

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Octava

C/ Ferraz, 41 , Planta 1 - 28008

Tfno.: 914933929

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2013/0157664

Recurso de Apelación 537/2014



O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 84 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 1201/2013

APELANTE: BARCLAYS BANK, S.A.
PROCURADORA Dña. ADELA CANO LANTERO

APELADO:
PROCURADORA Dña. SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO RINCÓN

SENTENCIA N° 157/2015

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JESÚS GAVILÁN LÓPEZ
D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ
D. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

En Madrid, a catorce de abril de dos mil quince. La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Sres. Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio ordinario, número 1201/2013, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 84 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelada, **Dña.** y **D.**

representados por la Procuradora Dña. Sharon Rodríguez De Castro Rincón , y de otra, como demandada-apelante, **BARCLAYS BANK, S.A.**, representada por la Procuradora Dña. Adela Cano Lantero.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el **Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 84 de Madrid, en fecha 12 de mayo de 2014, se dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Estimo la demanda presentada por D. Y D^a
contra BARCLAYS BANK S.A., y en consecuencia:

- a) Declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 31 de julio de 2008 identificada en esta resolución, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa.
- b) Declaro que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciando a euros, resultante de disminuir a importe prestado (260.755.- 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, entendiéndose que el préstamo lo fue de contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de 260.755.- euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (LIBOR a un mes + 0,82), conforme a lo explicado en esta resolución.
- c) Condono a la demandada **BARCLAYS BANK S.A.** a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.
- d) Condono a la demandada al pago de las costas procesales."

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.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública para la resolución del presente recurso, quedó en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 4 de marzo de 2015.

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

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. _____ y D^a.

interpuso demanda contra la entidad “Barclays Bank, S.A.U.” en la que interesa, como se recoge en la sentencia de instancia, la nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por las partes el 31 de julio de 2008, en lo que se refiere a las divisas, que conllevaría la declaración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (260.755 euros) la cantidad amortizada, también en euros, en concepto de principal e intereses; subsidiariamente, para el caso de que se estime que el contrato no puede subsistir sin las cláusulas “multidivisa”, la nulidad total del contrato, condenando a la entidad demandada a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en euros con un tipo de interés equivalente al Euribor más 0,82 puntos; o, también de forma subsidiaria sobre las peticiones anteriores, la declaración de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y buena fe de la entidad bancaria demandada, en su parte referida al derivado financiero, condenando a dicha entidad a indemnizar, en concepto de daños y perjuicios, la pérdida patrimonial sufrida sobre los criterios establecidos en la prueba pericial aportada con la demanda; y por último, con el mismo carácter subsidiario, la condonación de parte de la deuda pendiente de pago en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Demanda que se apoya en las siguientes y extractadas alegaciones:1ª) En esa fecha los demandantes, clientes minoristas sin conocimientos financieros ni experiencia en productos de inversión ni especulativos, suscribieron con la demandada un préstamo “multimoneda” con garantía hipotecaria por importe de 260.755 euros, adeudando en julio de 2.013 la cantidad de 299.283,57 euros, incrementándose el principal pendiente en casi 40.000 euros, cuando, de no haberlo suscrito, el principal adeudado sería de 223.552,91

