

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Décima

C/ Ferraz, 41 , Planta 2 - 28008

Tfno.: 914933917

37007740

N.I.G.: 28.058.00.2-2015/0012549

Recurso de Apelación 1112/2016



O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 02 de Fuenlabrada
Autos de Procedimiento Ordinario 1559/2015

APELANTE:: BANCO SABADELL SA

PROCURADOR D./Dña. MARCELINO BARTOLOME GARRETAS

APELADO:: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS, ASUFIN

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

SENTENCIA N° 591/2016

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ

D./Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

D./Dña. MARIA BEGOÑA PEREZ SANZ

En Madrid, a veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis.

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 1559/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Fuenlabrada a instancia de BANCO SABADELL SA apelante - demandado, representado por el/la Procurador D./Dña. MARCELINO BARTOLOME GARRETAS y defendido por Letrado, contra ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS, ASUFIN apelado - demandante, representado por el/la Procurador D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON y defendido por Letrado; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 14/07/2016.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, siendo Magistrado Ponente D. JOSÉ MANUEL ARIAS RODRÍGUEZ .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Fuenlabrada se dictó Sentencia de fecha 14/07/2016, cuyo fallo es el tenor siguiente: “ESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Sanz Martín en nombre de ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) en representación de DON frente a BANCO SABADELL SA con los siguientes pronunciamientos. 1.- DECLARO la nulidad parcial del acuerdo suscrito en escritura pública, en lo que se refiere a las divisas, declarando así mismo de manera integradora que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a Euros, resultante de disminuir al importe prestado de doscientos sesenta y cinco mil euros (265.000) la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros. 2.- CONDENO a Banco Sabadell SA a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se deriven. Con condena en costas a la parte demandada” .

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de fecha 21 de noviembre de 2016, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 22 de noviembre de 2016.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habiéndose dictado sentencia en primera instancia, estimatoria de la acción de nulidad parcial ejercitada en la demanda con carácter principal, se alza en apelación la parte interpelada en solicitud de una sentencia que revoque en todos sus términos la sentencia referida, imponiendo las costas del recurso a la parte actora, caso de que se oponga al mismo. Se fundamenta dicha pretensión en la base impugnativa expuesta en el escrito de interposición del recurso de apelación, redactado conforme a lo dispuesto en el artículo 458 de la LEC y asentado en un único motivo de disenso donde se denuncia desde varias vertientes la apreciación errónea de la prueba practicada, lo que delimita el ámbito del enjuiciamiento en esta instancia.

Sentado lo anterior, el recurso de apelación no puede prosperar, en cuanto que en absoluto se han desvirtuado las inferencias obtenidas por la Juzgadora a quo en orden a la resultancia probatoria por los alegatos vertidos en el escrito de interposición del recurso de apelación, por lo que dichas inferencias han de quedar incólumes, tras el reexamen de todo lo actuado en el procedimiento originador, cual autoriza la naturaleza revisora del recurso de apelación. En efecto, sobre no afectar a la valoración de la realidad demostrativa la

calificación del préstamo multidivisa en liza como un producto de inversión (temática de la que nos hemos ocupado en diversas resoluciones, pudiendo citarse, entre otras, la emitida el día 22/9/2016, rollo de apelación 841/2006, sustentando la tesis de que un préstamo multidivisa no puede calificarse como un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto del contrato de préstamo, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución del mismo, como declaró la sentencia de 3 de diciembre de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Banif Plus Bank Lrt y Marton Lantos C-312/14), no por el hecho de compartir esa premisa, tomada como punto de arranque de la discrepancia con la respuesta judicial proporcionada en la primera instancia, ha de llegarse a la conclusión mantenida por la parte apelante de que se ha ponderado incorrectamente la actividad probatoria producida en los autos originales. Cierto que la iniciativa de la contratación del préstamo multidivisa partió de D. [redacted] pretendiendo con el mismo cancelar el que tenía en BBVA y pagar un tipo de interés entre 4 y 5 puntos inferior al Euribor, e incluso puede sustentarse que inicialmente no hubo asesoramiento, si la iniciativa partió del propio codemandante D. [redacted], quién se dirigió a la entidad bancaria demandada por recomendación de un amigo o compañero, cual puntualizó en el acto del juicio. Sin embargo no puede por ello concluirse que inexistió en el supuesto enjuiciado el vicio del consentimiento con cuyo acomodo se instó la acción de nulidad ejercitada y que se aquilató inadecuadamente el bagaje probatorio. En puridad, la parte apelante no descendió en el escrito redactado al socaire del artículo 458 de la LEC a analizar la totalidad de los elementos probatorios integradores del bagaje heurístico, sino que limitó su examen a algunas de esas probanzas, incluso de forma parcial, lo que es predicable por antonomasia del testimonio de D. [redacted], Gestor Comercial del Banco Gallego y que comercializó el producto, además de omitirse el resultado que arroja la prueba pericial, siendo asaz reveladora la naturaleza de las preguntas que fueron formuladas en el acto del juicio, difícilmente encaminadas a ensombrecerlo, al perito propuesto por la parte demandante, D. Julio César Calvo Melvar, quien redactó el informe obrante a los folios 49 y ss, cuyo valor probatorio fue impugnado en el acto de la audiencia previa, lo que mal cohonesto, dicho está, con la índole de las preguntas dirigidas por la dirección letrada de la entidad demandada, no obstante la contundencia de sus afirmaciones.

