en el documento: "Euribor incrementado en un punto porcentual", efectuando, en ejecución de sentencia, el recálculo pertinente de todas las cuotas correspondientes hasta su finalización. Se mantiene el índice de referencia establecido, y los sustitutorios, así como los diferenciales en la forma fijada en el contrato para el cálculo del tipo variable.

g) Han de entenderse suprimidas las referencias marginales, en el contrato, a opción multidivisa, divisas, cambio de moneda o similares.

Respecto de las costas de las costas de la primera instancia y las de la apelación cada una de las partes deberá soportar las causadas a su instancia y las comunes por mitad, con restitución a la recurrente del importe del depósito constituido para apelar.

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.