euros, por lo que se solicita esa nulidad en lo que se refiere a su disponibilidad en las divisas en él mencionadas, incluida la primera representación en yenes japoneses. 2ª) En 2.007 tenían un préstamo auto-promotor con Caja Madrid que sirvió para la construcción de una vivienda unifamiliar, que subrogaron con la demandada por la cantidad de 247.919,78 euros. En 2.008, por los altos niveles de los tipos de interés, Euribor, unido a la existencia de un préstamo personal, se les propone un nuevo tipo de préstamo multimoneda representado inicialmente en yenes que tenía como ventajas refinanciar el préstamo hipotecario y unificar gastos. Limitándose la directora de la sucursal a mencionar las pautas básicas del préstamo, poniendo de relieve sus ventajas, sin explicar nada sobre la evolución previsible de la paridad euro/yen. Constituyéndose la hipoteca por un 44,16% sobre el valor de tasación del inmueble. Ocultando que el cambio a la divisa afecta a la cuota y determina un “nuevo” capital a amortizar cuyo contravalor en euros puede llegar ser muy superior al de la cantidad prestada. Es indispensable proporcionar al cliente una información completa acerca de las previsiones de evolución de los tipos de interés y de cambio de las monedas. El Notario no advirtió sobre los riesgos, entendiéndolo que en cualquier momento podían volver a euros con un coste mínimo. 3ª) En verano del 2.008 el euro inició una fuerte depreciación respecto al yen como era previsible, por lo que a partir de abril de 2.012 comienzan a tener problemas para abonar las cuotas, solicitando una carencia sin que fueran atendidos, si bien el Director les informó que para concederles la carencia se les duplicaba el diferencial aplicado al tipo de interés del préstamo, debiendo abonar al menos 700 euros al mes. Después la nueva directora añade que han de firmar una carta exonerando de responsabilidad a la entidad, antedatada a 31 de julio de 2.008. 4ª) El préstamo estaba referenciado al Libor que ha sido manipulado en el periodo comprendido entre los años 2.005 y 2.009 por lo que fue sancionada la demandante con otras entidades. La contratación se produjo en el momento del máximo histórico en el cambio euro-yen, sin que se informara después de la fuerte apreciación del yen, siendo la mejor opción abandonar esta divisa. 5º) El préstamo en cuestión es un producto híbrido, estructurado.

SEGUNDO.- Demanda a la que se opuso la entidad demandada alegando, siguiendo la síntesis de la sentencia apelada, que los demandantes recibieron un préstamo en yenes que debe ser devuelto en yenes, con pleno conocimiento de los riesgos asociados al tipo de cambio y que la firma del contrato obedeció a las favorables previsiones existentes en julio de 2008 sobre el cambio euro/yen y la evolución del Euribor y del LIBOR. Según la

contestación a la demanda, fueron los actores quienes asumieron la iniciativa contractual de solicitar esta modalidad concreta de hipoteca multidivisa. La demandada disiente de la consideración de la hipoteca multidivisa como un producto híbrido que encubre un derivado y considera que la estructura y funcionamiento de los derivados son por completo ajenos al desenvolvimiento del préstamo. Y, sobre la información de la que disponían los demandantes, la demandada alega que el personal que les atendió les ofreció una información completa sobre las características, ventajas e inconvenientes del préstamo, que quedaron también reflejadas en la escritura notarial.

Ya en el terreno jurídico, la defensa de Barclays Bank niega el sometimiento del contrato a la LMV y considera que no es aplicación el TRLGDCU ni la LCGC, porque las cláusulas del préstamo son cláusulas negociadas individualmente y redactadas con respeto a los requisitos de claridad, sencillez y concreción. La anulabilidad basada en vicios del consentimiento tampoco puede prosperar, a su juicio, porque no concurren los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para la apreciación del dolo omisivo y/o del error en el consentimiento. Respecto de la acción de resolución contractual, entiende que no concurren los requisitos legales para el éxito de la acción, ya que Barclays cumplió todas las obligaciones impuestas por la normativa bancaria, la resolución parcial que se pretende es jurídicamente inviable y es la parte actora quien ha incumplido sus obligaciones de pago. Finalmente, explica que no concurren los requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

TERCERO.- La pormenorizada y detallada sentencia de instancia, con amplio y exhaustivo despliegue jurisprudencial, analiza el contrato de préstamo con garantía hipotecaria acogiendo la primera de las pretensiones, o principal, interesadas en la demanda; y ello por las siguientes y sintetizadas valoraciones: 1ª) Ser el índice de referencia, Libor, casi desconocido para un cliente minorista por su escasa trascendencia en nuestros medios de comunicación, habiendo sido objeto de actuaciones en varios Países anglosajones por su manipulación. 2ª) El riesgo de fluctuación de la moneda es un riesgo esencial con un impacto económico importantísimo sobre la vida del contrato; lo que conlleva que el prestatario tienda a pensar, salvo que se le explique lo contrario, que el capital que debe es la suma prefijada en euros y que sólo se modificara a la baja al descontar las amortizaciones, sin embargo, el capital es una representación en yenes de los euros recibidos que se recalcula

