

Juzgado de Primera Instancia N° 44 de Barcelona, Sentencia de 17 Dic. 2012, proc. 511/2012

Ponente: Puig Blanes, Francisco de Paula.

Nº de PROCEDIMIENTO: 511/2012

Jurisdicción: CIVIL

Texto

En Barcelona a diecisiete de diciembre de dos mil doce.

Juicio Ordinario nº 511/2012-A

Juzgado de 1ª Instancia nº 44

Barcelona

SENTENCIA

Vistos por FRANCISCO DE PAULA PUIG BLANES; Magistrado-Juez titular de Primera Instancia de esta ciudad nº 44 los autos de juicio ordinario nº 511/2012; promovidos por "Ensenada de Llafranc S.L.", representada por la Procuradora Dª Blanca Soria Crespo y defendida por el Letrado D. José Mª Simón Solano; contra "Catalunya Banc S.A.", representada por el Procurador D. Antonio Mª de Anzizu Furest y defendida por el Letrado D. Ignasi Fernández de Senespleda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El pasado 24.04.2012 se presentó por Dª Blanca Soria Crespo, Procuradora de los Tribunales, actuando en representación de D Edemiro , "Ensenada de Llafranc S.L." y D Gerardo , demanda de juicio ordinario frente a "Catalunya Banc S.A." (antes Caixa d'Estalvis de Catalunya). En ella tras exponer los elementos de hecho y derecho que estimó pertinentes, solicitó de este Juzgado se dictara sentencia por la que se declara la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las cláusulas del pacto segundo C y D "opción multidivisa" del contrato firmado en fecha 27 de noviembre del 2007 con "Catalunya Banc SA" y, por lo tanto, la nulidad y subsidiariamente la anulabilidad de las operaciones efectuadas en yens japoneses y se condene a "Catalunya Banc SA" a la restitución del préstamo hipotecario sin tener en cuenta las cláusulas abusivas declaradas nulas o anulables, recalculando por lo tanto el capital que se adeuda a fecha de la interposición de la demanda, una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados, tal y como sería un préstamo hipotecario absolutamente normal que se liquida en la moneda propia del país

en el que se celebra dicho contrato y declare la nulidad de la cláusula única del pacto octavo denominado "transferencia", todo ello con imposición de todas las costas y gastos causados en este procedimiento a la parte demandada si se opusiera a tan justas pretensiones, por su mala fe.

SEGUNDO: Admitida la demanda por decreto de 11.05.2012, el 14.06.2012 se presentó por D. Antonio M^a de Anzizu Furest, Procurador de los Tribunales, actuando en representación de "Catalunya Banc S.A.", escrito de contestación a la demanda antes indicada en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitó de este Juzgado se dictara sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda, con imposición de costas al demandante.

TERCERO: Celebrada la audiencia previa con el resultado que obra en el soporte videográfico elaborado y en base a lo en ella resuelto, se dictó el 25.07.2012 auto por el que se tenían por desistidos de la demanda objeto de las presentes actuaciones a D. Gerardo y D Edemiro , resolución que fue confirmada por auto de 17.09.2012. Tras ello el 12.12.2012 se celebró el juicio legalmente previsto en el que se practicó la prueba documental y pericial, quedando los presentes autos para sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La demanda origen de las presentes actuaciones tiene por objeto el análisis de la validez de parte del contenido de la escritura de préstamo multidivisas con garantía hipotecaria aportada como documento nº 2 de la demanda y suscrita el pasado 27.11.2007 en el que la entidad que concedía era la entonces denominada "Caixa d'Estalvis de Catalunya" (en la actualidad "Catalunya Banc S.A.") y el prestatario era D Gerardo . El inmueble sobre el que recaía la garantía hipotecaria es la vivienda sita en la C DIRECCION000 nº NUM000 del vecindario de Llafranc (término de Palafrugell) inscrita en el Registro de la Propiedad de Palafrugell, tomo NUM001 , libro NUM002 , folio NUM003 , nº NUM004 . Tal inmueble había sido adquirido el mismo día del otorgamiento del préstamo (27.11.2007) por parte de D Gerardo siendo la vendedora "Valls & Dalmau S.L." en virtud de escritura pública autorizada por el mismo notario ante quien se otorgó el préstamo multidivisas con garantía hipotecaria con el número anterior del protocolo tal y como se indica en la página 33 de la escritura del préstamo y resulta de la certificación del Registro de la Propiedad referente a esta finca aportada como documento nº 2 de la contestación a la demanda. Con posterioridad a ello y por medio de escritura de 27.12.2007 la finca fue aportada por parte del Sr Gerardo a la sociedad que se la había vendido "Valls & Dalmau S.L." en virtud del aumento de capital de esta mercantil. Tras ello la finca fue vendida a la mercantil "Ensenada de Llafranc S.L." por medio de escritura de 22.04.2009 como resulta de la información registral de la finca aportada como documento nº 3 de la demanda y nº 2 de la contestación obrando en autos tal escritura como parte del documento nº 2 de la contestación

A la vista de esta compraventa, se otorgó el 21.10.2010 una escritura de aceptación de subrogación de hipoteca y afianzamiento solidario (documento nº 7 de la demanda) en la que a la vista de tal transferencia del inmueble

hipotecado en favor de "Ensenada de Llafranc S.L.", esta mercantil se subrogaba en el préstamo multdivisas con garantía hipotecaria de 27.11.2007 incorporándose el afianzamiento solidario de D Edemiro .

De todo el contenido de la hipoteca se interesa por la parte actora (la mercantil "Ensenada de Llafranc S.L." ante el desistimiento de los otros dos codemandantes aceptado por autos de 25.07.2012 y 17.09.2012) la declaración de nulidad de parte de la misma y en concreto (tal y como se desprende del "petitum" de la demanda), de las cláusulas del pacto segundo C y D "opción multdivisa" y la de la cláusula única del pacto octavo denominado "transferencia". A ello se añade una petición de anulabilidad de las operaciones realizadas en yenes japoneses.

