

- Xavier Dalmau

**PILAR TOUS
ESTANY
PROCURADOR**

Notificado 22-02-2017

Fine:

**AUDIENCIA PROVINCIAL
TARRAGONA
SECCION PRIMERA**

**ROLLO NUM. 101/2016
ORDINARIO NUM. 1297/2013
REUS NUM. DOS**

S E N T E N C I A NUM. 53/17

**ILTMOS. SRES.:
PRESIDENTE
D. Antonio Carril Pan
MAGISTRADOS
D^a M^a Pilar Aguilar Vallino
D. Manuel Horacio García Rodríguez**

Tarragona, 14 de febrero 2017.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, formada por los Magistrados del margen, ha visto el recurso de apelación nº 101/2016, interpuesto contra la sentencia dictada el 24 julio 2015, en el Procedimiento Ordinario nº 1297/2013, tramitado por el Juzgado 1ª Instancia Nº 2, de Reus, a instancia de D. , como demandante-impugnante, y CATALUNYA BANC, como demandado-apelante, y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia antes señalada, tras los correspondientes fundamentos de derecho, establece en su fallo lo siguiente: "Estimo parcialmente la demanda interpusada per contra Catalunya Banc, SA i, en conseqüència, declaro la nul·litat de les següents clàusules incloses a l'escriptura de préstec en divises amb garantia hipotecaria, de 15 de gener de 2007, subscripta entre les parts,: 1) clàusula financera, pacte primer (capital en iens), 2) clàusula financera, pacte segon C i D (opció multidivisa), i 3) pacte vuitè (transferència). Mantinc la vigència del contracte sense les clàusules anul·lades.

Catalunya Banc SA recalculará els interessos produïts des de l'inici del contracte aplicant el que estableix el contracte sense les clàusules anul·lades i segons el tipus previst pel cas que la divisa escollida siguin euros (clàusula tercera bis). L'excés que s'hagi pogut pagar s'imputarà al capital pendent d'amortitzar.

No condemno cap de les parts a pagar les costes d'aquest procediment".

SEGUNDO.- Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en que los fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal el/la **Ilmo/a Sr./a Magistrado/a Ponente D. Manuel Horacio García Rodríguez.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia estima en parte la demanda y declara la nulidad de las cláusulas de capital en YenesJ (1ª), opción multidivisa (2ª) y transferencia (8ª), incluidas en la escritura de préstamo multidivisa con garantía hipotecaria formalizado el 15 enero 2007 por D. con Caixa Catalunya (hoy y en adelante CATALUNYA BANC), con obligación de la entidad financiera de recalcular los intereses producidos desde el inicio del contrato sin las cláusulas anuladas y con arreglo al tipo previsto para la divisa Euros aplicando el exceso que se haya podido pagar al capital pendiente de amortizar. No hace imposición de costas. El banco apela la sentencia y el actor la impugna por las costas.

SEGUNDO.- Para una mejor comprensión de esta resolución recogemos los hechos relevantes que resultan de la prueba practicada. Son estos.

(1) El 15 enero 2007, D. contrata con CATALUNYA BANC un préstamo de 53.466.060 YenesJ equivalentes a 399.999,99.-€, con posibilidad de cambiar cada trimestre la divisa a que se referenciaba el préstamo. Nunca ejercito esta opción. El interés remuneratorio variaba según la divisa escogida.

(2) El 1 marzo 2010, ambas partes convinieron la novación de las condiciones del préstamo estableciendo la deuda hasta aquel momento en 409.149,89.-€ y recibiendo 77.453,58.-€ mas como ampliación del préstamo, dejando sin efecto los pactos relativos a la opción multidivisa y fijando otro interés remuneratorio.

(3) El actor-prestatario en su demanda pide: “la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las cláusulas y por lo tanto de las consecuencias de la “opción multidivisa”, del contrato firmado en fecha 15 enero 2007 con dicha entidad financiera y, por lo tanto, la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las operaciones realizadas en YenesJ, así como la nulidad de la cláusula Octava denominada Transferencia y que se condene a CATALUNYA BANC S.A. a la restitución del préstamo hipotecario, declarando por lo tanto la nulidad o anulabilidad del mismo”.

En la Audiencia Previa pretendió la subsanación en los siguientes términos: “La nulidad del pacto primero y pacto segundo C y D, así como el pacto octavo de la escritura de 15 enero 2007 de préstamo en divisas, y que se condene a CATALUNYA BANC a la restitución del préstamo hipotecario y la nulidad/anulabilidad del contrato mas costas”

(4) La sentencia como indicamos estima en parte la demanda y declara la nulidad del capital en YenesJ, la opción multidivisa y la cláusula relativa a la transferencia, con recálculo de los intereses producidos desde el inicio del contrato sin las cláusulas anuladas de acuerdo con el tipo previsto para la divisa Euros, debiendo aplicarse el exceso que se haya podido pagar al capital pendiente de amortizar.