cada mes en función del tipo de cambio. 3ª) Resulta de aplicación la Ley de Mercado de Valores al tratarse de un producto de los comprendidos en su artículo 2.2. 4ª) La información precontractual escrita es inexistente, no se indagó en el perfil de los clientes sin que se les realizara ningún tipo de test, sin que la escritura en la que se formaliza el contrato de préstamo proporcionara información transparente y de calidad. 5ª) Los pactos referidos a la opción multidivisa no superan el control de transparencia y deben reputarse nulos por abusivos al ser redactadas unilateralmente por la entidad sin haber sido objeto de negociación, afectando a la vivienda habitual de los demandantes en clara situación de desequilibrio ante el contenido de determinadas estipulaciones. 6ª) Se vulneran los artículos 89 del TRLDCU, 48 de la Ley 26/1988, Orden de 5 de mayo de 1994 al no garantizarse la adecuada información y protección de los deudores hipotecarios, ni se entregó el folleto informativo ni oferta vinculante, la Ley 36/2003 al no ofrecer un producto de cobertura de riesgos del préstamo, los artículos 79 y 79 bis de la LMV y el Real Decreto 217/2008. Por todo ello concluye que nos encontramos ante un supuesto de nulidad por vicio en el consentimiento de los demandantes y de dolo omisivo de la entidad bancaria, quedando invalidado el consentimiento por un error relevante y excusable, lo que conlleva su nulidad parcial en los términos que constan transcritos a fin de no perjudicar a los demandantes.

CUARTO.- Frente a esa resolución se alza la representación procesal de la demandada interponiendo recurso de apelación en el que sostiene respecto a la nulidad por vicio en el consentimiento que: 1º) Un vicio en el consentimiento no puede dar lugar a la nulidad parcial del contrato. 2º) Las vagas alegaciones en la demanda sobre el error sufrido. 3º) Vulneración del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 4º) El riesgo de tipo de cambio es notorio para quién se endeude en yenes. 5º) El error en la evolución del euro/yen no es un error en el consentimiento que se presume válido. 6º) La presunción de validez del consentimiento contractual prestado ante Notario. 7º) El reconocimiento del demandante de haber sido informado de que el préstamo era en divisa extranjera y del riesgo del cambio. 8º) El cliente fue informado de los riesgos antes de la contratación de los que ya conocía de antemano por otra entidad bancaria. 9º) Información que consta en la escritura pública suscrita y del riesgo divisa. 10º) El error sería inexcusable, sin poder equiparar falta de información a error. 11º) Error en la normativa aplicable no siendo el préstamo un producto derivado. Mientras que en relación con la nulidad por la supuesta abusividad de las cláusulas referidas a la opción multidivisa alega que: 1º) El contenido de las cláusulas esenciales de

un contrato no es susceptible de control conforme a la Directiva 93/13. 2º) Las cláusulas relativas a la formalización en yenes, a la transformación en otra divisa y resolución anticipada superan el control de transparencia.

Recurso al que se opuso la representación procesal de la parte demandante interesando su desestimación, y la confirmación, por sus propios Fundamentos, de la resolución recurrida.

QUINTO.- Recurso cuya estimación procede toda vez que, como han tenido ocasión de pronunciarse varias Secciones de esta Audiencia Provincial en diversas sentencias, el préstamo hipotecario con cláusula multidivisa en una moneda extranjera (yenes japoneses) contratado el 31 de julio de 2.008 por los demandantes no puede conceptuarse como un instrumento o derivado financiero de los contemplados en el artículo 2 de la Ley de Mercado de Valores), *en la redacción dada por la Ley 47/2007* que traspuso la Directiva 2004/39/CE y en consecuencia la normativa MIFID, pese a lo mantenido en la demanda y en el informe pericial que con ella se acompaña, también asumido en la sentencia de instancia. Así, la sentencia de la Sección 18ª de 18 de noviembre de 2.013 mantiene que “Evidentemente a nadie se le escapa que en tal circunstancia se producen dos riesgos asociados al pago del préstamo, por una parte el derivado de la subida o bajada de los tipos de interés, en el caso la referencia va a un tipo conocido como es el LIBOR, más el diferencial correspondiente, y además al haber concertado el préstamo en una moneda extranjera existe un riesgo asociado a las oscilaciones del tipo de cambio de la moneda en relación con el euro puesto que en definitiva, puede suponerse que los contratantes obtienen sus beneficios o sus ingresos en euros y no en yenes. Ahora bien, en el presente caso no estamos ante ninguna operación de cobertura de tipos de interés, ni estamos ante un instrumento de cobertura que pretenda, con mejor o peor fortuna, salvaguardar a la parte de las subidas o bajadas de los tipos de interés, se trata simplemente de una operación de préstamo en donde el capital del mismo se ha consignado en una moneda extranjera y por lo tanto lleva asociado un riesgo añadido no sólo la subida o bajada de los tipos de interés sino las oscilaciones de tipo de cambio”.

