



SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
Avda. Tres de Mayo nº3
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 20 86 56
Fax.: 922 208655
Email: s03audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación
Nº Rollo: 0000346/2016
NIG: 3802641120140002247
Resolución: Sentencia 000019/2017

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen:
0000343/2014-00
Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de La
Orotava

Intervención:
Apelado
Apelante

Interviniente:
BANCO POPULAR ESPAÑOL

Abogado:

Procurador:
Antonia Betancor Socas
María De Los Angeles Martín
Felpe

SENTENCIA

Iltras. Sras.

Presidenta

D^a. MACARENA GONZÁLEZ DELGADO

Magistradas

D^a. CARMEN PADILLA MÁRQUEZ

D^a. MARÍA LUISA SANTOS SÁNCHEZ (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a veinticuatro de enero de dos mil diecisiete.

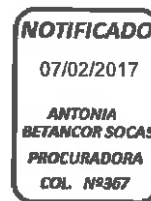
Visto, por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, integrada por las Ilmas. Sras. antes reseñadas, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción número 1 de La Orotava, en los autos número 343/2014 seguidos por los trámites del juicio ordinario y promovidos, como demandante, por DON _____, representado por la procuradora Doña Antonia Betancor Socas y dirigido por la letrada doña Patricia Gabeiras Vázquez, contra la entidad BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representada por la procuradora Doña María de los Ángeles Martín Felipe y dirigida por el letrado Don Daniel Machado Rubiño, ha pronunciado, EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia, siendo ponente la Magistrada Doña María Luisa Santos Sánchez, con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución apelada.

SEGUNDO.- En los autos indicados el Sr. Juez Don Sergio Oliva Parrilla, dictó sentencia con fecha veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

«Que **ESTIMANDO** la demanda presentada por la Procuradora Sra. Betancor Socas, en la representación de D. _____
contra **BANCO POPULAR ESPAÑOL**





S.A., debo:

a) *Declarar la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 26 de septiembre de 2008, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa.*

b) *Declarar que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por el demandante es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (170.000 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos.*

c) *Condenar a la demandada BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. a estar y pasar por las anteriores declaraciones.*

d) *Condenar a la demandada al pago de las costas procesales.».*

TERCERO.- Notificada debidamente dicha sentencia, se presentó escrito en los autos por la representación de la parte demandada, en el que interponía recurso de apelación contra tal resolución con exposición de las alegaciones en las que fundaba la impugnación, del que se dio traslado a las demás partes por diez días, plazo en el que la representación de la parte demandante presentó escrito de oposición al mencionado recurso.

CUARTO.- Remitidos los autos con los escritos del recurso y de oposición a esta Sala, se acordó, una vez recibidos, incoar el presente rollo, designar Ponente y señalar para la votación y fallo del presente recurso el día dieciocho de enero del año en curso, en el que ha tenido lugar la reunión del Tribunal al efecto.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales. Ha sido designada Ponente la Ilma. Sra. D^a. María Luisa Santos Sánchez, Magistrada de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha reseñado en el primero de los precedentes antecedentes de hecho, la sentencia dictada en la precedente instancia estima en su totalidad la demanda iniciadora de la presente litis y declara la nulidad parcial del préstamo hipotecario objeto de autos en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, estableciendo como efecto de esa nulidad que la cantidad adeudada por el actor es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado -170.000 euros- la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, y condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esas declaraciones y al pago de las costas procesales.

Frente a la indicada resolución se alza la entidad bancaria demandada, quien solicita la revocación del pronunciamiento de anulación parcial antes aludido y el condenatorio en costas, desestimando la demanda contra ella interpuesta y absolviéndola de los pedimentos relacionados con esos pronunciamientos recurridos, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte actora. Como motivos de apelación, lleva a cabo previamente una síntesis del objeto de la controversia, la demanda, los antecedentes fácticos más relevantes,





de los motivos de oposición de esa parte, de la sentencia y, por último, de los motivos de apelación, invocando las infracciones de derecho adjetivo de aplicación, la indebida aplicación del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores en la redacción introducida por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspone la Directiva MIFID, la inaplicación del artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la equiparación en la sentencia de una eventual falta de información con el error invalidante, exponiendo de forma más detenida y detallada los argumentos en los que apoya los aludidos motivos.

El actor se opone al recurso e interesa su desestimación íntegra, con expresa condena de las costas causadas en la segunda instancia. Como alegaciones en las que sustenta esa oposición, realiza con carácter previo las precisiones que considera necesarias sobre las posiciones de las partes señaladas en el recurso y sobre los motivos de estimación de la demanda así como un breve resumen de los hechos no controvertidos y de los expresamente admitidos de contrario, a efectos del presente recurso. Seguidamente, Rebate las alegaciones del recurso tanto en relación a la naturaleza del producto y a la procedencia o no de aplicar la normativa MIFID como a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la naturaleza de las hipotecas multidivisa, así como respecto a la aplicación de las normas de la carga de la prueba, destacando que es a la entidad demandada a quien incumbía probar el cumplimiento por la misma de sus deberes de información pre y post contractual y negando el error en la valoración de la prueba alegado de contrario, refutando igualmente las alegaciones de la demandada-apelante sobre inexistencia de error en el consentimiento, sobre los conocimientos de dicho actor para entender la naturaleza del producto, y sobre la aplicabilidad de la teoría de los actos propios, rechazando que haya una confirmación contractual por su actuación posterior a la firma del contrato, en particular, por el cambio de divisa realizado.

