

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA**

**Sección CATORCE
Rollo Núm. 336/15
JPI Núm. CINCUENTA Y CINCO de Barcelona
Autos núm. 607/13 de Juicio Ordinario**

**Ilmos. Sres
Presidente:
Marta FONT MARQUINA
Magistrados:
Ramon VIDAL CAROU
Montserrat SAL SAL**

SENTENCIA Núm. 158/2017

En la ciudad de Barcelona, a 22 de marzo de 2017

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Catorce de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Núm. CINCUENTA Y CINCO de Barcelona, a instancias de _____ y _____, representados por el procurador Pedro Moratal Sendra, contra **CATALUNYA BANC, S.A.**, representado por el procurador Ignacio de Anzizu Pigem, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia dictada en los mismos el día 19 de enero de 2015, por el Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:
"Desestimant la demanda presentada pel _____
contra Caixa D'estalvis de Catalunya (actualment Catalunya Banc, S.A.)
absolc la demandada i imposo el pagament de les costes als actors."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso. Y

elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial, se señaló para votación y fallo el día 19 de enero de 2017.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Ramón VIDAL CAROU

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, debiendo entenderse sustituidos por los que a continuación se expresan con ese mismo carácter.

PRIMERO.- Antecedentes y objeto del recurso.

Por la parte demandante antes indicada se presentó demanda para interesar la nulidad parcial del 'préstamo hipotecario multimonedado' que había suscrito con CAIXA MANRESA y que se redujera en 360.000 euros el saldo deudor pendiente; Y, subsidiariamente, su nulidad total con condena a otorgar un préstamo hipotecario tradicional; la resolución del contrato y la condena de dicha entidad a indemnizar los daños y perjuicios causados; y por último la condonación de la deuda en aplicación de la cláusula 'rebus sic stantibus'.

La entidad de crédito demandada se opuso a dicha demanda porque los actores sabían lo que contrataban pues incluso fueron advertidos por el notario y porque la opción multidivisa era una facultad potestativa del cliente, que nunca pudo serle impuesta, negando de otra parte que el error sufrido fuera esencial y excusable

La sentencia de primera instancia, tras hacer eco del "*fort contingut especulatiu*" del producto, del perfil inversor de los actores y de la normativa aplicable al contrato de autos, terminó desestimando la demanda presentada tanto por nulidad [absoluta] derivada de la infracción de normas prohibitiva o imperativas del art. 6.3 Cci, como por anulabilidad por error invalidante a la hora de prestar el consentimiento; así como las también subsidiarias de resolución del contrato por incumplimiento de los deberes de información de la entidad de crédito demandada y de condonación de la deuda pretendida.

La anterior sentencia es recurrida en apelación por la parte demandante por cuanto

la nulidad del préstamo se asentaba en la infracción de los deberes de información, con especial mención a su condición de consumidor y a su falta de formación financiera, de forma que no pudo entender la carga económica que

SEGUNDO.- La Hipoteca Multidivisa

La reciente sentencia núm. 323/15 de 1 de diciembre de 2016 dictada por el Pleno de la Sala Civil del tribunal Supremo recuerda que "lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada período suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro (...). Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de

mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos".

En el caso de autos, en el préstamo hipotecario que suscriben los actores el día 5 de noviembre de 2007 el capital se entrega en yenes, se pacta una amortización a 20 años estructurada en periodos trimestrales en los que el prestatario, antes del comienzo de cada uno de ellos, puede optar por cambiar al euro u otra divisa alternativa, y el tipo de interés aplicable viene referenciado bien al EURIBOR (en el caso de la moneda euro) bien al LIBOR (en el de cualquier otra divisa) aunque siempre debe el prestatario mantener "la equivalencia (60.283.451 yenes = 360.000 euros) establecida en el pacto primero" del contrato

Pues bien, lo que nos interesa ahora destacar es que las llamadas "hipotecas multidivisa" deben considerarse un producto financiero incluido en el ámbito de aplicación de Ley de Mercado de Valores (art. 2.2 de su Texto refundido por el RDL 4/2015, de 23 de octubre) que, además, puede calificarse de 'complejo' (art. 217.2 a sensu contrario) y por consiguiente, sujetas a dicha Ley y a las restantes normas que puedan haberse dictado en su desarrollo. Así lo señala la STS núm. 323/15 antes citada aun cuando reconozca que no es una cuestión completamente pacífica (sin ir más lejos la SAP de Madrid, Secc. 19, de 1/12/2016 lo rechaza y con cita de varias resoluciones dictadas por las Secc. 10 y 28 de, sostiene que es la 'doctrina mayoritaria de la Audiencia Provincial de Madrid').