Respecto de éste último elemento, la escritura fijaba como cantidad que el prestatario recibía la de 58.470.851,00 Yens Japoneses, equivalentes a 360.000 €.

En lo referente a las cláusulas C y D del pacto segundo, son las que contienen la opción multdivisa y la forma de ejercicio de la misma, mientras que la cláusula única del pacto octavo afecta a la cláusula de transferencia por medio de la que la prestamista "Caixa d'Estalvis de Catalunya" se reservaba la facultad de transferir a cualquier otra persona natural o jurídica todos los derechos dimanantes del contrato sin tener que notificar la cesión o transferencia al deudor.

Las cláusulas de la opción multdivisa se enmarcan en la escritura de préstamo en si misma considerada en la que se indica que el importe del préstamo fue de 58.470.851,00 Yens Japoneses equivalentes a 360.000 €. De cara a su amortización se fijó un periodo de 28 años. Como tipo de interés se fijó para el primer año el del 2,39750 % devengándose los intereses trimestralmente y debiéndose abonar en la divisa en que se realiza el préstamo o en su caso en aquella que hubiere indicado el prestatario caso de hacer uso de la opción multdivisa. Como interés variable (en cada caso con determinación de los días y plazos de referencia) se fijaba el de sumar al tipo de referencia 1,04 puntos si el capital pendiente de amortizar estuviere en euros (algo que podría ocurrir de ejercer la opción multdivisa) o 1,44 al tipo de referencia si fuere alguna de las divisas alternativas. Como tipo de referencia en caso de estar el capital en euros, se toma el tipo de interés anual al que se ofrecen depósitos interbancarios en euros (Euribor). Para el resto de divisas se indica que si éstas se integran en el índice "BBA Libor", sería de aplicación el precio del dinero del mercado interbancario de Londres para depósitos no transferibles. De no estar la divisa integrada en el "BBA Libor" se indica se aplicaría el del mercado interbancario oficial del país correspondiente a la divisa. En todo caso se establecía que el tipo de interés no podría superar el 10%. En cuanto a la forma de ejercicio de la opción multdivisa y que es una de las concretas cláusulas objeto de impugnación, por medio de la misma el prestatario podía notificar a la Caja antes de las 11.00 horas del día hábil anterior al comienzo de un periodo de interés, su deseo de satisfacer la cuota correspondiente al próximo periodo de interés en euros o en una de las divisas alternativas (divisa cuyo cambio haya publicado Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España). Esta divisa alternativa se indicaba sería la necesaria para adquirir el importe equivalente del capital pendiente no vencido al tipo de cambio publicado por Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España de dos días hábiles (mercado de Madrid) antes de la fecha que se inicie cada periodo de intereses. En la cláusula D (también impugnada) se indica que el prestatario asume los

riesgos de cambio exonerando a la Caja de cualquier responsabilidad derivada de tal riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción pueda ser superior al límite pactado, obligándose el prestatario a mantener la equivalencia entre la divisa prestada y su contravalor en euros (360.000 €) no pudiendo superar este contravalor un 5% del fijado en el cuadro teórico de amortización anexo a la escritura. Si la desviación fuere superior al 5%, se indicaba que el prestatario se obligaba a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener dicha equivalencia.

La exposición anterior de la relación existente entre las partes pone de manifiesto que la presente causa tiene por objeto el análisis de una hipoteca con opción multidivisa en la que el préstamo se concede en una moneda distinta al euro (en este caso el yen japonés) y en la que de cara a su devolución el prestatario puede escoger una moneda diferente a aquella en la que se le concedió el préstamo (en este caso yens) o euros como divisa con la que devolver los pagos al banco.

Por medio de figuras como la aquí analizada, quien obtiene un préstamo hipotecario puede desenvolver el mismo en una moneda cuyos tipos de interés pueden ser diferentes (lo que se busca es que sean inferiores) a los establecidos para el euro (de ahí que los diferenciales de tipos de interés sean superiores - en este caso de 1,44 frente a 1,04). De hecho incluso puede cambiar la divisa en que se hace efectivo el préstamo (con el cambio correspondiente de los tipos de interés), si bien ello comporta la necesidad de adquirir esta divisa con los costes a ello asociados.

Ello hace que por su propia estructura, una figura como la aquí analizada presenta un importante nivel de complejidad al tenerse que conocer tanto la operativa de los tipos de interés de otros países, como las variaciones de los tipos en el mercado de divisas, elementos ambos sujetos a múltiples variables y de difícil predicción. De hecho en ocasiones se suscribe un seguro sobre el riesgo del tipo de cambio, algo que no se ha producido en el caso aquí analizado y que comporta para el prestatario un sobrecoste, con lo que las ventajas que puede implicar un préstamo con opción multidisvas se reducen.

SEGUNDO: Fijado en el fundamento de derecho anterior el marco en el que se desenvuelve la presente causa, es necesario proceder al análisis de los motivos de impugnación, comenzando por el análisis desde la perspectiva de la normativa reguladora de consumidores y usuarios al considerar la parte demandante que las cláusulas impugnadas se pueden considerar abusivas.

A tal efecto, la Ley 44/2006 (LA LEY 12793/2006) General de Consumidores y Usuarios y el actualmente vigente Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 (LA LEY 11922/2007), sancionan con la nulidad de pleno derecho las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores. En este sentido dispone su art 82,1: "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, precisando el art 83,1 que: "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no

puestas". Lo anterior supone que en los casos de concurrencia de una cláusula abusiva se da una nulidad de pleno derecho,

No obstante lo anterior, para poder proceder al análisis desde la perspectiva antes mencionada, es necesario poder considerar consumidor a quien invoca la aplicabilidad de este régimen.

