

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Décima

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035

Tfno.: 914933917,914933918

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0094357

Recurso de Apelación 940/2018

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 83 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 536/2016

APELANTE: BBVA y CATALUNYA BANC SA

PROCURADOR D./Dña. XXXXXXXXXXXXX

APELADO: D./Dña. XXXXXXXXXXXXX

PROCURADOR D./Dña. ISABEL AFONSO RODRIGUEZ

SENTENCIA N° 122/2019

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. MARÍA ISABEL FERNÁNDEZ DEL PRADO

D./Dña. MARIA BEGOÑA PEREZ SANZ

D./Dña. AMALIA DE LA SANTISIMA TRINIDAD SANZ FRANCO

En Madrid, a uno de marzo de dos mil diecinueve.

La Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 536/2016 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 83 de Madrid a instancia de BBVA sucesor por absorción de CATALUNYA BANC SA apelante - demandado, representado por el Procurador D. XXXXXXXXXXXXX y defendido por Letrado Sr. Nogués contra Dña. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX apelado - demandante, representado por el/la Procurador D./Dña. ISABEL AFONSO RODRIGUEZ y defendido por el/la ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 31/07/2018.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **Dña. MARIA BEGOÑA PEREZ SANZ**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 83 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 31/07/2018, cuyo fallo es el tenor siguiente:

“Que estimando la demanda interpuesta por la representación de Dª XXXXXXXXX y D. XXXXXXXXXXXXXXXX contra CATALUNYA BANC debo declarar y declaro haber lugar a:

a) Declarar la nulidad de los contratos de préstamo concertados entre los litigantes en fecha de 19 de marzo 2008 en la Notaría de D. Luis José Villaamil Amor con números quinientos tres y quinientos cuatro de su protocolo, en lo referente a la opción multidivisa debiendo recalcularse en euros el capital y el tipo de interés de referencia, con los efectos del art. 1.303 del C.C.

b) Imponer a la demandada el pago de las costas procesales ocasionadas a estos demandantes.

Igualmente estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de D. XXXXXXXXX y Dª XXXXXXXXX contra CATALUNTA BANC debo declarar y declaro haber lugar a:

c) Declarar la nulidad del contrato de préstamo en que los actores participaron como avalistas suscrito con la demandada en fecha de 19 de marzo de 2008 en la Notaría de D. Luis José Villamil Amor con el número quinientos cuatro de su protocolo, en le referente a la opción multidivisa debiendo recalcularse en euros el capital y el tipo de interés de referencia, con los efectos del art. 1.303 del C.C.

d) No hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales en relación a estos demandantes”.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, 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.- Por providencia de esta Sección, de fecha 4 de febrero de 2019, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, quedando en turno de señalamiento para la correspondiente deliberación, votación y fallo, turno que se ha cumplido el día 27 de febrero de 2019.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La presente apelación trae causa en la demanda presentada por la procuradora de los Tribunales D. Isabel Afonso Rodríguez en nombre y representación de D. XXXXXXXXX y D^a XXXXXXXXXX, contra CATALUNYA BANC,S.A. por la que solicitaba se dicte sentencia por la que : 1- se declare la nulidad parcial de los préstamos hipotecarios suscritos por los actores con la demandada en fecha 19 de marzo d de 2008 autorizado por el notario D. Luis José Villaamil Amor, bajo el número de protocolo 503 y 504 , en los contenidos relativos a la opción multidivisa.

2- Declare que el efecto de dicha nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada hasta la fecha de la sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue en su cantidad correspondiente en euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura para el euro (Euribor).

3- Se condene a la demandada al pago de las costas.

A dicha demanda se opuso la entidad CATALUNYA BANC, alegando a falta de legitimación activa de D. XXXXXXXXX y D. XXXXXXXXXXXXX para pedir la nulidad del primer préstamo; la caducidad de la acción de anulabilidad ; niega la existencia del error en el consentimiento, sostiene que se ha cumplido toda la normativa bancaria; imposibilidad de la declaración de la nulidad parcial del préstamo por error en el consentimiento; que no son admisibles las pretensiones de la parte como consecuencia restitutiva de la nulidad .

La entidad CATALUNYA BANC, fue sucedida procesalmente por la entidad BBVA.

SEGUNDO.- Por el Magistrado de primera Instancia núm. 83 de Madrid, se dictó sentencia por la que se estimaba la demanda interpuesta por la representación procesal de D. XXXXXXXXX y D. XXXXXXXXX contra CATALUNYA BANC , declarando haber lugar a la nulidad de los contratos de préstamo concertados entre los litigantes en fecha 19 de marzo de 2008 en la notaria de D. Luis José Villaamil Amor con los números 503 y 504 de su protocolo, en lo referente a la operación multidivisa debiendo calcularse en euros el capital y el tipo de interés de referencia a los efectos del art 1303 del CC.