Para el Tribunal Supremo resulta decisivo que se trate de un producto derivado

financieramente hablando, es decir, que la cuota a pagar por la parte prestataria y el capital pendiente de amortización dependan de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. Y 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, siendo la consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que impone la citada norma.

Y estos deberes de información, según recuerda el Tribunal Supremo, responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar (STS núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014)

Ciertamente, el préstamo de autos se contrató el 5 de noviembre de 2007, esto es, poco antes de la entrada en vigor de la Directiva 2004/39/CE relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros o simplemente MiFID (acrónimo en inglés de 'Markets in Financial Instruments Directive') -que recuérdese no fue traspuesta a la LMV hasta la Ley 47/2007, de 19 de diciembre- por lo que las referidas obligaciones de información no pueden venir referidas a la citada normativa MiFID

Ahora bien, este Tribunal tiene reiteradamente señalado que su contratación con anterioridad a la trasposición de dicha normativa MiFID no significa que los deberes informativos de la entidad de crédito recurrente fuesen menores pues el legislador español llevaba años preparando el terreno para la trasposición de aquella Directiva y la propia LMV (vide los art. 78 y 79 entonces vigentes) y la normativa dictada en desarrollo de la misma, con especial mención al Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, anticipaban ya todo este nuevo marco normativo.

En efecto, esta última norma, el RD 629/93, contenía el llamado "Código General de Conducta" que implícitamente ya obligaba a perfilar a sus clientes al disponer expresamente que debían solicitarles, además de la información necesaria para su correcta identificación, 'información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer' (art. 4.1). Asimismo, debían ofrecer y suministrar a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción de decisiones de inversión y que debían dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos (art. 5.1). También, que la información a la clientela debía ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Y que cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos (art. 5.3).

No puede, por último, cerrar este apartado sin recordar que el propio Tribunal Supremo, en el caso también de un producto financiero complejo pre-MiFID, tiene expresamente declarado que con *"la transposición de la Directiva MiFID, el nuevo reiteradamente señalado que el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores sistematiza mucho más la información a recabar por las empresas de inversión de sus clientes"* pero que *"con anterioridad a dicha reforma ya existía esa obligación de informarse sobre el perfil de sus clientes y las necesidades y preferencias inversoras de estos"* (STS núm. 668/2015 de 4 diciembre) o que el marco legal anterior ya contemplaba una exigente regulación de la información que se debía suministrar sobre la naturaleza del producto y el riesgo que se asume al contratar estos productos y que la normativa del mercado de valores daba *"una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos"* (STS núm. 491/15 de 15 de septiembre).

TERCERO.- Obligaciones de Información

Sostiene la parte recurrente que la nulidad del préstamo que había interesado se asentaba en la infracción de los deberes de información que la LMV imponía la entidad

demandada en la fase previa a la suscripción del contrato pues no ejemplificó los distintos escenarios del comportamiento previsible del producto ni informó sobre la posibilidad de que concurriesen dichos escenarios, ni en definitiva explicó a los clientes que los efectos de la opción multidivisa podrían suponer verdaderas pérdidas patrimoniales, haciendo especial hincapié en su condición de consumidores, en su falta de formación financiera y en los incumplimientos de la entidad en cuanto a los deberes de información exigibles, de forma que no pudo entender la carga económica que realmente suponía el contrato, tachando de absurda y arbitraria la conclusión a la que llega la sentencia apelada conforme su condición de transportista internacional permitía presuponer que conocía perfectamente el producto, con la consecuencia de que su consentimiento adolecía de un vicio invalidante como es el error el cual debe considerarse esencial y totalmente excusable