Respecto de quien fuere consumidor, tal concepto aparece recogido en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LA LEY 11922/2007) que en su art 3 indica que: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

En similares términos se pronunciaba el artículo 1 de la anterior Ley, cuando recogía que " A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros".

Interpretando esta norma la STS 15.12.2005 atribuye la condición de consumidor: "... no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico."

De lo anterior se desprende que el concepto legal de consumidor (como se indica en la SAP Asturias, Sección 6ª, 16.01.2012) se identifica con la vía por la cual los productos y servicios llegan definitivamente hasta el ámbito familiar o doméstico, saliendo para siempre del mercado, lo cual le distingue de otros sujetos que intervienen en el tráfico, como empresarios o/y profesionales, que aunque también "consumen" en un sentido material o físico bienes y servicios, lo hacen empleándolos en procesos de fabricación, distribución o prestación de servicios a terceros

Lo anterior implica que la aplicabilidad del régimen normativo de los consumidores y usuarios exige que el destinatario del bien o servicio (en este caso la hipoteca con opción multidivisa) se trate de alguien que no actúe al contratarlo en el marco de una actividad profesional o empresarial.

En el presente caso la demandante es "Ensenada de Llafranc S.L." respecto de la que en la demanda se indica que carece de otro objeto que la titularidad del bien objeto de la hipoteca aquí analizada, habiéndose aportado como documento nº 8 de la demanda la cuenta de pérdidas y ganancias de la que se deriva una actividad prácticamente nula (un resultado de explotación de - 19,87 €).

No obstante lo anterior, con la contestación a la demanda, se aportó como documento nº 1 de la misma la información obtenida del Registro Mercantil de Girona en la que consta que el objeto social de esta empresa es la compra, tenencia y arrendamiento no financiero de inmuebles por cuenta propia. De esta sociedad el administrador único es D Edemiro , persona que es asimismo quien intervino como administrador de la empresa promotora ("Valls & Salmau S.L.") que es la que vendió el inmueble a D Gerardo quien a su vez la aportó a "Valls & Dalmau S.L." que es la mercantil que vendió el inmueble a "Ensenada de Llafranc S.L.", venta en la que quien intervino como representante de "Valls & Dalmau S.L." fue D Edemiro , no siendo el tal acto el representante de la compradora "Ensenada de Llafranc S.L." el Sr Edemiro , sino D Eusebio que reunía esta condición en el momento de la venta (22.04.2009) tal y como se indica en la escritura, aunque el 4.11.2010 fue nombrado administrador único de la compradora y titular del inmueble D Edemiro así resulta de la información obrante en autos procedente del Registro Mercantil).

Esta exposición pone de manifiesto que la demandante es una empresa que se integra en unas operaciones gestionadas por su administrador (D Edemiro) referentes al mundo de la promoción inmobiliaria, lo que corrobora desde el punto de vista documental las manifestaciones que en el acto de la vista vertieron los testigos (empleados de la demandada) D Julio , D Pascual y D Torcuato . Esta realidad no se estima verse obstaculizada por el hecho de ocupar el Sr Edemiro el inmueble sobre el que se constituyó la hipoteca con su familia tal y como indicó el testigo D Juan Manuel , pues lo que se ha acreditado es que la demandante se trata de una empresa titular de un inmueble al que le fue transmitido desde la promotora (promotora administrada por la misma persona que administra la sociedad titular actual tras las transmisiones intermedias al Sr Gerardo y de nuevo a la promotora).

La realidad anterior permite derivar que la sociedad demandante en la presente causa se incardina dentro de una lícita actividad de promoción inmobiliaria, en la que uno de los elementos esenciales a la misma es la contratación de instrumentos destinados a la financiación de la labor constructiva. Dado que lo que se contrató en este caso es un negocio de esta índole, se considera que a la vista de los elementos obrantes en autos no es posible considerar que la operación se verificó en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Ello hace que el análisis de las presentes actuaciones no se entienda posible llevarlo a cabo desde la perspectiva de la normativa de consumidores y usuarios, si bien ello no implica el estudio desde la perspectiva de la normativa general en materia de contratación que es lo que se hace en los siguientes fundamentos de derecho de esta sentencia.

TERCERO: *Concretado en el anterior fundamento el ámbito desde el que se considera posible analizar las presentes actuaciones, se procede a ello a la vista de las alegaciones contenidas en la demanda y centradas en la doctrina de los vicios del consentimiento que a juicio de la parte demandante determinan la nulidad y subsidiariamente anulabilidad de las cláusulas impugnadas.*

En concreto el vicio del consentimiento que se invoca es el del error, vicio respecto del que indica el art 1.266 CC (LA LEY 1/1889) que: «Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere

objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo.- El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección».

Sin perjuicio de los casos en los que el error sea de tal índole que motive una ausencia total de consentimiento (supuesto éste en que se hablaría de inexistencia de contrato y con ello de nulidad absoluta y no de anulabilidad que mas adelante se analizará), el Tribunal Supremo ha establecido (se citan a título de ejemplo las STS 11.12.2006; 6.05.2010; 12.11.2010; 30.03.2011 entre otras), que para poder declararse la anulabilidad de un contrato por error al prestar el consentimiento, es preciso: (i) Que recaiga sobre la cosa que constituye objeto del contrato, sobre su sustancia o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar. (ii) Que el error invalidante no sea imputable al que lo padece, en el sentido de ser excusable y de no haberse podido evitar con una diligencia media o regular. No merece tal calificativo el que obedece a la falta de la diligencia exigible a las partes contratantes, que implica que cada una deba informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella, en los casos en que tal información le resulta fácilmente accesible. La excusabilidad ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurren en el caso, incluso las personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente. Requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe, este último consagrado hoy en el art 7 CC (LA LEY 1/1889) . (iii) Que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado. (iv) Que se pruebe quien lo alega.

