



Roj: **SAP IB 1371/2016 - ECLI:ES:APIB:2016:1371**

Id Cendoj: **07040370032016100266**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **3**

Fecha: **20/07/2016**

Nº de Recurso: **9/2016**

Nº de Resolución: **246/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS GOMEZ MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Manacor, núm. 2, 22-10-2015,  
SAP IB 1371/2016**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00246/2016**

N10250

Tfno.: Fax:

MSC

**N.I.G.** 07033 42 1 2014 0004017

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000009 /2016**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INSTANCIA N.2 de MANACOR

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000525 /2014

Recurrente: TARGO BANK

Procurador: MARINA PILAR PERELLO AMENGUAL

Abogado: DANIEL MACHADO RUBIÑO

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

**S E N T E N C I A N º 246**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Don Carlos Gómez Martínez

MAGISTRADOS:

Doña Catalina Moragues Vidal

Don Gabriel Oliver Koppen

En Palma de Mallorca a veinte de julio de 2016



**VISTOS** por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Manacor, bajo el número 525/14 , **Rollo de Sala número 9/16**, entre partes, de una como demandada-apelante, Targo Bank, representada en esta alzada por la procuradora de los tribunales doña Pilar Perelló Amengual, dirigida por el letrado don Daniel Machado Rubiño y, de otra, como actores-apelados, doña Felisa , doña Estrella y don Jose Luis , representados en este segundo grado jurisdiccional por la procuradora de los tribunales doña Bárbara Sansó Ferrer, dirigidos por el letrado don Antonio Oliver Gornals.

ES PONENTE el Ilmo. Sr. Presidente don Carlos Gómez Martínez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Manacor, se dictó sentencia en fecha 22 de octubre de 2005, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la representante legal de doña Estrella , doña Felisa y don Jose Luis , contra la entidad Targo Bank, debo declarar y declaro: 1º La nulidad con efectos ex tunc de la cláusula 1.3 "Cláusula **multidivisa**" del contrato de préstamo hipotecario **multidivisa** suscrito por las partes el 14 de abril de 2008, y en su virtud se ordena que se reclacule el capital adeudado tras la debida deducción de las amortizaciones e intereses pagados. 2º La nulidad con efectos ex tunc del contrato de permuta financiera de tipos de interés ("IRS") bonificado de doble barrera suscrito por las partes el 14 de abril de 2008, con la correlativa obligación para las partes de restituirse recíprocamente las liquidaciones realizadas hasta la fecha en virtud de dicho producto financiero, con intereses legales y con declaración de nulidad de las liquidaciones que se generen durante la tramitación del procedimiento. 3º No ha lugar a realizar pronunciamiento sobre suspensión cautelar de los autos EJM 54/2015 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Manacor".

**SEGUNDO.-** Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y seguido el recurso por sus trámites, el 26 de abril de 2016 se señaló vista para la práctica de la testifical admitida en este segundo grado jurisdiccional.

El acto fue suspendido por la inasistencia del testigo, por lo que se señaló el 12 de julio siguiente para nueva vista.

**TERCERO.-** El mismo día 12 de julio de 2016 se procedió a la deliberación, votación y fallo del presente rollo de apelación.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS JURIDICOS

Se aceptan los de la resolución dictada en anterior grado jurisdiccional mientras no se opongan a los que siguen.

**PRIMERO.-** El pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que declara la nulidad de la cláusula **multidivisa** del préstamo hipotecario suscrito por las partes el 14 de abril de 2008 es apelado por la entidad crediticia demandada con base en los siguientes motivos:

a) Inaplicación del artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ya que, sostiene el recurrente, si lo que se pretende es la nulidad de la cláusula **multidivisa** por error, correspondía a la parte actora la plena acreditación del vicio en el consentimiento y, en cambio, la sentencia hace recaer en la demandada la carga de acreditar que dio a los prestatarios la adecuada información. Añade la apelante que Targo Bank dio cumplimiento a las obligaciones de información derivada de la normativa aplicable y sostiene que el préstamo de autos no se hallaba afectado por la OM de 5 mayo de 1994.

b) A pesar de decir lo contrario, la sentencia equipara la eventual falta de información al error invalidante.

c) Se suministró a los prestatarios suficiente información sobre los riesgos del préstamo, tanto en la propia escritura, ya que la cláusula **multidivisa** es clara e informativa, como verbalmente, a través del empleado de la oficina don Eleuterio quien declaró que fueron los hoy actores quienes acudieron a la sucursal solicitando un préstamo **multidivisa**, que realizaron reuniones explicativas y se entregó una oferta vinculante, y que se hizo una simulación teórica con una tabla de amortización protocolizada junto a la escritura y en ella el préstamo aparece en yenes, no en euros.