El motivo debe prosperar

La sentencia apelada acierta al señalar que el préstamo multidivisa es *"un contracte de fort contingut especulatiu, molt més, per exemple que el contractes swap d'intercanvi financer d'interessos o els de compra de participacions preferents"* pero no tanto cuando señala que *"qualsevol persona amb uns mínims coneixements d'economia i del funcionament del comerç internacional (no cal que aquests coneixement siguin financers) sap que el canvi de divises estrangeres és extraordinàriament volàtil, inestable i oscil·lant, amb la qual cosa aquesta persona ha de saber que si cobra les rendes en una divisa, però paga els seus deutes en una altra, corre un greu perill de patir importants guanys o pèrdues a la que canviï la paritat d'ambdues divises"*. Y completamente desafortunada cuando concluye que *"la professió de transportista internacional del em fa pressuposar que a la data que va subscriure el contracte de préstec multidivisa litigiós coneixia perfectament el funcionament del mercat de divises, així om el riscos de formalitzar un producte d'aquesta mena"*

En efecto, a tenor de estas afirmaciones y atendida la crítica que a las mismas formula la parte recurrente resulta forzoso detenerse en el perfil inversor de los actores -muy alejado del cliente experimentado que parece sugerir la resolución apelada- pues el Sr. es un profesional del transporte con estudios primarios (EGB), y su mujer, una administrativa con estudios secundarios (BUP), sin que conste acreditado que ninguno de ellos tuviera especiales conocimientos financieros o económicos ni tampoco experiencia inversora previa en productos de inversión similares que permitiera presuponerle un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La circunstancia de que fuera propietario y administrador

único de una empresa dedicada al transporte nacional y europeo por carretera de paquetería y todo tipo de mercancía (LOGICCARRIER SL) tampoco tiene mayor relevancia para evaluar su perfil inversor ni sus conocimientos financieros, máxime si como dice la recurrente dicha sociedad no estaba ni tan siquiera constituida al tiempo de suscribirse la hipoteca que nos ocupa (la STS de 15 de julio de 2016, con cita de otras, expresamente declara que "no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa, pues son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable, y «no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera)

La sentencia apelada -y con ello también está de acuerdo este Tribunal- negó la condición de consumidor al recurrente por cuanto constaba que el préstamo se destinó en parte a amortizar dos préstamos personales suscritos para financiar la adquisición de dos vehículos industriales y parece, por consiguiente, que la parte actuaba en un ámbito no ajeno a su actividad empresarial o profesional (ex.art. 3 del TRLGDCyU) sin que la circunstancia de que el contrato de préstamo fuera mixto o con doble finalidad, esto es, una parte del capital destinada a la actividad profesional del prestatario y otra a atender necesidades personales, altere dicho resultado pues la doctrina comunitaria niega la condición de consumidor en los contratos relativos a un bien "destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional (...) salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate" (STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C- 464/01, Johann Gruber vs. BAY WA AG). Y aun cuando en el caso de autos se desconozca que parte se destinó a uno y otro uso, si se refinanció la compra de dos camiones industriales no parece que fuera insignificante y, en cualquier caso, al recurrente correspondía acreditar dicho extremo, debiendo soportar las consecuencias negativas que puedan resultar de su falta de prueba.

La consecuencia obligada de lo anterior es que no pueden los actores invocar la protección que dispensa la Directiva Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ni la normativa nacional, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios- que acordó su trasposición a nuestro Derecho

Sin embargo, que la referida 'opcion multidivisa' no sea susceptible un control de abusividad no significa que se encuentre exenta de cualquier control pues el propio

Tribunal Supremo, en su sentencia de 9 de mayo de 2013, señaló que aun cuando se traten de cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato, como es el caso que nos ocupa, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo, y puedan ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de la Ley de Condiciones generales de la Contratación, control de transparencia que es de observar en todo contrato, ya sea celebrado con un empresario o con un consumidor, si bien dicho control de inclusión entiende este Tribunal que la referida opción multidivisa supera sin problemas al estar bien destacada en el contrato y presentar una redacción clara y precisa (el segundo control de transparencia -también llamado control cualificado de transparencia- que afecta a la comprensibilidad real de la cláusulas no puede ser abordado en autos por cuanto la parte actora ya hemos dicho que no es un consumidor y la STS del pleno núm. 367/2016, de 3 de junio sancionó que el mismo no se extiende a los contratos celebrados con profesionales o empresarios)