Partiendo de esta alegación y de cara a resolver sobre la misma, *un primer elemento que se debe tomar en consideración es el que viene constituido por el hecho de ser la demandante una empresa respecto de la que sus circunstancias y las de su administrador en una actividad de promoción inmobiliaria se han detallado en el fundamento de derecho anterior. Ello hace que el deber de diligencia exigible a su administrador sea mayor que el predicable del ciudadano medio*, ya que como se indicaba en el (vigente al tiempo de la contratación) art 61 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LA LEY 1210/1995): "1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal". En semejante sentido se pronuncia el art 225 de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010) aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LA LEY 14030/2010) en el que se recoge el deber de diligente administración indicando que: "1. Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario. 2. Cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente de la marcha de la sociedad". En cuanto a las condiciones de estas empresas y su volumen de negocio resultan de las cuentas anuales de las mismas adjuntas como documentos nº 1 y 2 de la contestación a la demanda

Lo anterior no comporta que todo administrador de una sociedad limitada (independientemente de su volumen de negocio), deba ser un experto en materia financiera, si bien si que se le exige un nivel de atención superior al predicable de un ciudadano medio cuando verifica las negociaciones que le son propias.

A lo anterior se añade que quien suscribió en un momento inicial el contrato en el que luego se subrogó la demandada, era el propio letrado que ha intervenido en la presente causa y en la que se estimó que era asimismo demandante, aún cuando posteriormente desistió de la misma. Esta condición profesional del firmante, aún cuando no lo convierte en un profesional de finanzas, si que le confiere un nivel de conocimiento y preparación jurídica elevado y que le hace pleno conocedor de la importancia que tiene la suscripción de un préstamo con garantía hipotecaria. En todo caso, esta mención se hace a los simples efectos de integrar lo que es el objeto de la presente causa en el contexto en el que se produjo la contratación.

Tras esta indicación de la condición de la parte demandante, lo que es esencial en todo contrato es que quien se obligue tenga un adecuado conocimiento de su contenido, ya que solamente en base a ello podrá formar adecuadamente su voluntad y tomar la decisión en torno a si suscribirlo o no.

La exigencia de esta información en el ámbito bancario (el aquí analizado) ha sido objeto de un muy importante desarrollo normativo, al haberse constatado problemas en la práctica que en principio no deberían generarse si todos los contratantes proporcionasen todos los elementos necesarios para que aquellos con quienes contratan cuenten con los elementos de juicio idóneos.

Este deber de información se considera esencial y vinculado directamente a la buena fe que debe presidir toda relación contractual, y cobra una especial relevancia, hasta el punto de que en caso de vulnerarse (y que el cliente suscribiera un producto sin conocimiento del mismo), podría operar la doctrina jurídica del error antes analizada tanto de cara a la anulabilidad del contrato, como incluso hasta poder determinar su nulidad absoluta o inexistencia.

En cuanto a la regulación normativa de este deber de información, una operación como la aquí analizada no aparece contemplada dentro del ámbito de la Ley de Mercado de Valores y en concreto en la nueva redacción que al art 2 le dio la Ley 47/2007, de 19 de diciembre (LA LEY 12697/2007) que modificó los artículos 1 de la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 (LA LEY 1562/1988) y el capítulo I del Título VII que fija las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión, a fin de incorporar al ordenamiento jurídico español las siguientes Directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (LA LEY 4852/2004), relativa a los mercados de instrumentos financieros también conocida como Directiva MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), la Directiva 2006/73/CE (LA LEY 8789/2006) de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE (LA LEY 4852/2004) del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006 (LA LEY 6690/2006), sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito.

No obstante lo anterior, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LA LEY 1563/1988) prevé en su art 48 la posibilidad de que el Ministro de Economía y Hacienda, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deban presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pudiera incluir exigencias tales como la formalización por escrito de los contratos, la obligatoria entrega al cliente de un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad de crédito, la fijación de normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluyan todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización o la determinación de la información mínima que las entidades de crédito deberían facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendría por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.

El que las obligaciones anteriores pudieren ser objeto de un desarrollo reglamentario y el que éste fuere posterior a los contratos objeto de los presentes autos (se ha hecho por medio de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (LA LEY 20192/2011), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios) no implica que la entidad bancaria no tuviere un deber de información adecuada para con el cliente de cara a contratar un producto como el aquí analizado.

En el presente caso, no consta objetivada la información que con carácter previo se proporcionó al tiempo de la contratación de la escritura de 27.11.2007, siendo la única prueba al efecto existente la que se proporcionó por los empleados de la entidad demandada que indicaron haber ofrecido este tipo de producto como una opción, si bien reconocieron que esta información no se proporcionó a D Gerardo que es quien firmó la escritura de 27.11.2007. Así se indicó por parte de D Torcuato haber sido proporcionada tal información a D Edemiro , añadiendo D Pascual (que es quien firmó la escritura con el Sr Gerardo) que no lo conocía.

Esta realidad pone de manifiesto un elemento muy importante a los efectos de la presente causa cual es el de la ausencia de una información previa a la suscripción de la escritura dirigida a la persona que la contrajo (D. Gerardo), pues a lo sumo la que se proporcionare sería verbal y dirigida a otra persona (D Edemiro), con quien si bien el Sr Gerardo puede tener relaciones profesionales (prueba de ello sería el proceso de transferencia de la propiedad del inmueble entre ambos y por medio de las mercantiles en las que participan), se considera que ello no exonera del deber de información que se debía dirigir concretamente a la persona que contrataba (D Gerardo).