Con imposición de costas a la parte demandada.

Se estima parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. XXXXXXXXX y D^a XXXXXXXXXX contra CATALUNYA BANC, declara la nulidad del contrato de préstamo en que los actores participaron como avalistas suscrito con la demandada en fecha 19 de marzo de 2008 en la notaria de D. Luis José villaamil Amor con el número 504 de su protocolo en lo referente a la opción multidivias debiendo recalcularse en euros el capital y el tipo de interés de referencia, con los efectos del art 1303 del CC. Sin hacer especial pronunciamiento en las costas de estos demandantes.

Frente a dicha sentencia se alza en apelación la representación procesal de BBVA alegando como motivos de apelación la infracción de normas y garantías procesales el art 24 de la CE y 218 de la LEC , por haberse declarado la nulidad por abusiva y falta de transparencia de la cláusula, sin haber sido ejercitada en la demanda, ni haberse dado traslado para alegaciones de la demandada , ni posibilidad de proponer prueba.

En segundo lugar alega la imposibilidad de ejercitar una acción de nulidad al no ser posible pedir la nulidad parcial. La inexistencia de error en el consentimiento.

Termina solicitando se dicte sentencia por la que se revoque la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia núm. 83, con desestimación de la demanda íntegramente.

A dicho recurso de apelación se opusieron los actores realizando las alegaciones que considerado oportunas en contra de los motivos de apelación esgrimidos de contrario, y terminan solicitando se dicte sentencia por la que se desestime el recurso formulado de contrario con imposición de las costas a la parte apelante.

TERCERO.- Se aceptan los fundamentos de la sentencia de primera instancia que han de entenderse aquí por reproducidos y completados con los de la presente resolución.

El primero de los reproches que realiza la parte apelante a la sentencia de primera instancia se refiere a considerar que se han infringido las normas y garantías procesales causando indefensión a la parte, puesto que la apelante, considera que la sentencia declara la nulidad de las escrituras en base a la normativa de defensa de los consumidores por falta de transparencia y abusividad. Considera en consecuencia que la sentencia ha incurrido en incongruencia extra petita.

La sentencia de 7 de marzo de 2013 de la Sala Primera del TS apunta lo siguiente: "Como hemos recordado recientemente en la STC 95/ 2005, de 18 de abril (FJ 3), desde la STC 20/1982, de 5 de mayo , (FFJJ 1 a 3), este Tribunal ha venido definiendo el vicio de incongruencia, en una constante y consolidada jurisprudencia, como el desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso. Al conceder más, menos o cosa distinta de lo pedido, el órgano judicial incurre, según hemos dicho de modo reiterado, en las formas de incongruencia conocidas como ultra petita, citra petita o extra petita partium, potencialmente reveladoras de la parcialidad del órgano judicial, que decide lo que nadie le pide, o de la indefensión de alguna de las partes, que se encuentra sorpresivamente con una decisión ajena al debate previo. Son muy numerosas las decisiones en las que este Tribunal ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 CE".

La misma línea es seguida por la sentencia de 18 febrero de 2013, indicando que "El Tribunal Constitucional ha resumido la doctrina constitucional sobre la incongruencia, en la sentencia 9/1998, de 13 de enero : "Desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española , se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus

pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitem*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitem*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño o las respectivas pretensiones de las partes". Y tal como dicen las Sentencias de 18 de noviembre de 1996 , 29 de mayo de 1997 , 28 de octubre de 1997 , 5 de noviembre de 1997 , 11 de febrero de 1998 y 10 de marzo de 1998 : "es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido ("*ultra petita*"), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (" *extra petita*") y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ("*citra petita*"), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio '*iura novit curia*' ".

Este primer motivo de apelación está abocado al fracaso, la parte apelante parte de una premisa errónea, puesto que la sentencia, no declara la nulidad de los contratos de hipoteca por falta de transparencia y abusividad, sino por error en el consentimiento. En el fundamento de derecho primero aborda el tema de la transparencia y abusividad de una manera general, para llegar a la conclusión en el último párrafo de que las entidades bancarias deben dar una información a los clientes sobre el recalcule de las cantidades en base a la fluctuación de la moneda extranjera y la manera que puede afectar tanto a las cuotas como al principal objeto del préstamo.

Por tanto, no ha habido incongruencia de la sentencia, es en el fundamento de derecho segundo en el penúltimo párrafo donde aborda la cuestión de la nulidad por vicio en el consentimiento originado por error al contratar, conforme se solicita en la demanda, por tanto no existe el desajuste entre lo solicitado y lo resuelto en la sentencia, como pretende la parte apelante.