Es de destacar en este sentido que el perito referido señaló en las conclusiones de su informe que, entre otras, que la aplicación del cambio vendedor/comprador por parte del banco, con una diferencia de +2 respecto al tipo de cambio de la divisa establecido por el Banco Central Europeo implica que el acreedor (rectius, deudor) hipotecario pese a deber, al mismo momento de la hipoteca, un 4% más de lo que debería, si se hubiese endeudado en euros, de lo que nada se advirtió a D. [redacted] en la escritura, cual apostilló el perito en el acto del juicio, así como que “D. [redacted] realizó un viaje de ida y vuelta del yen al franco suizo, durante varios meses de 2009 y principios del 2010, que le supuso, principalmente por la aplicación dos veces del juego bancario de cambios vendedor/comprador, un coste de 2.497.668,96 yenes, un 6,38% de incremento de su deuda hipotecaria, al cambio 20.114,91 euros”, “que una persona que conociera los mercados financieros y de divisas, sabiendo que la gráfica del E/yen estaba en la zona de resistencia desde agosto de 2007 (máximos históricos del euro frente al yen), sometido a fuerte volatilidad no habría contratado en febrero de 2008 un préstamo multidivisa en yenes, que “la hipoteca multidivisa contratada por D. [redacted] y sus padres es una operación conocida como “carry trade”, es decir, endeudarse en yenes a un bajo tipo de interés (Libor en yenes más un diferencial, para financiar inversiones en otra divisa, en este caso el euro, en cuyo mercado el tipo de interés de dicho endeudamiento es más alto (Euribor más diferencial) o que “En este contexto

internacional del mercado de divisas en el que nadie se endeuda en yenes y se desenvuelven aceleradamente los préstamos en dicha moneda ante la inminente revalorización, el Banco Gallego asesora a D. y sus padres que constituyen una hipoteca en yenes, hipoteca que, en el momento de su constitución, no dejaba la menor duda de que les resultaría enormemente gravosa como así ha resultado” mostrando el perito en el acto del juicio que ese 4% más que debe la parte actora por la hipoteca multidivisa nada se dice en la escritura, al igual que sucede con el cambio de divisa y tiene ese perjuicio de ese 4%-2+2 en cada cambio de divisa. Estuvo 11 ó 12 meses en el franco suizo, dato extraído de los datos fiscales aportados por el Banco Sabadell, y en esos 11 ó 12 meses en el franco suizo, le costó 20.000 euros al prestatario”. Particularmente significativa ha sido la respuesta a la pregunta primera del Sr. Letrado de la parte demandada, sobre si para el perito el préstamo en cuestión era un derivado financiero y una verdad inmutable, a lo que contestó: “Hay que ver las cuotas de cada entidad financiera. En el caso de esta entidad cojo las cuentas de los años 2008 y 2007 y veo si el Banco Gallego tenía yenes. Si no los tenía ni los ha pedido prestados, no los ha podido prestar y si no se los ha pedido al banco japonés, tampoco los ha podido prestar. Entonces lo que ha hecho es prestar euros. De hecho, la hipoteca quien la recibe, la recibe en euros y la cuenta es en euros. De hecho ni siquiera este señor tiene una cuenta en euros”.