En cuanto a una posible información proporcionada a la entidad aquí demandante al tiempo de la subrogación en el préstamo en multdivisas con garantía hipotecaria, es de señalar que además de no constar prueba objetiva alguna de tal información, los propios empleados de la demandada que comparecieron como testigos en el acto de la vista indicaron que no se proporcionó ninguna información ya que se trataba de una mera subrogación, considerando la parte demandada que toda ésta ya constaba en los datos de la escritura que estaban íntegramente reflejados en el Registro de la Propiedad.

De esta exposición se pone de manifiesto que la información objetivada que consta recibida por parte de quienes suscribieron el préstamo en multdivisas con garantía hipotecaria se centra en el propio contenido de la escritura en la que el mismo se reflejó.

El contenido de esta escritura antes de su firma por parte del Sr Gerardo se estima conocido por éste al haberse otorgado precisamente ante un notario. A tal efecto cabe hacer mención al Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado que describe la actividad o función del Notario contemplando el doble carácter de éste: profesional del Derecho y funcionario que ejerce la fe pública. En su actuación como profesional el art 147 del Reglamento del Notariado (LA LEY 7/1944) dispone que: "El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el art. 17 bis de la Ley del Notariado (LA LEY 2/1862) . Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.....Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios". Lo anterior implica que entre las funciones notariales se encuentran las de asesoramiento informando a quienes acuden a estos profesionales (especialmente en los casos en los que una de las partes es quien ha redactado las cláusulas que se proponen) sobre los fines, medios y consecuencias, además de dar forma a la voluntad de los otorgantes. De hecho el notario ha de explicar los efectos o consecuencias que se producirán con el otorgamiento del instrumento.

En este caso, una lectura de la escritura permite conocer con claridad que el préstamo se otorga en yenes japoneses, que el tipo de interés se vincula a esta moneda, debiéndose hacer los pagos en la misma. Ello no obstante, se ofrece la posibilidad de cambiar la moneda en la que hacer estos pagos, cambio que afecta al tipo de interés a aplicar.

En relación a los riesgos de la operación, esta escritura expresamente indica en la cláusula D del pacto segundo que: "...el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a la Caja, de cualquier responsabilidad

derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción, pueda ser superior al importe pactado". Este riesgo de fluctuación de los tipos de cambio era aún mayor, ya que la cláusula antes mencionada fijaba además para el prestatario una obligación de mantenimiento de la equivalencia del importe del préstamo en yens-euros fijada al determinar el monto del préstamo (o en su desarrollo y respecto del capital en base al cuadro teórico de amortización anexo a la escritura), hasta el punto de preverse que si la desviación fuere superior al 5% el prestatario se obligaba a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar del préstamo al objeto de mantener la equivalencia, todo ello con la indicación adicional de que el incumplimiento de esta obligación sería causa de vencimiento anticipado de la póliza.

La exposición anterior pone de manifiesto la existencia de una previsión específica en la escritura del riesgo al que estaba sometido el préstamo por la fluctuación de los tipos de cambio (y por ello conocida por quien la suscribía y por quien se subrogare en ella dado su reflejo en el Registro de la Propiedad).

No obstante esta previsión, es necesario analizar si la misma cabría entenderla como suficiente dados los términos del préstamo entendido en su conjunto.

A tal efecto y de cara a analizar si la información en los términos en que se estima haberse proporcionado y que antes se han detallado fue o no la adecuada, es de interés conocer el análisis que del producto llevaron a cabo los peritos intervinientes en la causa.

A tal efecto obra en autos un informe emitido por D. José (documento nº 5 de la demanda) en el que se analiza lo que es el producto contratado (préstamo hipotecario con una opción multdivisa) y en el que se detallan los riesgos de tipo de cambio al que están sometidos (con los múltiples factores que influyen en su concreción y que incluyen factores tan aleatorios como los rumores de mercado o la propia especulación). A lo anterior se añade el riesgo de la variación de los tipos de interés. Junto a ello alude a la necesidad de cumplimiento de la normativa Mifid (algo que antes se ha indicado no se estima exigible en este caso), a las comisiones del contrato con especial atención a la por cambio de moneda que es el cambio que publica la propia Caja. De todo ello deriva el carácter especulativo del producto, la no definición en el contrato de los riesgos concretos que asumen las partes y el no ofrecimiento de un producto de cobertura tanto del tipo de interés como del de cambio. Tras ello pone de manifiesto el desarrollo del contrato en toda su vida, indicando que el Yen ha perdido entre julio de 2008 y enero de 2012 un 43,27% de su valor, lo que lleva aparejado como consecuencia que el cliente debe un 57% mas de lo estimado por el banco en su simulación inicial y un 49% mas del capital solicitado inicialmente en el préstamo hipotecario.

Junto a lo anterior asimismo se ha aportado a la causa un informe elaborado por D Romulo (documento nº 6 de la demanda) en el que se analiza lo que son los mercados de divisas destacando la necesaria información al contratar un producto como el de una hipoteca multdivisa ante los factores que la determinan, ya que el flujo de ingresos del deudor hipotecario se produce en una divisa mientras que la deuda está en otra, afectándose la misma por los tipos de interés de uno y otro país, inflación, flujos comerciales, factores sociales, catástrofes naturales, incluso factores

políticos. De cara al ofrecimiento de tales productos, indica que el interés de los mismos se encontraba en su momento en la diferencia entre los tipos del Euribor y el Libor o los tipos de interés en Japón o con el Franco Suizo. En concreto destaca los bajos tipos de interés de Japón dada la época de estancamiento económico sufrida por ese país. No obstante lo anterior, luego se produjo la bajada de tipos de interés en la zona Euro con lo que el diferencial que podría hacer atractivo el producto en Yen desapareció, produciéndose una espiral de tipos de interés, perdiendo el Euro un 50% de su valor en relación al Yen. En base a ello calcula el perjuicio para la demandante, ya que se ha producido una apreciación del Yen en relación al Euro, con lo que la deuda hipotecaria se ha incrementado, considerando el perito que solamente expertos conocedores del mercado de divisas podrían haber supuesto que estos productos financieros podrían ser susceptibles de variaciones tan importantes.

