



Roj: SJPI 48/2014
Id Cendoj: 28079420842014100002
Órgano: Juzgado de Primera Instancia
Sede: Madrid
Sección: 84
Nº de Recurso: 1201/2013
Nº de Resolución: 103/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAQUEL BLAZQUEZ MARTIN
Tipo de Resolución: Sentencia

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 84

MADRID

NIG 28079 10 157664 2013

Juicio Ordinario 1201/2013

Demandante: D. Miguel Victor Y Dª Sandra Josefa

Procurador/a: Dª Sharon Rodríguez de Castro

Letrado/a: Dª Patricia Gabeiras Sánchez

Demandado/a: BARCLAYS BANK S.A.

Procurador/a: Dª Adela Canto Lantero

Letrado/a: D. Borja Fernández de Trocóniz y Javier Fernández Bermúdez

SENTENCIA NÚMERO 103/2014

En Madrid, a doce de mayo de dos mil catorce.

Vistos por Doña Raquel Blázquez Martín, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 84 de esta ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario registrados con el número **1201/2013**, seguidos a instancia de D. Miguel Victor Y Dª Sandra Josefa contra **BARCLAYS BANK S.A.**, que han actuado con la representación y asistencia letrada que consta en el encabezamiento de esta sentencia, sobre nulidad parcial del préstamo hipotecario *multidivisa* identificado en la demanda y otras pretensiones subsidiarias, se procede a dictar la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó el 30 de septiembre de 2013 demanda de juicio ordinario contra BARCLAYS BANK S.A., en la que solicitaba con carácter principal la declaración de nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por las partes el 31 de julio de 2008, en su referencia a su disponibilidad en las divisas en él mencionadas, incluida la primera representación en yenes japoneses, por la vulneración por parte de la entidad demandada de normas imperativas, por el dolo omisivo apreciado en la contratación y por el error invalidante sufrido en el consentimiento prestado por la parte demandante.

El suplico de la demanda solicitaba del Juzgado (i) la declaración de la nulidad parcial del préstamo en cuestión, en lo que se refiere a las divisas, que conllevaría la declaración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (**260.755.- euros**) la cantidad amortizada, también en euros, en concepto de principal e intereses; (ii) subsidiariamente, para el caso de que se estime que el contrato no puede subsistir sin las cláusulas "multidivisa", la nulidad total del contrato, condenando a la entidad demandada a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en euros con un tipo de interés equivalente al Euribor más 0,82 puntos; (iii) también de forma subsidiaria sobre las peticiones anteriores, la declaración de resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y buena fe de la entidad bancaria demandada, en su parte referida al derivado financiero, condenando a dicha entidad a indemnizar, en concepto de daños y perjuicios, la pérdida patrimonial sufrida sobre los criterios

establecidos en la prueba pericial aportada con la demanda; y por último (iv) la condonación de parte de la deuda pendiente de pago en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite por decreto de 29 de octubre de 2013, previa subsanación de los defectos formales apreciados en la misma.

TERCERO .- En la demanda se solicitó la adopción de medidas cautelares, si bien, abierta la pieza y celebrada la vista, se acordó su adopción por auto de 29 de noviembre de 2013.

CUARTO.- Tras el oportuno emplazamiento, la demanda fue contestada por BARCLAYS BANK S.A. por escrito de 13 de diciembre de 2013. En el escrito de contestación, la demandada se opuso a la demanda, alegando en síntesis (i) que los demandantes recibieron un préstamo en yenes que debe ser devuelto en yenes, con pleno conocimiento de los riesgos asociados al tipo de cambio; (ii) que las previsiones existentes en julio de 2008 apuntaban hacia una apreciación del euro se apreciaría frente al yen, hacia el mantenimiento de la curva ascendente del Euríbor y, paralelamente, del mantenimiento del LIBOR en el entorno del 0,5%; (iii) que la depreciación del euro frente al yen era imprevisible y que, en todo caso, la tendencia se modificó a partir de mediados de 2012; (iv) los demandantes habían solicitado previamente una hipoteca similar a otra entidad bancaria (Bankinter) y asumieron la iniciativa contractual de solicitar esta modalidad concreta de hipoteca multidivisa, que era un producto que Barclays, aunque lo tenía en cartera, no ofrecía a sus clientes, para cancelar otros préstamos anteriores; (v) la comercializadora del préstamo, D^a Purificación Candelaria , ofreció a los demandantes una información completa sobre las características, ventajas e inconvenientes del préstamo, que quedaron también reflejadas en la escritura de préstamo.