Se transcribe casi literalmente algunas de las puntualizaciones pormenorizadas por el perito D. Julio César Calvo en el acto del juicio por su enjundia para el enjuiciamiento, no sólo por ser categóricas sus conclusiones, sino también por cuanto, cual queda dicho, no ha intentado desnaturalizarse a través de las escasas preguntas que le fueron dirigidas por la dirección letrada de la parte demandada en el acto del juicio; elemento probatorio que sí tomó en consideración expresamente por la iudex a quo en la sentencia recurrida. Asimismo tuvo en cuenta la exigüa actividad probatoria desplegada por la parte apelante en lo concerniente a la documental atinente a la información precontractual proporcionada al codemandante. En este sentido es de resaltar que sólo se han aportado cuatro documentos en el escrito de contestación, documentos que carecen de toda virtualidad para decantar la convicción de este órgano judicial de forma distinta de la Juzgadora a quo, dado que el documento nº 4 lo único que denota es que el 19/4/2012, a instancia de Alvarez se traspasó el préstamo multidivisa que mantenía en la oficina del Banco Gallego de Guadalajara a la oficina de Móstoles, con cambios en los números de las cuentas, sin que pueda derivarse de ese documento la inferencia que se redarguye en el recurso de que “en todo momento el actor ha negociado las condiciones del préstamo, cuando lo ha considerado oportuno”, aserto que no deja de producir perplejidad en este Tribunal, al igual que la afirmación de que, al obviar dicho hecho, se ha incidido en incongruencia, pese a que la sentencia se atempera plenamente a las pretensiones de ambas partes litigantes. Si se está aduciendo que se incurrió en incongruencia omisiva, cual es conocido, debió de haberse acudido al instituto del complemento de sentencia del artículo 225 de la LEC.

El documento nº 3 de la contestación, reconociendo que los prestatarios han recibido la correspondiente información sobre la hipoteca multidivisa, siendo conscientes de los riesgos inherentes que conlleva dicha inversión, plantea una problemática que hemos abordado en reiteradas ocasiones, rechazando por reprobables este tipo de documentos, máxime en el casus datus, en que ni los padres de D. tuvieron contacto alguno con los empleados de Banco Gallego, salvo la firma de la escritura, además de estar desprovisto de todo valor que se aluda a que se ha recibido la correspondiente información sobre la hipoteca multidivisa, si, con el propio escrito de contestación a la

demanda no se ha aportado ninguna acreditación por escrito de esa información, siendo, además, hartamente extraño que se haya hecho firmar documentos de ese jaez y, en cambio, no exija que se firmen las hipotecas que ya afirmó D. haber realizado. Pues bien, si esas simulaciones se reconducen a la comparativa existente en el anexo 20 del informe pericial confeccionado por D. Julio Cesar Calvo Melvar cual es evidente esa información es a toda luz irrelevante e inexacta. Así lo remarcó el perito referido en la página 3 de su informe, al señalar “Observese cómo el Banco Gallego basa su análisis en el “a cómo te sale la cuota”, sin dar información alguna sobre el efecto de las fluctuaciones de la divisa sobre la deuda hipotecaria, mostrando a D. que la hipoteca multidivisa se va a desarrollar a lo largo de 25 años de su vigencia en un escenario de Euribor en máximos históricos (escenario de los 3 primeros trimestres de tres años) a la par que el Libor a) yen va a permanecer bajo”. A renglón seguido, se apostilló por el perito preindicado “El Banco Gallego le está diciendo a D. que la única variable que le afecta a la hipoteca multidivisa es el tipo de cambio JPY/E ya que los escenarios planteados sí contemplan dichas variaciones del cambio JPY/E, (130 y 106,48 JPY/E), pero nada dicen ni de las posibles variaciones en los tipos de interés, tanto del Euribor como del Libor, ni de los efectos de los incrementos en el capital pendiente o deuda hipotecaria derivados de las posibles revalorizaciones del yen. Sólo se habla de la cuota. En el acto del juicio todavía fue más concluyente el perito al enfatizar que “este señor firmó la hipoteca a 158,65 y te saldría igual que si el yen subiese a 106, que baje el tipo de cambio no significa que el yen suba, es al revés. Entonces es cierto que con el yen a 106 este señor pasa a deber el 50% más de su hipoteca. Entonces ahí está su perjuicio... in fine”.

No habiéndose intentado eclipsar esas conclusiones más que con el único refrendo que proporciona el testimonio del empleado del Banco Gallego. D.

en términos de que se informó cumplidamente a la parte prestataria, el designio de que se hipervalore ese testimonio, cual es paladino, no resiste el menor embate dialéctico, cuando, por una parte, esa comparativa se ha demostrado que es desatinada, y, por otra, se facilitó en el mismo día de la firma, lo que diafaniza que no había existido previamente la información necesaria, sin que por lo demás, el propio empleado de la entidad ahora apelante incluso abone plenamente la tesis preconizada por la parte procesal antedicha en su línea discursiva, al haber declarado que D. “venía únicamente porque le había comentado un amigo, sabía un poco que era muy buena, que el tipo de interés era muy bueno y que iba a pagar bastante menos”, además de haber reconocido que no se informó sobre algunos extremos como el fixing, lo que en absoluto es desdeñable, además de indicar que el día de la firma el director llevaba la información del mejor y peor escenario, pues si ello es así, sería al no haber proporcionado esa información de forma suficiente y con la antelación suficiente, así como que creía que se reunieron el testigo y D. en dos ocasiones.