Finalmente se ha aportado a las actuaciones el informe elaborado por D Luis Pedro aportado con el escrito de la parte demandada de 13.07.2012. En él se indica que la operación aquí analizada no está sujeta al régimen del mercado de valores. Tras ello analiza las expectativas de evolución del cruce entre el valor del Euro y el Yen (se movía entre un máximo de 176 Yen/Euro y un mínimo de 113 Yen/Euro según las fuentes indicadas en el dictamen) en relación a la expectativa de evolución de los tipos de interés en ambos mercados según "Reuters" (en lo referente al Euro en torno al 4,3 % en los próximos cuatro años y en lo referente a Japón en torno al 1%). En base a ello considera que lo llevado a cabo por el prestatario no es una inversión, añadiendo que puesta en relación las previsiones de evolución de tipos de interés del Yen y el Euro en el momento de suscripción del préstamo no era previsible una fluctuación del tipo de cambio de ambas divisas en el sentido producido.

De lo indicado, así como *de la lectura del contrato, se destaca que en el mismo existían múltiples riesgos que debían ser tomados en consideración al tiempo de suscribirlo. El primero de ellos es el de los tipos de cambio (es el expresamente mencionado en la escritura), si bien este riesgo alcanzaba no solamente a la relación de cambio Euro-Yen, sino que incluía los tipos de cambio de la totalidad de las divisas alternativas. Tales divisas no se concretan en el contrato, sino que en la escritura se indica que se trata de divisas cuyo cambio haya publicado Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España. En cuanto a cuales fueren tales divisas, ninguno de los peritos comparecientes en las presentes actuaciones la pudo concretar, indicando que para ello se debería acudir a las oficinas de Catalunya Banc a fin de saber en cada momento cuales fueren éstas. Esta exposición pone de manifiesto que en la operación aquí analizada, además del riesgo de la posible variación de los tipos de cambio, se añadía otro cual era el de saber cuales fueren las divisas por las que el prestatario pudiese optar en caso de desear hacer uso de la opción multidivisa.*

El elemento anterior se considera que afectaba además a otra circunstancia esencial en una operación como la aquí analizada y éste no es otro que el del tipo de interés aplicable, ya que el mismo dependía de la divisa en la que se estuviere abonando el préstamo. Así, en la escritura se indica que (una vez pasado el primer año), el interés variable (en cada caso con determinación de los días y plazos de referencia) se fijaba al de sumar al tipo de referencia 1,04 puntos si el capital pendiente de amortizar estuviere en euros (algo que podría ocurrir de ejercer la opción multidivisa

que mas adelante se indica) o 1,44 al tipo de referencia si fuere alguna de las divisas alternativas. Como tipo de referencia en caso de estar el capital en euros, se tomaba en consideración el tipo de interés anual al que se ofrecen depósitos interbancarios en euros (Euribor). Para el resto de divisas se indica que si éstas se integran en el índice "BBA Libor", sería de aplicación el precio del dinero del mercado interbancario de Londres para depósitos no transferibles. De no estar la divisa integrada en el "BBA Libor" se indica se aplicaría el del mercado interbancario oficial del país correspondiente a la divisa. En todo caso se establecía que el tipo de interés no podría superar el 10%.

Partiendo de esta exposición contenida en la escritura en torno al interés aplicable y de cara a poder conocer el tipo operativo, en el acto de la vista los peritos no pudieron indicar cuales fueren las divisas integradas en el "BBA Libor", al ser ello un elemento cambiante. Igualmente indicaron la dificultad de conocer los tipos concretos aplicables respecto de las divisas alternativas del contrato (una vez conocidas éstas en base al mecanismo antes detallado) pudiéndose si acaso conocer ello mediante el acceso a bases de información financiera altamente especializadas.

De lo anterior se desprende que *en la operación suscrita existía un riesgo adicional al de la variación de los tipos de cambio cual es la de la dificultad de conocer el tipo aplicable en relación a cada divisa, elementos ambos esenciales de cara a poder tener datos en base a los que decidir si se hacía o no uso de la opción multidivisa. Ello es así porque a la dificultad de conocer las divisas en que se pudiere hacer el cambio (algo que se indicó por los peritos podría conocerse acudiendo a las oficinas de Catalunya Banc), se añadía el de la de conocer los tipos aplicables a tales divisas, sobre todo en el caso de aquellas respecto de las que no operase el "Libor". De hecho tal información (como antes se ha señalado) indicaron los peritos desconocerla y poderse, si acaso saber acudiendo a bases de información muy especializadas.*

Es por ello que en el contrato objeto de la presente causa, además del riesgo derivado de la variación de los tipos de cambio (no solamente de la paridad yen- euro, sino de toda una cesta de monedas variable y no predeterminada), existía el de las alteraciones de los tipos de interés relacionados con tales monedas.

Ello hace que en el presente caso una completa información de los riesgos debería haber incluido mas elementos que aquellos a los que se refiere la escritura en la que solamente se alude a los riesgos de cambio de divisas (mas sin indicar cuales).

Esta exposición permite concluir que, si bien es cierto que al tiempo de la contratación, productos como el aquí analizado podrían ser de interés (el euro estaba fuerte frente al yen y el Libor -tipo de referencia de este tipo de hipotecas-, se encontraba mucho mas bajo que el Euribor), ello no obstante se trataba de una situación que podría variar y ello es un riesgo que asume quien adquiere productos como el aquí analizado.