Por su parte la sentencia de la Sección 25ª de 28 de noviembre de 2.014 en relación con ese precepto señala que “*En este sentido debe recordarse que la referida Ley recoge en su artículo 2 los instrumentos financieros a los que resulta aplicable haciendo una relación*

abierta susceptible de incluir otros que legal o reglamentariamente reciban la calificación de "valor negociable", como dispone el apartado K del ordinal primero. Pues bien, los contratos de préstamo concertados no tienen esa consideración ni encajan en la definición de ninguno de los tipos de instrumentos catalogados en el precepto, empezando porque no se trata de un "valor", en cuanto lo convenido es prestar yenes japoneses en lugar de euros, y no la adquisición de un título con valor económico, ni, por tanto, puede tampoco tener carácter negociable, pues el prestatario no puede disponer de su condición de tal transmitiéndola a un tercero en el mercado financiero. Siendo eso así, fracasa cualquier intento de buscar amparo en la normativa especial y la influencia que un posible incumplimiento del mayor deber de información, impuesto en el artículo 79bis LNMV al profesional, pudiese haber tenido sobre el consentimiento de los demandantes”.

Modalidad de préstamo hipotecario que, como ya se deduce de las resoluciones transcritas, no puede ser entendido como un instrumento financiero, ni tampoco ofrece tanta singularidad un préstamo de esta naturaleza ni se torna por ello en producto complejo, tal y como señala la sentencia de la Sección 10ª de 9 de octubre de 2.014 o la sentencia de la Sección 28ª de 16 de marzo de 2.012 cuando señala que “Hemos de reconocer la complejidad que conlleva el operar con préstamos en divisas, que responden a una operativa nacida con vocación de ser utilizada fundamentalmente por empresas que comercian en el ámbito internacional y no tanto para ser un instrumento de crédito para el consumidor, aunque nada impide que éste asuma el riesgo que entraña el embarcarse en este tipo de negocios, debiendo ser consciente de las ventajas e inconvenientes que pueden reportar”. Caracterizándose precisamente por qué el riesgo asumido además de las propias variaciones del índice al que se refieren se añade las propias de las fluctuaciones del cambio de la moneda en la que se contratan, tal y como sucede en el caso que nos ocupa “pero tales parámetros (moneda en que se efectúa el préstamo y el índice empleado) no desvirtúan la naturaleza del contrato ni lo convierten en un producto asimétrico entre las partes, perjudicial para el cliente y beneficioso exclusivamente para la entidad bancaria, como se relata en la demanda” (sentencia de la Sección 19ª de 18 de noviembre de 2.014). Máxime cuando ese doble “riesgo”, consustancial el de la variación del tipo precisamente a cualquier préstamo que se concierte a interés variable, puede ser paliado, mitigado o incluso suprimido con la posibilidad ofrecida al prestatario en el propio contrato de modificar su clausulado, optando en el plazo previsto (con la antelación de cinco días al de finalización de cada

periodo de intereses) por cualquiera de la divisas pactadas como son el *dólar USA, yen japonés, franco suizo, libra esterlina inglesa y euro.*