QUINTO.- El 28 de enero de 2014 se celebró la audiencia previa al juicio. En ella, se puso de manifiesto que, pese a la medida cautelar acordada, Barclays había promovido la ejecución hipotecaria, mediante demanda que habría sido presentada antes del dictado del auto, extremo éste que no se comunicó al Juzgado ni durante la vista celebrada en la pieza de medidas ni con posterior a ella.

A continuación, establecida la posición de las partes sobre los hechos alegados y los documentos aportados, se fijaron los hechos controvertidos y se recibió el pleito a prueba, con el resultado que quedó grabado en soporte de imagen y sonido.

La parte demandante propuso prueba documental, más documental, testifical y pericial. La parte demandada propuso pruebas documental, de interrogatorio de parte y testifical. Todas las pruebas fueron admitidas.

SEXTO.- En el juicio, señalado para el 10 de abril de 2014, se practicaron las pruebas admitidas con el resultado que es de ver en las actuaciones por lo que hace a la prueba documental y que quedó grabado en soporte de imagen y sonido en lo que se refiere a las pruebas personales admitidas. Tras la práctica de las pruebas, los/as Letrados/as de las partes expusieron sus conclusiones al tribunal y se declararon los autos conclusos para sentencia.

SÉPTIMO.- En la tramitación de estas actuaciones se han observado todas las prescripciones legales en vigor, excepto por lo que se refiere a los plazos establecidos para los señalamientos de vistas en Sala, de imposible cumplimiento con la carga de trabajo que pesa sobre este órgano judicial, retraso por el que el tribunal presenta sus disculpas a las partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La acción ejercitada y las causas de oposición

Como se ha avanzado en los antecedentes de hecho de esta resolución, *la acción ejercitada en la demanda* pretende, con carácter principal, la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito entre las partes en las cláusulas relativas a la modalidad multidivisa y la declaración del importe adeudado por los demandantes por referencia al resultado de disminuir al capital prestado en euros (260.755.- euros) la cantidad ya amortizada en concepto de principal y de intereses. Los hechos que sirven de base para esta pretensión y para las que de modo subsidiario se ejercitan también en la demanda se refieren a la defectuosa información facilitada a los actores sobre el funcionamiento y los riesgos de la cláusula multidivisa y, en particular (i) sobre el efecto que el cambio de divisa supone sobre el capital pendiente, porque tanto la primera disposición (entrega del capital) como los cambios de divisa posteriores determinan no sólo la especie o divisa de pago, sino también la determinación de un nuevo principal cuyo contravalor en euros puede llegar a ser muy superior a la cantidad prestada; (ii) sobre las previsiones de la relación entre las monedas (paridad euro-yen); (iii) sobre las previsiones de bajada del Euríbor.