Este riesgo es natural e inherente al sistema económico actual si bien tal riesgo debe considerarse como muy elevado ya que conocer una evolución futura de los tipos de cambio o los de interés es algo muy difícil de prever (si no casi imposible como lo demuestra el estado de la economía europea) al ser innumerables los factores en juego.

Dada esta inherencia al sistema, y si bien se estima legítimo que determinadas personas adquieran un producto financiero vinculado a tales riesgos, para que ello se pueda considerar correcto, es necesario que sean conocedoras de lo que están llevando a cabo.

En este caso, ya se ha indicado que en la información proporcionada existían omisiones muy importantes que ni siquiera la escritura en los términos en que fue firmada puede suplir. Las mismas afectan, no al hecho de ser un préstamo suscrito en una moneda extranjera y a restituir en la misma (lo que obliga a cada vencimiento a adquirir tal moneda si no se dispone de ella) ya que la escritura advierte expresamente de ello. Tampoco cabe entender que afectan a lo que es una posible variación de tipos de interés, pues se trataba de un préstamo sujeto a un tipo variable con un diferencial y toda persona que suscribe un préstamo de estas características sabe el riesgo que asume en caso de producirse una subida de tipos. De hecho (y ante la frecuencia de la suscripción de préstamos sujetos a tipos variables) la Ley 36/2003, de 11 de noviembre (LA LEY 1706/2003), de medidas de reforma económica indica (art 19) que las entidades de crédito deben informar de los posibles productos de cobertura ante una eventual subida de tipos (y las posibilidades existentes) a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable (realidad ésta que no consta ofrecida en este caso).

El problema se considera que en el presente supuesto la parte prestataria desconocía al tiempo de la contratación las monedas que se incluirían en la opción multidivisa (y con ello los intereses a aplicar pues van ligados a la moneda elegida). De hecho esto es una realidad variable y ello se considera que posee una importancia sustancial, pues dados los términos del contrato, la forma como el prestatario podría contrarrestar las variaciones de tipo de cambio y de los tipos de interés era pudiendo cambiar la moneda en la que hacía efectivo el préstamo (y no solamente con el euro).

Esta circunstancia hace que la información acerca de la opción multidivisa en los términos en los que se dio y constan en el contrato no se estime fue la adecuada (de hecho la misma depende de las monedas que la propia demandada incluya entre las alternativas, circunstancia que varía a lo largo de la vida del contrato como precisaron todos los peritos).

El error existente en torno a este elemento cabe entender que afecta a la misma suscripción del contrato en yens japoneses (elemento asimismo indicado en el "petitum" de la demanda en el que se solicita la nulidad/anulabilidad de las operaciones realizadas en yens japoneses), pues el juego del tipo de cambio entre el yen (en tanto en cuanto no se cambiara) y las divisas alternativas (que se desconocen cuales son) es el que permitía a la parte prestataria poder contrarrestar las fluctuaciones del mercado de cambios y la evolución de los tipos de interés.

Este error es el que se considera concurre en el presente caso y afecta a la existencia de la opción multidivisa y al hecho de otorgarse el contrato en yens japoneses, realidad ésta indicada en la demanda y que es el fundamento de la opción multidivisa.

Es por ello que en lo referente a los elementos antes indicados se considera que la demanda debe ser estimada.

CUARTO: Junto a lo anterior, la parte demandante interesa la declaración de nulidad asimismo en lo que respecta al pacto de transferencia, que permite que la prestamista "Caixa d'Estalvis de Catalunya" transfiriese a cualquier otra persona natural o jurídica todos los derechos dimanantes del contrato sin tener que notificar la cesión o transferencia al deudor y con renuncia al derecho previsto en el art 149 LH .

Este pacto ya se ha indicado no puede ser analizado desde la perspectiva del posible carácter abusivo de tal cláusula pues se ha llegado a la conclusión de entender que la parte demandante no es un consumidor.

A tal efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sintetizada en la STS 16.12.2009) indica que si una cláusula como la aquí analizada se interpreta como de cesión del contrato, en cuanto supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir, en su totalidad unitaria, como conjunto de derechos y obligaciones (STS 29.06.2006; 6.11.2006; 8.06.2007; 3.11.2008; 30.03.2009) exige el consentimiento del cedido (STS 19.09.2002; 28.04.2003; 5.11.2003; 19.02.2004; 16.03.2005; 29.06.2006; 8.06.2007; 3.11.2008). No cabe por ello una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión. De ello deriva el Tribunal Supremo el carácter abusivo de la cláusula. Por el contrario, si se trata de una cláusula de cesión de crédito, la misma en principio no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts. 1.112 (LA LEY 1/1889) , 1.528 (LA LEY 1/1889) y 1.878 CC (LA LEY 1/1889) y 149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión de contrato, el consentimiento del deudor cedido (STS 1.10.2001; 15.07.2002; 26.03.2004; 13.07.2004; 13.07.2007; 3.11.2009). No obstante lo anterior, lo que derivaría en tal caso de la cláusula es que por el prestatario se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil . Esta interpretación de la cláusula indica el Tribunal Supremo que supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor, lo que la convierte asimismo en abusiva. La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. A tal efecto la STS 16.12.2009 señala que el art. 149 LH admite que puede cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la normativa de consumo (la sentencia invocada aplica el régimen de la LGDCU) que sanciona como abusivas "Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley" (art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso).

En todo caso la exposición anterior destaca que la anulación de la cláusula invocada se lleva a cabo desde la perspectiva del derecho de consumo que no se considera operativo en el presente caso por la condición de la demandante.

Ello hace que no sea procedente declarar la nulidad de la cláusula única del pacto octavo denominada transferencia.