No obstante, no debe olvidarse que la parte demandante ejercita la acción de nulidad [relativa] por error vicio como consecuencia de no haber cumplido correctamente con su obligación de información conforme al elevado estándar informativo que impone la LMV y las normas que la desarrollan y, por consiguiente, es la entidad demandada "quien tiene la obligación -activa y no de mera disponibilidad- de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios" (STS núm. 667/2016, de 14 noviembre, con cita de las sentencias núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, y 676/2015, de 30 de noviembre). O también que "la legislación impone que la empresa de servicios de inversión informe a los clientes, con suficiente antelación y en términos comprensibles, del riesgo de las inversiones que realiza. No basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo, en cuanto que es una inversión. Es preciso conocer cuáles son esos riesgos, y la empresa de servicios de inversión está obligada a proporcionar una información correcta sobre los mismos, no solo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino

porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que esos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente" (STS núm. 677/2016 de 16 noviembre, con cita a su vez de las sentencias 460/2014, de 10 de septiembre y 102/2016, de 25 de febrero)

Y en el caso de autos, al margen de que el producto pudiera considerarse adecuado al perfil de los demandados -que tampoco consta que fuera un extremos estudiado por el banco- es lo cierto que el banco no ofreció a los actores una información "clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo" de esta hipoteca multidivisa, concretamente del alcance de la obligación de mantener la equivalencia entre la divisa prestada y el euro que se imponía en la escritura (según el informe pericial aportado por la actora cuando se contrata la hipoteca el yen japonés ya se encontraba fuertemente devaluado frente al euro y presentaba la tasa de intercambio más favorable al euro de todos los tiempos, de hasta 146,01 yenes por euro, por lo que era más previsible una fuerte corrección de futuro) ni tampoco consta que hiciera "hincapié" en los riesgos asociados a la fluctuación de los tipos de cambio de los cuales, por ejemplo, podía haber tomado conocimiento los actores mediante la confección de simulaciones que atendiesen a los distintos escenarios que podría dar lugar esa evolución. Ciertamente no se está exigiendo a la entidad de crédito demandada que debía informar al cliente de la previsión de evolución de los tipos de interés sino simplemente - como se dice en la STS núm. 668/2015 de 4 de diciembre- que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que no ha sido cumplido en este caso

En resumidas cuentas, que la entidad de crédito demandada debió informar en términos claros y precisos, y con suficiente antelación a la contratación de la naturaleza compleja y de los riesgos de la operación, que es elemento determinante para la formación del consentimiento en este tipo de contratos. Y no constando documental ni testificalmente que lo hubiera hecho, viene también en aplicación la reiteradísima doctrina jurisprudencial conforme la infracción de estos deberes informativos permite presumir que el consentimiento de los actores se encontraba viciado por el error:

"Es jurisprudencia constante de esta Sala que 'lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una

representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido 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 que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo' (STS núm. 625/2016 de 24 de octubre, con cita de las sentencias núm. 560/2015, de 28 de octubre y 840/2013, de 20 de enero de 2014). Y en cuanto que esta presunción 'iuris tantum' no ha sido desvirtuada por la parte, debe concluirse que el consentimiento prestado por los actores se encontraba viciado por error y, consecuentemente, el contrato firmado fue nulo

CUARTO.- Efectos. La nulidad parcial

La parte recurrente interesa en primer lugar, por remisión a su escrito de demanda, la nulidad parcial del contrato a fin de que se deje sin efecto las referencias a las divisas y de una manera integradora que se declare que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, resultante de disminuir al importe prestado (360.000 euros) la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses, debiendo la entidad demandada recalcular en euros las cuotas pendientes de amortización.

La referida petición no se encuentra exenta de dificultad pues, de entrada, la parte apelada directamente se opone porque de existir el vicio del consentimiento que se alega, la nulidad del contrato pasa porque las partes se restituyan recíprocamente las prestaciones que fueron objeto del mismo conforme al art. 1303 Cci, sin que pueda transformarse o configurarse un nuevo préstamo del agrado de la parte demandante. Y muy reciente jurisprudencia, en materia de derivados financieros que forman parte del propio contrato de financiación, se muestra contraria a dicha posibilidad (SSTS de 2 febrero 2017; 14 febrero 2017 y 17 febrero 2017)

Ciertamente y aun cuando la anulabilidad o nulidad parcial sea una imperfección menos enérgica que las que da lugar a la nulidad absoluta del contrato, cuando dicha acción se ejercita con éxito produce la destrucción del contrato con fuerza retroactiva de modo que, en principio, las partes deben reintegrarse las prestaciones recibidas (ex. artículos 1.303, 1.307 y 1.308 del Cci)

En el caso de autos, el préstamo fue contratado en yenes y la nulidad del contrato obligaría a la parte prestataria a tener que devolver en principio la misma cantidad de yenes que le fue entregada pero ello supondría olvidar que fue precisamente la desfavorable evolución de los tipos de cambio la que impidió a la parte prestataria optar por un cambio de moneda (recuérdese que el préstamo reconocía al prestamista la 'opción divisa' que le permitía, antes del comienzo de cada periodo trimestral, que pudiera optar por continuar amortizando el préstamo con dicha divisa o cambiarse al euro u otra divisa y que, en el caso de autos, la parte prestataria nunca llegó a ejercitar dicha opción).