Según la demanda, aunque en la escritura pública consta una cláusula (estipulación adicional primera) según la cual los demandantes habían recibido toda la información necesaria para evaluar los riesgos derivados del cambio de moneda y Barclays Bank quedaba exonerada de cualquier responsabilidad al respecto, esa disposición no responde a la realidad. A partir de abril-mayo de 2012, la subida en las cuotas mensuales dificultó su pago puntual, por lo que solicitaron una carencia que les permitiera afrontar los pagos mientras buscaban una solución al problema, aceptando incluso el incremento del diferencial aplicable al préstamo. No obstante, siempre según la demanda, Barclays exigió como condición inexcusable la firma de una carta de exoneración de la responsabilidad del banco y antedatada a la fecha de la escritura, por lo que no fue posible llegar a una solución negociada.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la nulidad alegada se basa en la consideración de la hipoteca multidivisa como un producto de naturaleza híbrida en el que se mezclan los efectos de un préstamo hipotecario convencional y de un derivado que actúa transformando el tanto recibido en una mera referencia a un índice (divisa), lo que lleva a los actores a estimar que el producto final encaja en el ámbito del artículo 2.2 de la Ley de Mercado de Valores (en adelante, LMV), cuya normativa consideran de aplicación, junto con sus normas de desarrollo (RD 217/2008), en particular los artículos 78 y siguientes, reguladores de las obligaciones de la entidad bancaria de clasificar a los clientes, de actuar con diligencia y transparencia, de obtener la información derivada de los test de conveniencia y de idoneidad, de prevenir y resolver los conflictos de intereses y de obtener el mejor resultado para el cliente.

La fundamentación jurídica de la nulidad que se pretende es triple y se centra, en primer término, en el efecto legal que el artículo 6.3 CC establece para la vulneración de normas imperativas, considerando como tales la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y los artículos 79 y siguientes de la LMV. Como segunda base de la nulidad, relacionada con la anterior pero en un ámbito normativo distinto, la demanda considera que la cláusula multidivisa vulnera 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 y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) porque es una cláusula no negociada individualmente que no cumple los requisitos de concreción, claridad, sencillez, respeto al equilibrio y buena fe y conlleva, además, la asunción ficticia de los riesgos inherentes al producto, la falta de claridad y transparencia sobre los efectos de la cláusula y la previsión de causas de resolución anticipada por efecto del riesgo de cambio que sólo se establecen a favor de la entidad bancaria. Y, por último, se alega como causa de nulidad el dolo omisivo de la entidad bancaria y el error invalidante en el consentimiento prestado por los demandantes, al amparo de lo establecido en los artículos 1265, 1266 y 1269 y concordantes del Código Civil (CC).

El planteamiento principal de la acción de nulidad es la nulidad parcial, si bien dentro de esta categoría de acción, se solicita, como pronunciamiento subsidiario, para el caso de que se estime que el préstamo no puede subsistir sin la cláusula "multidivisa", la nulidad total del contrato, condenando a la entidad demandada a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en euros con un tipo de interés equivalente al Euribor más 0,82 puntos.

Con carácter igualmente subsidiario, la demanda contiene una acción de resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y buena fe de la entidad bancaria demandada, en su parte referida al derivado financiero, con la que se pretende la condena a dicha entidad a indemnizar, en concepto de daños y perjuicios, la pérdida patrimonial sufrida sobre los criterios establecidos en la prueba pericial aportada con la demanda. La última de las acciones ejercitadas, igualmente con carácter subsidiario, es la condonación de una parte de la deuda pendiente de pago en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Las causas de oposición a la demanda, discuten todos los hechos y fundamentos jurídicos que le sirven de soporte. Sobre los hechos, ya se ha indicado que la defensa de Barclays Bank alega que los demandantes recibieron un préstamo en yenes que debe ser devuelto en yenes, con pleno conocimiento de los riesgos asociados al tipo de cambio y que la firma del contrato obedeció a las favorables previsiones existentes en julio de 2008 sobre el cambio euro/yen y la evolución del Euribor y del LIBOR. Según la contestación a la demanda, fueron los actores quienes asumieron la iniciativa contractual de solicitar esta modalidad concreta de hipoteca multidivisa. La demandada disiente de la consideración de la hipoteca multidivisa como un producto híbrido que encubre un derivado y considera que la estructura y funcionamiento de los derivados son por completo ajenos al desenvolvimiento del préstamo. Y, sobre la información de la que disponían los demandantes, la demandada alega que el personal que les atendió les ofreció una información completa sobre las características, ventajas e inconvenientes del préstamo, que quedaron también reflejadas en la escritura notarial.