d) Los prestamistas conocían los riesgos de la operación, no existe error en ellos sino defraudación de las expectativas.



e) Con anterioridad a la suscripción del préstamo los actores realizaron actos que excluyen que lo firmasen inducidos por error. Así, la naturaleza del producto es perceptible por cualquiera y la iniciativa de la operación fue de los prestatarios.

f) Los demandantes realizaron actos posteriores a la suscripción del préstamo que descartan el error. Así, desde los primeros meses recibieron información periódica lo que les hacía plenamente conscientes de que las variaciones del tipo de cambio afectaban al préstamo y se beneficiaban de ellas, y anualmente recibían información fiscal en la que constaba el contravalor del préstamo.

g) Estos últimos actos revelan la voluntad de las partes de confirmar el préstamo, en caso de que se hubiera suscrito con error, y su renuncia a ejercitar acción de nulidad.

**SEGUNDO.-** La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, zanjando esta cuestión que no había sido pacífica, sienta 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 la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la 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, plenamente aplicable, por razones de fecha, al préstamo de autos suscrito el 14 de abril de 2008.

En estos casos la carga de la prueba no opera del modo que establecen las reglas generales del *"onus probandi"* comprendidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En efecto, en jurisprudencia constante de la que es última muestra su sentencia de 3 de febrero de 2016, lo que ha establecido el Tribunal Supremo es que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y que, por tanto, el consentimiento se halla viciado por error.

En el caso de autos, es un hecho admitido por la entidad bancaria demandada que no practicó a los prestatarios el preceptivo test de conveniencia y, en consecuencia, se presume que su consentimiento estaba viciado por falta de suficiente información.

**TERCERO.-** La testifical del empleado de la demandada no es suficiente para desvirtuar dicha presunción. Por muy contundentes que sean sus manifestaciones respecto de su propia diligencia en facilitar a los prestatarios información completa sobre el préstamo multidivisas, el valor probatorio de dicha testifical ha de ser apreciado con cautela dada la vinculación del testigo a la entidad demandada y dado el interés, incluso personal, que lógicamente ha de concurrir en él, de mostrarse como buen profesional ante sus patronos y ante todos.

Tampoco es suficiente a efectos de desvirtuar la presunción de falta de información suficiente a los prestatarios el hecho de que fuesen ellos quienes tuviesen la iniciativa de solicitar el producto, préstamo multidivisas, de la entidad bancaria demandada ya que el interés del cliente en suscribir un determinado producto financiero no exime a la entidad bancaria de su obligación de informarle cumplidamente de los riesgos que comporta ni de verificar que la información con base en la cual solicita dicho producto se corresponde efectivamente con la realidad.

**CUARTO.-** La alegación del apelante de que la cláusula multidivisas es prueba documental de la correcta información recibida por los prestatarios obliga a efectuar un control de transparencia ya que solo si la cláusula es clara puede, en efecto, sostenerse que la información que en ella se proporciona es suficiente para excluir el error.

A estos efectos, la parte apelante concede gran trascendencia al siguiente párrafo de la cláusula **multidivisa** (la 1.3). "Por tanto, la parte prestataria reconoce que ese préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando al Banco Popular Español, S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor de la momento que, según el caso sea contratadas, sea superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso, de manera que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar fuera superior en un



10% del importe de la responsabilidad hipotecaria que por principal corresponda, la prestataria deberá realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso".

La transparencia de la cláusula ha de juzgarse a la luz de los parámetros que establece la STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo **multidivisa**:

*"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 » .*

Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015 .

Pues bien, a la luz de tales criterios y a la vista de la literalidad de la cláusula **multidivisa** de autos y de su engarce en el contrato de préstamo han de hacerse las siguientes consideraciones:

- a) Nos hallamos ante una fórmula predispuesta, ante una declaración no de voluntad, sino de conocimiento, mediante la cual se pretende que queden fijados ciertos hechos y que pueden quedar desvirtuados por la acreditación de una realidad contraria a aquella que pretenden reflejar, tal como ha admitido el Tribunal Supremo en sus sentencias de 18 de abril de 2013, 20 de noviembre de 2016 y 4 de febrero de 2016, entre otras.
- b) No se ha aportado la oferta vinculante, ni folleto informativo, ni simulaciones comparativas con otras alternativas de financiación.
- c) El cuadro de amortización incorporado a la escritura es confuso pues solo prevé un escenario de estabilidad en el cambio de euros a yenes cuando, en realidad, los riesgos en este tipo de préstamo se derivan de la fluctuación del valor de cambio entre la moneda en que se concertó "yenes" y el euro.
- d) La redacción de la cláusula multidivisas de autos no permitía a los prestamistas hacerse una idea completa de las consecuencias que la fluctuación del valor de cambio de la moneda podía tener en las obligaciones que asumían. No es de comprensión fácil, sino más bien una idea contra intuitiva, que el prestamista haya de restituir, como consecuencia del préstamo una cantidad mayor a la que resulta de sumar capital e intereses inicialmente pactados, y esto es, precisamente, lo que podía ocurrir con el préstamo multidivisas, y que la cláusula en cuestión no explica con suficiente claridad. La continua referencia al "contravalor del préstamo" no advierte a los prestatarios con la suficiente claridad -recuérdese que el TJUE exige una claridad más allá de lo gramatical- sobre las consecuencias de la volatilidad del cambio de divisas, sujeto a frecuentes altibajos, y de que la fluctuación de la moneda podía afectar no solo a la cuota sino también al capital.

En consecuencia, tampoco la documental es suficiente para con base en ella entender desvirtuada la presunción de defectuosa información derivada de la omisión del test de conveniencia.

**QUINTO.-** Partiendo, pues, del incumplimiento por parte de la demandada del estándar legal de información sobre las características del préstamo multidivisas, ha de concluirse que concurre en los prestamistas error excusable, según señala la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 ya que, tal como argumenta el Alto Tribunal:

*" Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaramos en la sentencia de pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 " .*

Y añade que:



" cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada ( artículo 12 Directiva y 5 del anexo al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo ), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico".

**SEXTO.-** Según lo establecido en el artículo 1.309 del Código Civil la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente. Tal como dispone el artículo 1.311 del mismo Código Civil, la confirmación puede hacerse expresa y tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo.

En interpretación de este precepto, ha señalado la doctrina jurisprudencial que la confirmación tácita tiene lugar cuando, cesada la causa de nulidad, la persona legitimada para impugnar el negocio, conociendo que dicha causa de anulabilidad había existido, realiza actos que implican necesariamente que está renunciando a la impugnación del negocio, tales como cumplimiento del contrato, constitución de garantías, recepción o reclamación de la prestación de la otra parte, etc. ( Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1.980, 4 de julio de 1951, 15 de febrero de 1.995, 12 de noviembre de 1.996, 21 de julio de 1997 ).

En el caso de autos los supuestos actos de confirmación tácita no merecen tal consideración dado que ningún elemento obra en autos del que pudiera deducirse que cuando los prestatarios se mantenían en silencio ante las informaciones recibidas en fase de ejecución del contrato o cuando abonaban las cuotas, tuviesen en ese momento ya conocimiento de que el préstamo **multidivisa** estuviese aquejado de nulidad.

**SÉPTIMO.-** Las anteriores conclusiones no han quedado desvirtuadas por la testifical de don Paulino. En efecto, se trata de un familiar de los demandantes que actuaba, según el mismo reconoció, como agente del Banco Popular y, por tanto, la iniciativa de captación de nuevos clientes para la **hipoteca multidivisa** se mantuvo en el ámbito de dicha entidad. Por otro lado, es persona que no recibió formación específica sobre este producto y que, según declaró en esta alzada, se limitó a convencer a sus familiares de que suscribiesen la **hipoteca** por ser los tipos más bajos y venir referidos a una economía fuerte, sin intervenir en la concreción de las condiciones del préstamo. La actuación del intermediario en modo alguna eximía al banco de sus obligaciones de información para con el inversor minorista.

**OCTAVO.-** Dado lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y siendo la presente resolución desestimatoria del recurso de apelación, serán a cargo de la parte apelante las costas causadas en esta alzada.

En virtud de lo que establece la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por el número diecinueve del artículo primero de 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, se acuerda la pérdida del depósito consignado para recurrir.

## FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Pilar Perelló Amengual, en nombre y representación de Targo Bank, contra la sentencia dictada el día 22 de octubre de 2015 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Manacor en el juicio ordinario del que el presente rollo dimana.

En consecuencia, se confirma en todos sus extremos dicha resolución, con expresa imposición a la apelante de las costas de esta alzada, y con pérdida del **depósito** constituido para recurrir.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en esta alzada, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.