Esta problemática ha sido resuelta por las Audiencias de distinta forma pero todas ellas se muestran favorables a reconocer la nulidad parcial pues entienden que, aun sin la parte afectada, el contrato puede subsistir al mantenerse el adecuado y suficiente equilibrio prestacional perseguido por las partes al contratar. Así, la SAP de Valladolid, Sección 3, del 12/ene/2017; la SAP de Barcelona, Secc. 1ª, de 27/nov/2015; la SAP, Sección 1, de Zamora de 3 de enero de 2017; la SAP, Sección 2 de Huelva de 21 de diciembre de 2016; la SAP de Guadalajara, Sección 1, del 21 de diciembre de 2016; la SAP, Sección 14, de 19 de diciembre de 2016...

Pues bien, con todos estos antecedentes, este Tribunal también entiende que resulta factible la nulidad parcial interesada por los actores en su demanda ante la ausencia en nuestro Derecho de una norma sobre la nulidad parcial, visto que su admisión puede deducirse de diversos preceptos del Cci como ocurre con los art. 1.155 (la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal); 1476 (nulidad del pacto que exime al vendedor de responder de la evicción), 1691 (nulidad del pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas), 1826 (nulidad del pacto por el que el fiador queda obligado a más que el deudor principal)...

Es más, la posibilidad de nulidad parcial de los contratos tiene favorable acogida en nuestra jurisprudencia. La STS 241/13 de 13 de mayo, en su F.J. Sexto, declara expresamente que "a diferencia de otros, como el italiano y el portugués, que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* [lo válido no es viciado por lo inválido]. No obstante lo cual, la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del *favor negotii* o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, ***debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las***

cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido. Y destaca como en ciertos sectores dicho principio ha sido expresamente acogido. Así ocurre con las condiciones generales de la contratación (art. 9.2 LCGC) o con las cláusulas abusivas en los contratos concertados con los consumidores (art. 83 del Texto refundido de LGDCyU)

QUINTO.- Costas y depósito para recurrir.

En cuanto a las costas de esta apelación, la estimación del recurso presentado determina que no sean impuestas a ninguno de los litigantes (art. 398.1 LECI) y la devolución del depósito constituido para recurrir, de acuerdo con el apartado noveno de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ tras su reforma 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

De igual modo, y aunque la estimación del recurso comportaría la estimación íntegra de la demanda y, en principio, la condena en costa de la parte demandada, este Tribunal, atendidas las dudas que ha venido suscitando la normativa aplicable y la nulidad parcial del contrato, entiende concurrentes suficientes dudas de derecho para justificar la no emisión de un especial pronunciamiento al respecto

FALLO

Que, con estimación del recurso de apelación presentado por CATALUNYA BANC, este Tribunal acuerda:

1ª) Revocar la sentencia de 19 de enero de 2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Núm. CINCUENTA y CINCO de Barcelona y en su lugar acordamos estimar sustancialmente la demanda interpuesta por

contra CATALUNYA BANC SA y declarar la nulidad parcial de las cláusulas "opción multidivisa" existentes en la escritura de préstamo hipotecario concertada el día 5 de noviembre de 2007, debiendo la demandada referenciar dicho préstamo a euros, según la paridad a la fecha de su suscripción, y recalcular los intereses que debieron haber sido abonados así como el capital que resulte pendiente de amortización, sin imposición de las costas a ninguna de las partes.

2ª) No imponer tampoco las costas de esta apelación a ninguno de los litigantes, con devolución a la parte del depósito constituido para recurrir.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal si concurren los requisitos legales que los condicionan (art. 469 a 477 y Disp. Final 16ª de la LECI), y se interpondrá, en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde su notificación.

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

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

Publicación.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. Doy fe.