Ya en el terreno jurídico, la defensa de Barcalays Bank niega el sometimiento del contrato a la LMV y considera que no es aplicación el TRLGDCU ni la LCGC, porque las cláusulas del préstamo son cláusulas negociadas individualmente y redactadas con respeto a los requisitos de claridad, sencillez y concreción. La anulabilidad basada en vicios del consentimiento tampoco puede prosperar, a su juicio, porque no concurren los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para la apreciación del dolo omisivo y/o del error en el consentimiento. Respecto de la acción de resolución contractual, entiende que no concurren los requisitos legales para el éxito de la acción, ya que Barclays cumplió todas las obligaciones impuestas por la normativa bancaria, la resolución parcial que se pretende es jurídicamente inviable y es la parte actora quien ha incumplido sus obligaciones de pago. Finalmente, explica que no concurren los requisitos para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

SEGUNDO.- Los hechos reconocidos por las partes y derivados de documentos no impugnados.

Se expondrán a continuación los hechos que se entienden probados porque han sido reconocidos por las partes y/o derivan de documentos no impugnados. Estos hechos serán completados con los que se añadirán en el fundamento jurídico octavo sobre determinados datos concretos de la información facilitada a los demandantes y de otros aspectos relevantes del proceso de contratación.

1.- Las partes firmaron el préstamo con garantía hipotecaria documentado en la **escritura pública de 31 de julio de 2008**, otorgada ante el Notario de Madrid D. Carlos de Alcocer Torras, si bien la suscripción de dicha escritura no se llevó a cabo en las dependencias de la Notaría, sino en un centro de firmas habilitado por Barclays Bank para agilizar su tráfico negocial y al que se desplazan los notarios autorizantes, en este caso, como se ha indicado, el Sr. de Alcocer Torras. En dicha escritura intervinieron, en representación de Barclays Bank, D^a Tatiana Yolanda y D^a Julieta Patricia, como apoderadas de la entidad. Ésta última actuaba como representante de una sociedad mercantil, Centro de Asesoría Hipotecaria S.L., que es una empresa externa apoderada por Barclays Bank para llevar a cabo funciones de gestoría y de firma de préstamos y otros contratos bancarios. La escritura, que está paginada en orden inverso (comienza en el folio 7431513 y finaliza en el folio 7431467), lo que se advierte para la debida claridad de las menciones que se harán a continuación) fue redactada conforme a la minuta facilitada por Barclays, como se indica expresamente en la página 7431472 (donde se añade "y contiene condiciones generales de la contratación"). De ella derivan los siguientes pactos de interés:

Sobre el préstamo

a). El préstamo se calificó como "**préstamo multimonedado con garantía hipotecaria**" y en él se consideró esencial la finalidad pactada, definida como "**refinanciación**" en el expositivo tercero. En la cláusula financiera l.b) los demandantes se obligaron de forma expresa a destinar el préstamo recibido a esa refinanciación.

b). Las **cláusulas reguladoras** del préstamo se estructuraron en dos secciones. La sección primera recoge las cláusulas financieras de conformidad con el anexo II de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, vigente en esa fecha, y la sección segunda las cláusulas generales.

c). El **importe del préstamo** fue de 44.346.603 yenes japoneses (JPY) abonados en la cuenta corriente de los demandantes, con un contravalor en euros de 260.755.- euros, abonados en la cuenta corriente de los demandantes identificada con el número NUM000, abierta en la sucursal de San Sebastián de los Reyes, con un contravalor en euros de 260.755.- euros "al cambio correspondiente al segundo día hábil anterior a la fecha de la escritura".

d). El **plazo de duración** del préstamo (cuyo vencimiento se estableció a 28 años, el 31 de julio de 2036) quedó dividido en periodos mensuales "de mantenimiento de moneda y de interés sucesivos", que comenzarían el día 31 de cada mes (en su defecto, el último día hábil del mes).