SEGUNDO.- El examen de lo actuado conduce al fracaso del recurso. Ha de ponerse de manifiesto con carácter previo que este tribunal comparte plenamente tanto la valoración probatoria llevada a cabo por el juez de la instancia de un modo conjunto, objetivo, e imparcial, con arreglo a las reglas de la razón y de la sana crítica, como la aplicación del Derecho, expuesto todo ello con rotunda claridad y detenimiento en la sentencia recurrida, y más en concreto en sus fundamentos de derecho, y ello por ajustarse a la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al examinar y resolver sobre préstamos hipotecarios como el de autos, resultando en consecuencia innecesaria la reiteración de esa fundamentación jurídica en la presente resolución.

Sentado lo anterior, y atendiendo especialmente a las cuestiones suscitadas en esta alzada, no puede obviarse que el actor (bombero de profesión y con estudios básicos, como se señala en la demanda no siendo hechos controvertidos) ostenta la condición de consumidor, y se encuentra protegido por las disposiciones legales tuitivas de los consumidores y usuarios, plenamente aplicables al caso, al igual que la normativa atinente a las condiciones generales de la contratación, incumbiendo en consecuencia a la entidad demandada -como incluso refiere su propio letrado en la vista del juicio- la carga de probar que ha cumplido el deber de información a ella exigible (es decir, informar de modo suficiente y claro sobre la naturaleza y efectos del producto contratado e igualmente de que es adecuado a tenor de las propias necesidades y concretas características del cliente), carga probatoria exigible conforme se establece en los apartados 3 y, especialmente el 7 (disponibilidad y facilidad probatoria), del





artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo patente que esa demandada se encuentra en mejor situación para probar tales extremos indicados en cuanto conocedora con detalle y profundidad del préstamo multidivisa objeto de estos autos, siendo ella quien debía proporcionar a su cliente toda la información de la que disponía, haciendo especial hincapié en los riesgos que la operación conllevaba, en cuanto ello era relevante para la adopción de la decisión sobre su contratación o no. También debe tenerse en cuenta que el préstamo llamado "multidivisa" concertado por las partes aquí litigantes -y objeto de estos autos- debe superar el control de transparencia, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, nº 705/2015, que, con remisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reseña que conforme a la sentencia de este último de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, el contrato debe exponer *"de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste"*, interpretación corroborada en la sentencia de este mismo Tribunal de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, que señala 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 un 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), y concluir 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"* (también en este sentido la sentencia de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13).

Y, como se ha dicho, recogiendo con detalle en los fundamentos de derecho segundo y tercero de la sentencia recurrida, no puede reputarse debidamente cumplido ese deber de información, apareciendo por el contrario que el hoy actor-apelado recibió tan sólo una información limitada al devengo de los intereses en el momento de la contratación, indicándole que serían inferiores -y más beneficioso para él- si el préstamo se concertaba en yenes que si se hacía en euros, pero sin referirle los riesgos que podía entrañar la contratación en divisas porque la volatilidad del yen podía hacer subir los intereses y porque esta misma circunstancia podía determinar un incremento de la deuda, como así resulta del informe del perito Sr. Díaz Zárate quien indica el elevado nivel de riesgo de este tipo de préstamos y la necesidad de que





se den a conocer al prestatario/inversor todas las consecuencias financieras de la operación contratada, sobre todo, por el incremento que puede tener la deuda total, afectando tanto a los intereses sino también al capital, debiendo igualmente tenerse en cuenta la profesión del actor -bombero- y su falta de experiencia en el complejo mundo financiero, lo que permite presumir la carencia de conocimientos económico-financieros suficientes que le pudieran proporcionar los elementos de juicio necesarios para comprender todas las características del producto aquí controvertido -sobre todo, la evolución de los tipos de cambio y de los tipos de interés, con simulaciones del riesgo de esa evolución que incluyeran diferentes escenarios, normales y extremos-, y decidir sobre su contratación.

