



Roj: SAP MU 1599/2016 - ECLI:ES:APMU:2016:1599
Id Cendoj: 30016370052016100330
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Cartagena
Sección: 5
Nº de Recurso: 145/2016
Nº de Resolución: 143/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE FRANCISCO LOPEZ PUJANTE
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

CARTAGENA

SENTENCIA: 00143/2016

N10250

C/ ANGEL BRUNA, 21-8ª PLANTA (CARTAGENA)

-

Tfno.: 968.32.62.92. Fax: 968.32.62.82.

AAR

N.I.G. 30035 41 1 2013 0004160

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000145 /2016

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.2 de SAN JAVIER

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000372 /2013

Recurrente: CATALUNYA BANC

Procurador: CARLOS MARIO JIMENEZ MARTINEZ

Abogado: FRANCISCO J. PELAEZ SANZ

Recurrido: Ángeles

Procurador: ALICIA ROS HERNANDEZ

Abogado:

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA

SECCION QUINTA (CARTAGENA)

ROLLO DE APELACION Nº 145/2016

JUICIO ORDINARIO Nº 372/2013

JUZGADO DE 1ª. INSTANCIA Nº 2 DE SAN JAVIER

SENTENCIA NUM. 143

Iltrmos. Sres.

D. José Manuel Nicolás Manzanares

Presidente

D. Jacinto Aresté Sancho

D. José Francisco López Pujante

Magistrados

En la ciudad de Cartagena, a 28 de junio de 2016.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia, con sede en Cartagena, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario nº 372/2013 -Rollo nº 145/2016-, que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Javier, entre las partes: como actora Dña. Ángeles , representada por la Procuradora Sra. Ros Hernández y dirigida por el Letrado Sr. Rubio Nadador, y como demandada "Cataluña Bank", representada por el Procurador Sr. Jiménez Martínez y dirigida por el Letrado Sr. Peláez Sanz. En esta alzada actúa como apelante la demandada, y apelada la actora, ambas con igual representación y asistencia. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don José Francisco López Pujante, que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero : Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de San Javier en los referidos autos, tramitados con el nº 372/2013, se dictó sentencia con fecha 15 de mayo de 2015 en la que se estimaba en parte la demanda interpuesta y se declaraban abusivas, nulas y por no puestas las cláusulas de opción multidivisas y causas de resolución contenidas en los pactos segundo c) y sexto bis (a excepción de los apartados a y d), del préstamo hipotecario de 7 de mayo de 2007, debiendo la entidad demandada realizar un recálculo de todo el contrato sin aplicación de la primera de las cláusulas, si bien, en relación con la cantidad que haya sido abonada y que exceda de lo que habría tenido que abonar , hasta el momento, por la nueva forma en que se ha de calcular, deberá imputarse al capital, todo ello, sin expresa declaración en cuanto al pago de las costas procesales.

Segundo : Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la demandada, exponiendo por escrito y dentro del plazo que al efecto le fue conferido, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado al demandante, emplazándole por diez días para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resultara desfavorable, dejando transcurrir dicho plazo sin presentar escrito alguno. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de treinta días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el núm. ya citado, que ha quedado para sentencia sin celebración de vista, tras señalarse para el día de la fecha su votación y fallo.

Tercero : En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero : Se alega en el recurso de apelación, en primer lugar, que si el contrato de préstamo hipotecario se suscribió el 7 de mayo de 2007 y la demanda se presenta el 31 de julio de 2013, han transcurrido en exceso los cuatro años de plazo de caducidad que el art. 1301 del Código Civil prevé para ejercitar la acción de anulabilidad en los casos de vicios del consentimiento, reiterando con ello el mismo argumento que ya formulara en su contestación a la demanda.

Pero ello supone confundir perfección del contrato y consumación, pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003 "En orden a cuando se produce la consumación del contrato (..), es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de nulidad del contrato de compraventa, con más precisión por anulabilidad pretendida por intimidación, dolo o error se produce a partir de la consumación del contrato , o sea, hasta la realización de todas las obligaciones (..) Este momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes (..) Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala, afirmando que el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo (..) y la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó". Por lo tanto, debe ratificarse el pronunciamiento de la sentencia apelada en lo referente al rechazo de este motivo de oposición.