Se establecieron, pues, trescientas treinta y seis **cuotas mensuales**. La regulación de estas cuotas se encuentra en la cláusula 2^a-II, bajo la rúbrica "amortización del préstamo". Esta cláusula es, desde la perspectiva del deudor hipotecario, un apartado clave porque en él se explican, de forma aparentemente clara las cuestiones más relevantes de la carga económica del préstamo: el número de cuotas (336), el destino de las amortizaciones mensuales (capital e intereses), el importe de la cuota mensual (en este caso, 161.084 JPY) y la forma en que esa cuota variaría a lo largo de la vida del préstamo. La explicación que se ofrece en este caso sobre las cuotas es la siguiente:

Su importe variaría (literal) *en función de las revisiones del tipo de interés* (cláusula 2^a-II.a).

En la cláusula financiera 2ª.II.c) se pactó (transcripción también literal) que *la restitución del capital se efectuará, pues, de forma progresiva, calculándose la cantidad a pagar en concepto de amortización de capital e intereses en base al tiempo de duración del préstamo, en el momento en que se calcule la cuota y al tipo de interés vigente en dicho momento, de forma tal que con el pago de la cantidad resultante, al vencimiento del préstamo queden saldadas las obligaciones por principal e intereses de haberse atendido los pagos en las fechas pactadas.*

La primera cuota de amortización se fijó, como ya se ha indicado, en 161.084 JPY mensuales, hasta la revisión del tipo de interés, que se produciría realmente al mes siguiente. Pero *de no modificarse el tipo de interés, la cantidad a pagar comprensiva de la amortización de capital e intereses no sufrirá variación alguna* (cláusula financiera 2ª.II.g).

e). La regulación del **tipo de interés** aplicable se encuentra en una cláusula relativamente alejada de las transcritas (que se encuentran en las páginas 7431501 a 7431500), concretamente en la cláusula financiera 3ª II y 3ª bis (páginas 7431498 vuelta y 74314497): durante el primer periodo, de un mes de duración, el tipo nominal anual se fijó en el 1,47%. En la cláusula 21 (página 7431480, rubricada como "transparencia bancaria") se fijó la TAE en el 1,55%. Este tipo se revisaría mensualmente para fijarlo en el tipo de interés de referencia pactado (LIBOR a un mes) más un diferencial de 0,82 puntos porcentuales para las amortizaciones en divisas. No está claro cuál sería el tipo de interés de referencia para el caso de que las amortizaciones se abonaran en euros, opción a la que no se dio en la escritura un trato diferenciado, es decir, se trató como si fuera una divisa más. Para el caso de que el LIBOR como índice de referencia desapareciera durante la vida del préstamo, las partes debían ponerse de acuerdo para encontrar otro sistema adecuado y si no lo lograban en el plazo máximo de un mes, el préstamo debería quedar totalmente liquidado, lo que supone la extinción del aplazamiento (cláusula financiera 3.bis.c), en la que se dejó constancia de que era " *esencia de este préstamo, en beneficio de ambas partes, que su interés venga referido periódicamente al de mercado* ".

El **interés de demora** se estableció en otro lugar, cláusula financiera 6ª, página 74314492 vuelta), en el tipo de interés remuneratorio incrementado en seis puntos porcentuales (esto es, a la fecha del contrato sería del 7,50%), ahora bien, con un mínimo del 18%. A efectos hipotecarios, en cambio, se cifró en un máximo del 14%.

f). Sobre la **forma y procedimiento de pago de las cuotas**, se transcribirá literalmente, a continuación, por su trascendencia, la cláusula financiera 1ª.I.c), que se encuentra en la página 7431503:

El presente préstamo se conviene en la modalidad de multimonedada, de forma que el préstamo podrá quedar representado en cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda e interés en cualquiera de las monedas que se indican a continuación en tanto sean negociadas en el mercado de divisas de Madrid a solicitud del prestatario y con sujeción a las condiciones establecidas en el presente contrato: dólar USA, yen japonés, franco suizo, libra esterlina inglesa y euro. La transformación de la moneda, en caso de que la parte prestataria elija en cualquiera de tales periodos una moneda distinta a la del anterior, no constituye novación o modificación alguna del préstamo. La parte prestataria deberá reintegrar las cuotas comprensivas de pago e intereses en la moneda en que esté representado el préstamo en cada momento.