Es más, no consta debida ni suficientemente acreditado que el actor hubiera sido convenientemente informado de las consecuencias económicas de la operación ni de los riesgos a los que se avocaba al mismo cuando al tiempo de concertarse el préstamo -septiembre de 2008- había ya en los mercados financieros e interbancarios previsiones de bajadas de los tipos de interés en la zona Euro, ni tampoco de que, como así ocurrió, podría no haber una disminución periódica del importe del principal adeudado (verbigracia, siendo el importe del préstamo de 170.000 euros en el momento de la concertación, tres años años después, y pese a los pagos periódicos realizados por el actor, en noviembre de 2011 ese principal era de 230.302,65 euros, según documentación acompañada a la contestación a la demanda -extracto del ejercicio 2011- y cinco años después, en noviembre de 2013, según el informe pericial aportado con la demanda, 213.238,05 euros), sin que quepa interpretar el interrogatorio de dicho actor del modo más parcial y sesgado que efectúa la parte apelante, en cuanto que lo que se desprende en realidad del conjunto de esa declaración que la finalidad última de aquél era la de obtener un ventajoso tipo de interés de modo que la operación de préstamo le resultara menos costosa y en ningún caso especular con dicha operación y menos aún en lo relativo al capital prestado, sin que a tal efecto pueda estimarse suficiente lo declarado por las testigos empleadas de la entidad ahora apelante (en especial, de quien intervino en la contratación del préstamo), de las que no se evidencia la existencia de una información clara y precisa sobre los distintos escenarios que pudieran darse (con cantidades y cálculos concretos), siendo insuficiente que se le informara y conociera la volatilidad de las divisas y sin que los actos posteriores llevados a cabo por dicho actor (como la ausencia de quejas y el cambio de divisa a euros por él solicitado y llevado a cabo) puedan entenderse en el sentido señalado por la apelante, apareciendo por el contrario tales actos como reacción normal tendente al percatarse efectivamente de los perjuicios ocasionados por esa operación (así, en los extractos de información aportados por la apelante al contestar y oponerse a la demanda correspondientes a los años 2008 a 2010 no se recoge ninguna información sobre el capital pendiente en euros, figurando sólo en el de 2011, al producirse el cambio de divisas en noviembre de ese año), sin que en ningún caso pueda interpretarse como convalidación la falta de una información completa y clara en el momento de la contratación del producto.

Tampoco lo alegado por la apelante sobre la indebida aplicación de la normativa MIFID tiene virtualidad bastante para apoyar su pretensión revocatoria pues aunque la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que esa parte cita, de fecha 3 de diciembre de 2015, no llegue a considerar en si misma a la operación de préstamo al consumo denominada en divisa como un instrumento financiero ("no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición", el artículo 4, apartado 1, punto 2 de la Directiva 2004/39), pudiendo ello implicar la no aplicación del artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores,





debe mantenerse el deber de información de la entidad apelante en aplicación de la legislación protectora de los consumidores y usuarios, que establece el control de transparencia mencionado con anterioridad, deber que, como se expone en la sentencia apelada y se reitera en la presente, no se ha cumplido.

Es asimismo improsperable la alegación sobre la equiparación en la sentencia recurrida de la falta de información con el error invalidante, pues en el presente caso el vicio del consentimiento por error radica en la falta de un conocimiento completo y exacto del producto contratado y de los riesgos inherentes al mismo, reputándose en definitiva ese error excusable para el actor en cuanto por haberle suministrado la entidad demandada hoy apelante una información inadecuada, incompresible e incompleta conoció equivocadamente tales riesgos.

Por último, respecto a la alegación atinente al préstamo en divisas y la incidencia de la fluctuación de éstas, ha de significarse su fracaso, por ser la aleatoriedad del contrato como consecuencia de esa fluctuación la que precisamente determina la necesidad de que la información al consumidor sea más concreta y detallada para poder llegar a comprender de modo claro y preciso el riesgo de la operación, operación tendente, no se olvide, a la adquisición de una vivienda y no a realizar una operación inversora, de mero carácter especulativo.

TERCERO.- En atención a lo expuesto, procede la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de la sentencia recurrida, con imposición a la entidad apelante de las costas causadas en esta alzada (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y procedente aplicación,

FALLO

1º. Desestimamos el recurso formulado por la procuradora Doña María de los Ángeles Martín Felipe, en la representación procesal que ostenta de la entidad mercantil demandada, Banco Popular Español S.A.

2º. Confirmamos en su integridad la sentencia apelada.

3º. Imponemos a la referida apelante las costas causadas en esta alzada.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., si se hubiera constituido.

Contra la presente sentencia, dictada en un juicio ordinario tramitado por razón de la cuantía que no excede de seiscientos mil euros, caben, en su caso, recurso de casación por interés casacional (art. 477.3 de la LEC) y recurso extraordinario por infracción procesal, éste solo si se formula aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la LEC), y si se interponen ambos en legal forma en el plazo de veinte días ante este Tribunal previa la constitución del depósito en la forma y cuantía legalmente prevenidas.

Notifíquese esta resolución a las partes en la forma que determina el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.





Una vez firme dicha resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de Primera Instancia de su procedencia, con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento y a los efectos legales oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Publicada ha sido la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. que la firman y, leída ante mí por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en audiencia pública del día de su fecha, como Secretaria de Sala, certifico.-