Así, conviene resaltar que el importe del préstamo fue de 44.346.603 yenes japoneses (JPY) abonados en la cuenta corriente de los demandantes, con un contravalor en euros de 260.755 euros “al cambio correspondiente al segundo día hábil anterior a la fecha de la escritura”, con plazo de duración a 28 años, (trescientas treinta y seis cuotas mensuales) dividido en periodos mensuales “de mantenimiento de moneda y de interés sucesivos”, que comenzarían el día 31 de cada mes (en su defecto, el último día hábil del mes). *Quedando el principal del préstamo representado en la nueva moneda elegida por la parte prestataria y el importe de ésta se obtendrá por la cotización que tenga la anterior moneda en que estuviera representado el préstamo en relación a la nueva moneda según los cambios de divisa que rijan en el Mercado Español de Divisas dos días hábiles antes de la fecha de inicio del periodo de mantenimiento de moneda y de interés en que haya de realizarse el cambio al cambio vendedor del Banco en cuanto a la anterior moneda y al cambio comprador del Banco respecto a la nueva moneda.* Estableciéndose dos procedimientos de pago para el caso de que el préstamo estuviera representado en divisas. Los prestatarios podían situar en el banco, con dos días hábiles de antelación y antes de las 11 horas, el contravalor en euros según cambio vendedor de Barclays o, alternativamente, situar en el banco, antes de las 11 horas del día de vencimiento de cada obligación de pago, un importe de la divisa en que estuviera representado el capital del préstamo igual al de la cuota de amortización.

Con posibilidad para los prestatarios, durante la vida del préstamo, de elegir entre otras divisas, incluida el euro y cualquiera otra de las indicadas; a un tipo de interés variable con referencia al índice libor cuando el préstamo se cifrara en divisas distintas del euro y al euribor en los periodos en que la disposición se cifrara en euros.

En definitiva, la declaración de nulidad pretendida y acogida en la sentencia de instancia, con los efectos a ella inherentes, pudo ser obtenida por los demandantes acudiendo a los objetivos y propios mecanismos que el contrato les ofrecía, (contrariamente al supuesto contemplado en la STJUE de 30 de abril de 2.014), desde el primer mes de su vigencia sustituyendo la divisa inicialmente seleccionada por cualquiera de las otras ofertadas,

incluido el euro que, a su vez, conllevaba la referencia del Euribor; sin embargo, pese a la variación sufrida por el yen con respecto al resto de esas divisas y especialmente al euro, nunca acudieron a ese mecanismo, optando únicamente por solicitar una carencia en el abono de las correspondientes amortizaciones mensuales en abril de 2.012.

Desestimando las pretensiones de la demanda subsidiarias, ya que como nos recuerda la sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de enero de 2.014, recordando la *de 18 de enero de 2.012*, la regla "pacta sunt servanda" exige que los contratantes cumplan sus obligaciones aunque les resulten más onerosas de lo que habían previsto, tanto por un aumento de los costes de la ejecución como por una disminución del valor de la contraprestación a que tuvieran derecho. Resaltando a continuación que para que sea aplicable la técnica de resolución o revisión del contrato se exige, entre otras condiciones, como señaló la *sentencia de 23 de abril de 1991*, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual, como sucede en el caso que nos ocupa y, puede ser paliada a través del mecanismo del cambio mensual de divisa.

SEXTO.- Procediendo, por lo expuesto la estimación del recurso interpuesto, lo que conlleva, a tenor de lo establecido en los artículos 394.1 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la condena de los demandantes al pago de las costas causadas en la primera instancia, y la no imposición de las costas causadas en esta alzada a ninguna de las partes.

Vistos los artículos y demás de general y pertinente aplicación

III.- FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "Barclays Bank, S.A.U." contra la sentencia de 12 de mayo de 2014 dictada en los autos civiles 1201/2013 del Juzgado de Primera Instancia número 84 de Madrid, revocando íntegramente esa resolución; acordando, en su lugar, desestimar la demanda formulada por la representación procesal de D. _____ y Dª. _____ contra "Barclays Bank, S.A.U." a la que se absuelve de todos y cada uno de los pedimentos en ella

contenidos, condenando a los demandantes al pago de las costas surgidas en la instancia; sin hacer expresa imposición de las originadas en esta alzada.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido por la parte apelante, 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.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 208.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, póngase en conocimiento de las partes que contra esta resolución 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 del texto legal antes citado, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia fue hecha pública por los Magistrados que la han firmado. Doy fe. En Madrid, a