Los cambios de moneda podrán realizarse únicamente en la fecha de inicio de cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda e interés en que se divide la presente operación crediticia. A tal fin, la parte prestataria deberá manifestar su voluntad al BANCO, suscribiendo el documento cuyo modelo figura como anexo de esta escritura y entregándolo en la oficina del BANCO reseñada en la cláusula 8ª de esta escritura con cinco días de antelación, cuando menos, a la expresada fecha de inicio.

El principal del préstamo quedará representado en la nueva moneda elegida por la parte prestataria y el importe de ésta se obtendrá por la cotización que tenga la anterior moneda en que estuviera representado el préstamo en relación a la nueva moneda según los cambios de divisa que rijan en el Mercado Español de Divisas dos días hábiles antes de la fecha de inicio del periodo de mantenimiento de moneda y de interés en que haya de realizarse el cambio al cambio vendedor del BANCO en cuanto a la anterior moneda y al cambio comprador del BANCO respecto a la nueva moneda.

En la cláusula 2ª.II.I (página 7431499) se establecieron dos procedimientos de pago para el caso de que el préstamo estuviera representado en divisas. Los prestatarios podían situar en el banco, con dos días hábiles de antelación y antes de las 11 horas, el contravalor en euros según cambio vendedor de Barclays o, alternativamente, situar en el banco, antes de las 11 horas del día de vencimiento de cada obligación de pago, un importe de la divisa en que estuviera representado el capital del préstamo igual al de la cuota de amortización.

g).Otros contenidos de interés relacionados con la divisa son los siguientes: (i) Si cualquiera de las monedas contempladas como alternativa fuera sustituida por el euro como consecuencia de acuerdos alcanzados en el seno de la UE, el préstamo quedaría automáticamente representado en euros; (ii) se estableció como condición necesaria para que los prestatarios ejercitasen la opción de transformación de la moneda el estar al corriente de las obligaciones de pago (cláusula financiera 1ª.a), página 18); (iii) en la misma cláusula, el banco se obligó " *para la mayor claridad de lo regulado* " a reflejar contablemente el importe del principal del préstamo concedido, los pagos realizados y los cambios de moneda y, aunque no se dice expresamente, es evidente que ese reflejo contable debía ser en euros, porque en otro caso sobraría la referencia a los cambios de moneda; (iv) Entre las comisiones que el banco tendría derecho a cobrar se estableció la comisión de cambio de moneda que en cada momento fuera de aplicación, según el folleto de tarifas, comisiones y gastos del banco (cláusula financiera 4ª).

h). Entre las **causas de resolución anticipada** se establecieron en la cláusula financiera 6ª bis.1. las siguientes:

f) Si el valor de tasación de la finca (en realidad, se trataba de dos viviendas, pero la referencia aparece en singular) llega a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento y la parte deudora no aumentara la garantía en el plazo de dos meses [desde la fecha del requerimiento].

g) Si por razón de las fluctuaciones de los tipos de cambio y estar cifrado el nominal del préstamo en divisa, el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización en cada fecha de pago de cuotas comprensivas de capital e intereses fuese superior en más de un 20% al resultado de aplicar al mismo importe el valor de cambio de la divisa (...) el BANCO podrá dar por vencida la obligación, salvo que el prestatario reembolsase la diferencia o, para cubrir la misma, ampliara la hipoteca con rango de primera o aportase otras garantías reales suficientes a juicio del Banco (...).