Como segundo motivo de apelación se alega por la parte apelante la improcedencia de la acción de error en el consentimiento, puesto no es viable pedir la nulidad parcial del contrato. Considera que si existe un error en un elemento esencial del contrato, la consecuencia debe ser la declaración de nulidad del contrato entero y no solo de parte del mismo.

Tampoco puede tener acogida este motivo de apelación, puesto que el TS ya en su sentencia de 15 noviembre de 2017 para un supuesto similar al contemplado en estos autos, estableció tal posibilidad declarar la nulidad parcial del contrato al recoger "... la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no

negociada puede perjudicarle más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13 , apartados 83 y 84).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

54.- Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo.

55.- Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Así lo ha declarado el TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13), apartados 76 a 85. "

En consecuencia tal alegación debe ser rechazada.”

Por tanto, existe la posibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato, sin necesidad de integrar el mismo, sustituyendo la cláusula nula por la aplicación de una disposición nacional.

Como tercero y último motivo de apelación sostiene la parte apelante la inexistencia del error en el consentimiento , considera que no se presume y ha de ser acreditado, y además ha de ser inexcusable y recaer en elementos esenciales de contrato y que los actores podían haber cambiado la divisa por un préstamo en euros.

La misma sentencia antes citada de 15 de noviembre de 2017 , al abordar la cuestión del error en un supuesto semejante al presente recoge que “Seguidamente, ha de entrarse a analizar si ha existido error invalidante del consentimiento, si se ha acreditado la falta de información por la parte apelante que determine el error esencial e inexcusable que determine la declaración de nulidad como sostiene la sentencia apelada, o por el contrario tal extremo no se ha acreditado como alega la parte apelante.

El Tribunal Supremo ha establecido el contenido del derecho de información que en préstamos de esta naturaleza, debe ser cumplido por el banco o profesional, al señalar en la Sentencia de 15 de Noviembre de 2017 con cita de las del TJUE que establece:

"También lo hace la STJUE del caso Andriuc , cuyo apartado 48 declara: «Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013 , RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180 , apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980 , apartado 50). 20.- Esta sentencia precisa cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas: «49. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1). » 50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras». (...)). 25.- Lo expuesto muestra que era exigible a Barclays que hubiera informado a los demandantes sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, el yen japonés, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución (esto es, la entrega efectiva del capital a los prestatarios, el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización y la reclamación por el banco del capital pendiente de amortizar cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo, mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria). 26.- En concreto, Barclays no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa. Esa información era necesaria para que los prestatarios pudieran haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudieran haber comprendido los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda en la que recibían sus ingresos".

La Sala entiende que este motivo de apelación debe seguir el mismo destino que los anteriores, puesto que no se ha acreditado por la parte demandada la existencia de ninguna información por parte de la entidad bancaria a los actores sobre los extremos de la hipoteca, no se aporta ninguna documentación para acreditar la información facilitada por la entidad

bancaria. El único documento aportado con la contestación es una autorización para obtener divisa extranjera, pero no acredita que los actores recibieran ninguna información sobre el tipo de hipoteca que iban a suscribir. En cuanto a las alegaciones del testigo que ha depuesto en el acto del juicio, el mismo no recuerda nada sobre la operación, y siendo las manifestaciones solamente generalidades en cuanto a la forma en que la hipoteca se comercializada. Pero sin acreditar ningún extremo sobre qué información se facilitó, si se explicó la forma en que afectaría la oscilación de la moneda en el principal y en los intereses. Es lo que lleva a entender al juez a quo que los actores desconocían los extremos de la contratación, y a la declaración de nulidad por error en el consentimiento. Ni siquiera consta que se les informara a los actores de la posibilidad del cambio de moneda a otra divisa. Por lo que la sentencia debe ser confirmada, en todos sus extremos.

CUARTO.- Consecuencia de la desestimación del recurso, a tenor del artículo 398 de la LEC, se imponga a la parte apelante las costas procesales originadas en este grado jurisdiccional, al no suscitar la materia litigiosa seria duda fáctica o jurídica.

Vistos los preceptos legales citados y demás disposiciones normativas de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CATALUNYA BANC, SA. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 83 de Madrid, el 31 de julio de 2018, en los autos a que el presente rollo se contrae, debemos confirmar y confirmamos la resolución indicada e imponemos a las partes apelantes las costas procesales causadas en esta alzada.

La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, 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.

Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efectos.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Contra esta Sentencia 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2577-0000-00-0940-18, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala nº 940/2018, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.