Corolario de cuanto se ha dejado razonado es que es omisión importante en la información proporcionada al codemandante D. sobre aspectos esenciales del contrato conjuntamente con los datos erróneos que revistió en los supuestos referidos al glosar la prueba pericial, produjo ineluctablemente un conocimiento equivocado sobre el verdadero riesgo asumido, incidiéndose de esta suerte en un error sobre la existencia del contrato y de entidad suficiente para invalidar el consentimiento, además de excusable. En efecto, corolario de esa falta de información acabada de los actores es que sí se ha de entender colmado el primer presupuesto a que se subordina la prosperabilidad de la acción de anulabilidad por vicio de consentimiento, esto es que sea esencial, pero también que sea

excusable. Como ya señalábamos en la sentencia Como ya señalamos en la sentencia dictada el día 30 de marzo de 2012 en el Rollo de Apelación 82/2012, la formación de la voluntad negocial y la prestación de un consentimiento libre, válido y eficaz exige necesariamente haber adquirido plena conciencia de lo que significa el contrato que se concluye y de los derechos y obligaciones que en virtud del mismo se adquieren, lo que confiere especial importancia a la negociación previa y a la fase precontractual, en que cada uno de los contratantes debe poder obtener toda la información necesaria para poder valorar adecuadamente cuál es su interés en el contrato proyectado y actuar en consecuencia, de tal manera que si llega a prestar su consentimiento y el contrato se perfecciona lo haga convencido de que los términos en que éste se concreta responde a su voluntad negocial. El problema se desplaza en este estadio a elucidar si ese error es imputable a quien lo padece y no ha podido ser evitado mediante el empleo por el que lo sufrió de una diligencia media o regular, teniendo la condición de las personas, no sólo del que lo invoca, sino también de la otra parte contratante cuando el error pueda ser debido a la confianza provocada por las afirmaciones o la conducta de éste (SSTS de 6-6-1953, 27-10-1964 y 4-1-1982, entre otras), es decir, que el error sea excusable, entendida esa excusabilidad en el sentido de inevitabilidad del mismo por parte de quien lo padeció, requisito no mencionado nominatum en el Código Civil, pero deducible de los principios de autoresponsabilidad y buena fe (art. 7 del mismo texto legal). Como ya señalamos en la sentencia de 19-4-2012 “la jurisprudencia a la hora de apreciar la excusabilidad del error utiliza el criterio de la imputabilidad de que lo invoca y el de la diligencia que le era exigible en la idea de que cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales para ella en los casos en que tal información le era realmente accesible, pero debiendo asimismo apreciarse la diligencia atendiendo a las circunstancias de las personas, con lo que es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o experto (SSTS de 28-2-1974 y 18-4-19781 y, por el contrario, la diligencia exigible es menor cuando se trata de persona inexperta que negocia con un experto, como también ha de aquilatarse, como queda dicho, si la otra parte coadyuvó con su conducta o no, aunque no haya incurrido en dolo”

Por lo demás, ha de ponerse de relieve que, como tantas veces hemos proclamado, la información en el sistema bancario es básica para el correcto funcionamiento del mercado de servicios bancarios, siendo su finalidad tanto lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los supuestos que intervienen en él, fundamentalmente a través de la información contractual. La Ley 24/1988, de 28 de julio, ya establecía como regla general cardinal del comportamiento de las entidades de crédito frente al cliente la diligencia y transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente cuidando de los intereses de los clientes como propios, habiendo sido resaltado por la STS de 14/11/2015 el deber informativo que pesa sobre las entidades financieras, dada su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente. En suma, no se ha valorado incorrectamente la prueba practicada, lo que aparece inexcusablemente la claudicación del recurso.

SEGUNDO.- Consecuencia del inacogimiento del recurso es que, a tenor del artículo 398 de la LEC, se impongan a la parte apelante las costas procesales causadas en este grado jurisdiccional, al no plantear la materia litigiosa seria duda fáctica o jurídica.

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Marcelino Bartolomé Garretas, en representación del Banco Sabadell, SA, frente a la sentencia dictada el día catorce de julio de dos mil dieciséis por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Fuenlabrada en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos confirmar y confirmamos la resolución indicada, e imponemos a la parte apelante las costas procesales causadas en esta instancia.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina Nº 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 2577-0000-00-1112-16, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal y autenticada al Rollo de Sala núm. 1112/2016, 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