QUINTO: De la anterior exposición se desprende que en el presente caso se llega a la conclusión de entender nulo parte del contrato y en concreto la opción multidivisa y el hecho de haberse otorgado el mismo en yens japoneses, siendo válido en todo lo restante.

En cuanto a los efectos de ello derivados, la parte actora pide que se recalcule el capital que se adeuda una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados tal y como sería un préstamo absolutamente normal que se liquida en moneda propia del país en el que se celebra el contrato.

Lo anterior implica que lo que se solicita es una nulidad parcial de un negocio, pues se interesa se mantenga la vigencia del préstamo como si hubiere suscrito en euros desde un inicio.

La figura de la nulidad parcial es algo que la jurisprudencia admite cuando el defecto generante de dicha forma de invalidez recae sobre un elemento accesorio o que no alcance a la esencia del negocio (STS 4.12.1986; 12.11.1987). Esa limitación obedece a que los tribunales no pueden sustituir la voluntad de las partes, de modo que no pueden mudar lo querido por los otorgantes cuando eso querido es inválido en su esencia, porque tal forma de proceder sería sustituir la voluntad autónoma y libre de las partes. La anulación parcial se permite cuando afecta a lo accidental, porque se entiende que, si se suprime algo no esencial, no se está contrariando de forma sustancial la voluntad de los autores del negocio y que, en tales casos de anulación parcial, lo que se conserva fue lo querido, aunque con una variación que no altera la realidad del respeto a la esencia de lo querido.

En este caso, *la nulidad interesada afectaría al hecho de haberse contraído el préstamo en una divisa extranjera (yen) y a la posibilidad de ir mudando el abono de los diferentes vencimientos del préstamo en euros u otras divisas, lo que afectaría asimismo al tipo de interés aplicable.*

En cuanto a la esencialidad de este dato en la operación analizada, es de señalar que lo que se prestaba era un monto en yens equivalentes a una cantidad en euros para adquirir un inmueble en España. Esta suscripción del contrato en yens con la opción multidivisa es la que no se considera correcta por el vicio en el consentimiento.

En cuanto a la esencialidad de tal circunstancia y si ello debe generar los efectos de una nulidad total (art 1.303 CC (LA LEY 1/1889)) o si por el contrario no se estima esencial y cabe mantener la vigencia del contrato como si se hubiere suscrito en euros desde un inicio y aplicando los intereses correspondientes a esta moneda, es de destacar que el contrato aquí analizado tiene por fundamento básico el haber sido concedido en una divisa extranjera aplicándose los tipos de interés a ella asociados, con posibilidad de cambio de la misma de forma que el prestatario pudiere valorar si era de interés mantener la inicial o cambiar ésta por otra (en base a tipos de cambio y de interés).

De hecho y aún cuando no es un elemento básico para llegar a esta conclusión la propia escritura se titula "escritura de préstamo en multidivisas con garantía hipotecaria".

Ante esta conclusión de estimarse esencial al contrato el hecho de suscribirse el mismo en yens con opción multidivisa, ello hace que los efectos que se considera deben operar son los de una nulidad absoluta. Tales efectos no han sido los solicitados directamente y ello plantea la cuestión de si una declaración de estos efectos podría suponer una incongruencia y en concreto una incongruencia «extra petita» que sólo opera cuando se decide al margen de lo suplicado, al conceder algo distinto de lo impetrado judicialmente (STS 19.05.1991; 20.04.1993 entre otras).

En este caso, la propia demandante alude a una nulidad cuya calificación como absoluta o relativa se estima ser una cuestión jurídica a cuya valoración está obligado el tribunal. Es en base a esta valoración que se llega a la conclusión de ser el presente caso de nulidad absoluta, aplicando en base a ello el efecto que viene determinado por la ley para tal supuesto. Ello implica que se estime que el hacer operativos los efectos de la nulidad absoluta no se considere entre en incongruencia, ya que lo que hace no es sino aplicar el efecto fijado por la ley.

Ello hace que se estime la demanda presentada si bien con los efectos "ex tunc" a ello inherentes (art. 1.303 CC (LA LEY 1/1889)).

SEXTO: En materia de costas, de conformidad con lo previsto en el art 394 LEC (LA LEY 58/2000) , procede la condena en costas de la parte demandada ya que la demanda origen de las presentes actuaciones se ve estimada en sus elementos esenciales (siendo los que no se ven estimados cuestiones que plantean dudas jurídicas), si bien fijando unos efectos distintos a los interesados en la demanda en base a la aplicación de la lo previsto en la ley.

FALLO

Que **estimo parcialmente** la demanda presentada por D^a Blanca Soria Crespo, Procuradora de los Tribunales, actuando en representación de "Ensenada de Llafranc S.L." frente a "Catalunya Banc S.A." (antes Caixa d'Estalvis de Catalunya) y en su virtud se declara la nulidad de la opción multidivisa y al hecho de otorgarse el contrato en yens japoneses el contrato firmado en fecha 27 de noviembre del 2007 con "Catalunya Banc SA". Dada la esencialidad de esta declaración que afecta a la sustancia del contrato, ello supone que la nulidad que se declara tiene los efectos de una nulidad absoluta, debiéndose restituir las partes las prestaciones en la forma prevista en el art 1.303 CC (LA LEY 1/1889)

Igualmente se impone a la parte demandada el pago de las costas derivadas de las presentes actuaciones.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, y contra ella cabe recurso de apelación a interponer ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente sentencia y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, debiéndose constituir en tal caso el depósito de 50 € previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ (LA LEY 1694/1985) mediante la oportuna

consignación en la entidad de crédito y en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado o del Tribunal, lo que deberá ser acreditado.

Así por esta mi sentencia, juzgando en esta instancia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada, ha sido la anterior Sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, encontrándose en el día de la fecha, con mi asistencia. Doy fe.