(5) El actor no tiene conocimientos especializados en materia de productos financieros.

TERCERO.- Dos son las impugnaciones formuladas. Por el mismo orden.

RECURSO DE CATALUNYA BANC

1.- El primer motivo de oposición a la sentencia objeta incongruencia (art. 218 LEC) que, a juicio, del apelante viene arrastrada desde el suplico de la demanda que tacha de vago e inconcreto, no subsanado en la Audiencia previa, pues los pactos que se impugnan no existen en el momento de la interposición de la demanda pues fueron novados en la escritura de 1 marzo de 2010y se declaran unas consecuencias que no fueron solicitadas. Por tanto, la sentencia incurre en incongruencia extra-petita ya que la nulidad que se pretende debe limitarse al periodo en que esos pactos existieron: desde 2007 hasta 2010.

El motivo no debe ser acogido. La jurisprudencia viene manteniendo de manera reiterada que el requisito de la congruencia no implica una rígida acomodación literal a los términos de la pretensión deducida, sino sustancial atencimiento a lo pedido para resolver todos los temas litigiosos siempre que no se produzca indefensión, que aquí no apreciamos (STS 3 julio 1979, 30 marzo 2010 y 1 junio 2011).

Ciertamente el suplico de la demanda adolece de la necesaria claridad que debe predicarse del mismo conforme al art. 399 LEC, mas no por ello puede acusarse de incongruencia a la sentencia que se ajusta precisamente al periodo temporal en que estuvieron vigentes los pactos anulados de ahí que, estimando parcialmente la demanda, disponga la nulidad de la opción multdivisa y si se ha pagado un exceso por ello se aplique al capital pendiente de amortizar. Por tanto, el fallo debe entenderse referido al periodo que media entre 15 enero 2007 y el 1 marzo 2010, tiempo en que desplegaron todos sus efectos los pactos anulados.

2.- La segunda cuestión que plantea la entidad financiera apelante es la relativa a si el préstamo en divisas es un instrumento financiero sujeto al art. 2 de la LMV, argumentando que en el momento de la suscripción de la hipoteca no se encontraba vigente la normativa MiFID que entro en vigor el 20 noviembre 2007 (Ley 47/2007), tampoco resulta de aplicación la Orden 5 mayo 1994 que solo era de aplicable a los prestamos por una cantidad equivalente de hasta 150.000.-€ y el litigioso es superior, igualmente no entiende que deba acudirse a la Ley de Supervisión e Intervención de las entidades de crédito a cuyo art. 48 se dio nueva redacción en Noviembre 2007, y, en fin considera que este préstamo no requiere más formalidades que la intervención notarial y el asesoramiento imparcial al otorgante que hizo el notario autorizante.

Si bien referido a una hipoteca multdivisa contratada después de la entrada en vigor de la normativa MiFID, dice la STS 30 junio 2015, para determinar cuáles son las obligaciones de información que incumben a la entidad prestamista, que la “hipoteca multdivisa” es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el 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 (Ley 1988) de acuerdo con lo previsto en el art. 2 de dicha Ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la LMV en relación con el art. 2.2 de dicha

Ley.

Antes de la entrada en vigor de la citada normativa existía el Real Decreto 629/1993, de 3 mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, que imponía a las entidades financieras en su relación con los clientes unas obligaciones de protección (art. 4), diligencia (art. 16), transparencia (art.4) e información sobre los productos contratados (art. 16), sin olvidar que el TRCU 2007 reiteraba estas mismas obligaciones cuando de consumidores se trataba (art. 8), además la Orden de 5 mayo 1994 (art. 5.2) aunque no directamente aplicable al caso se recomendaba su observancia por el Banco de España (Memoria 2009, pág. 97) en todos los préstamos hipotecarios como presupuesto de la transparencia a fin de que el prestatario pudiera conocer con antelación suficiente a la firma notarial la oferta vinculante, sin contar que la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de contratación impone una obligación de transparencia formal y material en el caso de que el adherente sea un consumidor (art. 5 y 8) y que la Jurisprudencia viene interpretando la normativa nacional de acuerdo con las Directivas de la Unión Europea aunque no hubieren sido transpuestas.

3.- En relación con el vicio de consentimiento, no hay prueba alguna de la información que se ofreció a prestatario D. sobre el instrumento financiero que iba a contratar, ni de su naturaleza y características, ni de los riesgos que representaba, tampoco de sus conocimientos financieros para tener una idea cabal de los mismos y decidir si, en ejercicio de su autonomía negocial, contrataba o no, teniendo bien presente que el riesgo de este tipo de hipotecas es doble pues a la variación del tipo de interés (Libor o Euribor) se añade la fluctuación de la divisa que incide no solo en la cuota a pagar sino también en el capital pendiente de amortizar. Si la divisa se deprecia cuota y capital se reducen, y si se aprecia aumentan.