Segundo : Se alega, ya en cuanto al fondo del asunto, que los prestatarios conocían perfectamente que el préstamo se había suscrito en yenes, de modo que el contrato se vería afectado por la fluctuación de dicha divisa, que se trata, por tanto, de una cláusula esencial del contrato con la consiguiente imposibilidad de que sea declarada abusiva, que no es cierto que la prestataria deba devolver mayor cantidad que la prestada, cosa distinta es que haya variado al alza el tipo de cambio, que cualquier persona entiende que si se suscribe

un préstamo en una moneda extranjera, la cantidad a devolver dependerá de la fluctuación del cambio de dicha moneda, que la nulidad declarada de la cláusula **multidivisa** no altera el hecho de que el contrato siga referenciándose en yenes japoneses, y no en euros, tal y como resulta de la cláusula primera del contrato que no ha sido declarada abusiva.

Por lo que respecta al concepto, funcionalidad y regulación de la denominada hipoteca **multidivisa**, hemos de partir de las consideraciones contenidas en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.015*.

Dicha Sentencia define este contrato, diciendo que "lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca **multidivisa**" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada período suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offer Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)", y señala que ".- Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo", situación ésta que, como se describió en anterior apartado de esta resolución, es la contenida en el caso examinado".

Esto es lo que explica que en el presente caso, conforme al documento núm. 2 de los aportados junto con la demanda, el importe exacto del préstamo a fecha 20 de agosto de 2012 (más de cinco años después de suscribir el contrato) fuera de 396.347'49 euros, cuando el capital prestado era de 287.980 euros.

Por otro lado, la normativa aplicable a este tipo de préstamo es tema tratado en la citada Sentencia del Tribunal Supremo, diciendo, al respecto, que "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 cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley.

La consecuencia de lo expresado es que no estamos, como se pretende hacer ver en el recurso, ante un contrato de fácil comprensión, por el contrario, se trata de un producto financiero en el que por su complejidad, la entidad prestamista 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.

Y, aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 3 de diciembre de 2.015 (asunto C- 312/14) parece excluir del ámbito de la Directiva 2004/39 a las operaciones que se refieren en divisas, siempre que no haya un efectivo servicio de cambio, tal consideración no afectaría más que a la aplicabilidad de la normativa MIFID pero dejaría siempre en pie los deberes de información y de transparencia exigibles conforme a la Directiva 93/13 cuya aplicabilidad al caso recuerda la propia Sentencia del Tribunal Europeo (párrafo 48).

Sin embargo, como ya apunta la sentencia apelada, y nada se dice en el recurso que tienda siquiera a desvirtuarlo, ninguna explicación complementaria se ofreció a la prestataria sobre el funcionamiento y las posibles consecuencias del contrato que firmaba, en particular, no consta que le mostrara cual sería el importe de las cuotas según el tipo de cambio existente a la fecha del contrato, como tampoco algún ejemplo de lo que podría suponer una determinada variación al alza del tipo de cambio de la divisa, tanto en el importe de dicha cuota, como, en especial, del efecto que tal variación supondría para el capital pendiente de amortización. No se ha aportado por la entidad de crédito, que es quien tiene la disponibilidad probatoria, el expediente formado para estudiar la solicitud y concesión del préstamo, y con solo el contenido escriturario, la claridad exigible no se da.

En este sentido, es ya numerosa la jurisprudencia que desde la perspectiva de las normas de protección y tutela de los derechos del consumidor, ha examinado casos sustancialmente idénticos, considerando abusivos préstamos de este tipo (vid, v. gr. Autos de Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, de 9 de noviembre de 2.015 , 14 de enero de 2.016 ó 7 de abril de 2016 .

Las líneas maestras de tal decisión se pueden sintetizar en las siguientes:

1º Con independencia de la concreta alegación de la parte, se recuerda la facultad y deber del órgano judicial de examinar de oficio la posible abusividad de las cláusulas contenidas en condiciones generales de contratos celebrados entre un profesional y un consumidor (Sentencias del Tribunal Supremo de 9.5.2013 y 22.4.2015, recurso 2351/2012 , y SSTJUE de 27.6.2000 y 14.6.2012), siempre y cuando se preserve el trámite de audiencia a las partes (artículo 83 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios , modificado por Ley 3/2014, de 27 de marzo).

2º La denominación o representación del préstamo en una divisa extranjera forma parte de las prestaciones esenciales del contrato, de modo que, conforme al artículo 4.2 de la Directiva 9/13 , queda excluido el posible examen de abusividad "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".

3º Ahora bien, la claridad exigible tiene una doble dimensión, afectante no sólo a la meramente gramatical sino muy especialmente también a la jurídica y económica, de manera que el contrato, predispuesto por el profesional, debe permitir al consumidor hacerse una idea exacta de la carga jurídica y económica que asume. Ello es particularmente exigible en los contratos que se refieren o versan sobre un producto financiero complejo como es el préstamo en divisa extranjera, garantizado además con hipoteca sobre la vivienda familiar, cuando el prestatario no recibe sus ingresos en esa divisa sino que tiene que adquirirla pagando su contravalor en euros, de manera que la operación de préstamo, por naturaleza conmutativa, se convierte en aleatoria.