Qué mejor prueba de su falta de conocimiento que el hecho de que no utilizo la opción de cambio de divisa si la que tenía contratada (YenesJ) no funcionaba de acuerdo con sus intereses y por común acuerdo decidieron suprimir la cláusula en la posterior novación de 1 marzo 2010. Hay vicio de consentimiento por error excusable del contratante y el préstamo formalizado en 2007 es parcialmente nulo en cuanto a las

cláusulas señaladas en la sentencia, sin que la intervención notarial supla la obligación de transparencia cuya prueba corresponde a la entidad financiera (STS 5 noviembre 2014)

Dice la apelante CATALUNYA BANC que la escritura de novación formalizada el 1 marzo 2010 confirma el negocio anterior, pero olvida que los negocios solo pueden confirmarse cuando con conocimiento de la causa de la nulidad, y habiendo esta cesado, el que tuviere derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo (art. 1311 CC), y esta novación lo que evidencia es que el prestatario desconocía por completo lo que había firmado y, además, se hace con una ampliación del capital prestado para cubrir el aumento de capital derivado de la apreciación de la divisa en que se había denominado el préstamo, es decir, y con otras palabras, el banco facilita la financiación al hipotecado para conservar la operación inicial que le había sido beneficiosa.

Fue entonces cuando conoció el riesgo que encerraba el producto contratado y del cual no le informaron. Conforme a la jurisprudencia del TS (STS 10 noviembre 2015) la confirmación expresa o tácita debe realizarse después de que hubiera cesado la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, lo que no ocurre en este caso. Por eso, no hubo confirmación del negocio, ni expresa ni tácita.

4.- Las consecuencias de la declaración de nulidad hay que referirlas al periodo que va desde el 15 enero 2007 al 1 marzo 2010 y deben centrarse a la “cláusula multidivisa” que figura en la escritura de hipoteca de 2007, porque la mencionada opción no puede ejercitarse sin grave perjuicio para el cliente por la fluctuación de la moneda.

Sin embargo, esta petición de nulidad debe ser matizada porque no se trata de anular en su integridad la denominada “cláusula multidivisa” y expulsarla del contrato sino de anularla solo en parte, en la medida en que la posibilidad de salir de la divisa yenes no es en sí misma perjudicial para el cliente bancario, sino que el perjuicio se le causa al verse obligado a liquidar la equivalencia en euros según la paridad vigente en el momento en que ejercite la opción.

Lo procedente es establecer que la opción que el demandante ha manifestado querer ejercitar le permite referenciar a euros el préstamo, de modo que la equivalencia entre una y otra moneda no debe establecerse en el momento de la novación sino en relación a la fecha de la escritura de 15 enero 2007, sin verse obligado a soportar la fluctuación experimentada por la moneda, y permitiéndole liquidar la deuda directamente conforme a la equivalencia en euros vigente en aquél momento, que es, en sustancia, lo que viene a decir la sentencia apelada.

De ahí que se anule en parte esta cláusula de opción, lo que permite conservar el negocio (art. 10 Ley 7/1998 de CGC, art. 4 de los P.U. - Principios Unificadores de Contratos-, art. 40.2 del CEC - Código Europeo de Contratos - y 5.106 de los PDEC -Principios de Derecho Europeo de Contratos) y entender que el préstamo debe referenciarse en euros, como ya se acordó en la novación de 1 marzo 2010 y que el demandante-apelado puede salirse de la divisa según la equivalencia existente el 15 enero 2007, lo que conlleva que se imponga a la entidad financiera la obligación de efectuar el recálculo de los intereses que debería haber abonado el actor con arreglo a la indicada moneda al tipo pactado para los casos en que el capital pendiente esta en euros, y fijar definitivamente en esta moneda el capital pendiente de amortizar.

IMPUGNACION DE D.

Se limita a las costas de la instancia que postula se impongan a la entidad financiera, lo que no debe acogerse por todo lo que llevamos expuesto y por una razón fundamental: no se declara la nulidad del préstamo y la consiguiente restitución del capital prestado sino un recálculo del capital e intereses del primer periodo: 2007 a 2010.

CUARTO.- Al desestimarse el recurso y la impugnación las costas se imponen a recurrente e impugnante (art. 398.1 LEC).

F A L L O

El Tribunal decide:

1º.- Desestimar el recurso de apelación formulado por CATALUNYA

BANC y la impugnación deducida por D. frente a la sentencia de 24 julio 2015, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 2, de Reus, en Procedimiento Ordinario nº 1297/2013, que se confirma.

2º.- Las costas al apelante e impugnante.

Con pérdida del depósito constituido.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales (art. 469-477 Disposición Adicional 16ª LEC), y se interpondrá en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.