4º A tal respecto, el Tribunal Supremo ha consolidado ya su doctrina, estableciendo, en la Sentencia del Pleno de 24 de marzo de 2.015 , por un lado, que a las condiciones generales que regulan el precio y su contraprestación, le es aplicable "un doble control de transparencia", puesto que "además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical", el control de transparencia que "tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo".

5º En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo **multidivisa**, instauró ya la misma interpretación de la Directiva, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo» (párrafo 73), por lo que concluye en el fallo que «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", doctrina que ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13.

Por todo ello, la única conclusión posible es la de desestimar el recurso de apelación, y confirmar la sentencia recurrida, también en lo que a este punto se refiere.

Tercero : Como ya se ha anticipado, se alega también en el recurso que al no haberse anulado la cláusula primera del contrato, el préstamo sigue referenciándose en yenes, por lo que poca eficacia práctica puede resultar de lo establecido en el fallo.

En efecto, es la cláusula primera del contrato la que establece que los prestatarios reciben "la cantidad de cuarenta y siete millones doscientos sesenta y nueve mil trescientos veinticinco yenes japoneses equivalentes a doscientos ochenta y siete mil novecientos ochenta euros (287.980,00 €), mediante abono en la cuenta número ...", razón por la que en el suplico de la demanda se solicitaba, además de que "se declare la nulidad de la opción **multidivisa**" (cláusula segunda, apartado c), también "el hecho de otorgarse el contrato en yens japoneses", pretensión ésta última que también debe entenderse estimada en la sentencia cuando ésta establece que "la entidad demandada deberá realizar un recálculo de todo el contrato, sin aplicación de la primera de las cláusulas. Si bien, en relación con la cantidad que haya sido abonada y que exceda de lo que se habría tenido que abonar, hasta el momento, por la nueva forma en que se ha de calcular, deberá imputarse al capital", pues teniendo en cuenta todo lo que se razona en los fundamentos de la resolución apelada, ese recálculo e imputación de lo abonado en exceso que el fallo ordena, sólo tiene sentido partiendo de que el préstamo debe entenderse concedido en euros por la cantidad equivalente a que hacía referencia la propia cláusula primera (287.980 euros).

Cuarto : Por último, se alega respecto de la abusividad de dos de las causas de resolución previstas en el contrato que "no se ha acreditado dicho desequilibrio, puesto que, tal y como puede comprobarse de dicha cláusula, las causas de resolución atienden a la modificación de las concretas circunstancias del préstamo" y que en lo relativo a una de las causas (que parcialmente se transcribe en el recurso, la referente a las oscilaciones entre la divisa concertada y el contravalor en euros) que la cláusula no ha sido aplicada por la entidad prestataria, por lo que el desequilibrio no se produce.

Al respecto, ésta última causa de resolución a que se refiere el recurso es la de la letra f) de la cláusula sexta bis, que se refiere al supuesto en que "Si por las oscilaciones de la divisa concertada el contravalor en euros de la deuda en un momento determinado llegase a ser superior al valor pericial de la finca, o si dicha desviación fuera superior al 5%, y el prestatario no cancelara parcialmente la deuda por la diferencia al objeto de mantener dicha proporcionalidad, según lo establecido en el pacto segundo letra D)." Se trata, en efecto, de una causa de resolución que no responde a un incumplimiento del prestatario, sino a una circunstancia ajena al mismo, como es que se produzca una fluctuación en la divisa concertada, pero sobre todo, es que nada se dice en el recurso que desvirtúe la decisión contenida en la sentencia, ya que el hecho de que no se haya aplicado una determinada cláusula no determina que la misma deje de ser abusiva, y, además, el que no se haya aplicado hasta la fecha no significa que la entidad favorecida por la misma no pueda hacerlo en el futuro, máxime teniendo en cuenta el plazo de amortización fijado y la previsible duración del contrato (25 años).

Quinto : De conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser desestimado el recurso procede imponer a la parte apelante el pago de las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por "CATALUNYA BANC", contra la sentencia dictada en fecha 15 de mayo de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de San Javier, en los autos de Juicio nº 372 de 2013, confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que esta resolución es firme al no haber recurso ordinario alguno contra ella, y ello



sin perjuicio de que si la parte justifica y acredita la existencia de interés casacional contra dicha sentencia podría interponerse recurso de casación en los términos del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta sección 5ª de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala, debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1 , 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