i). La cláusula general 21, encabezada como "transparencia bancaria" contiene una **estipulación adicional 1ª** según la cual (página 7431479) los prestatarios manifestaron conocer los riesgos derivados del cambio de moneda, al tener que devolverse el principal y los intereses en la moneda expresada en la cláusula 1ª o en la que se eligiera en las sucesivas revisiones mensuales. La cláusula en cuestión añade: *en consecuencia, la parte prestataria asume, consciente y expresamente, todos los riesgos derivados de estar representado el préstamo en divisa, reconociendo haber recibido de Barclays Bank S.A. la información necesaria para la evaluación por la prestataria de dichos riesgos, exonerando expresamente a Barclays Bank S.A. de cualquier responsabilidad al respecto.* La estipulación siguiente, Adicional 2ª, está dedicada a las implicaciones de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales.

j).El importe del préstamo se destinó a la refinanciación pactada . En otra escritura pública otorgada en la misma fecha, se canceló la carga hipotecaria anterior que pesaba sobre la vivienda. Se trataba de la hipoteca de la inscripción 5ª, constituida en inicio (y luego ampliada) a favor de Caja Madrid (hasta 184.990,59.- euros), y que fue objeto de nueva ampliación, hasta quedar respondiendo de un principal de 247.919,78.- euros por escritura de 19 de enero de 2006 (inscripción 6ª). En esa carga hipotecaria previa se había subrogado Barclays Bank (inscripción 7ª, de 16 de marzo de 2006). No se ha controvertido en este procedimiento que las vicisitudes de las hipotecas responden a las peculiaridades de un préstamo auto-promotor. En definitiva, el préstamo se destinó a cancelar la hipoteca anterior (232.500,23.- euros) y a cancelar igualmente un préstamo personal concedido para la adquisición de un vehículo (20.398,73.- euros); la cantidad restante, 7.856,04.- euros, había sido calculada como provisión de fondos. La suma de estas tres partidas supone 260.755.- euros, que es el contravalor en euros concretado en la escritura de hipoteca.

Sobre la hipoteca

a). En garantía de la devolución del préstamo se constituyó una hipoteca sobre la **vivienda familiar de los demandantes** , sita en Venturada (Madrid), CALLE000 , número NUM001 , URBANIZACIÓN000 , tasada en 738.104,10.- euros como valor a efectos de subasta.

b). La **responsabilidad hipotecaria** se fijó en 325.943,75.- euros, importe máximo del contravalor en euros de la cantidad prestada -260.755.- euros- más un 25% en aseguramiento de la fluctuación de la moneda, más los intereses pactados de seis meses, los de demora de dos años, fijados a efectos hipotecarios y pese a lo explicado anteriormente en un máximo del 14% y otras sumas en concepto de gastos.

2.- Sobre la ejecución del contrato de préstamo tampoco existe controversia en que la vida del contrato está reflejada en el extracto de la cuenta NUM002 , que ha sido aportado por ambas partes. Los datos más relevantes de este extracto son los siguientes:

a).La primera amortización mensual es de 1.019,66.- euros (los 161.084 JPY pactados en la escritura).

b). El tipo de interés aplicable ha sufrido oscilaciones, al alza o a la baja, prácticamente en todas las revisiones. El máximo se ha situado en un 1,75% y el mínimo en el 0,93%. No obstante las pequeñas variaciones apreciadas, el tipo aplicable se ha situado de forma estable en el entorno del 0,93%-0,99% desde el 31 de octubre de 2009 hasta la actualidad. Un muestreo de las alteraciones de las cuotas evidencia que existen algunos hitos relevantes en la subida de las mismas: en noviembre de 2009 la cuota fue de 1.180,72.- euros (interés al 0,97%) y se mantuvo más o menos en esas cifras hasta mayo de 2010, cuando subió a 1.361,68.- euros (interés al 0,98%); se produjo una nueva subida significativa en agosto de 2010 hasta 1.432,13.- euros (interés al 0,96%) y en junio de 2012 hasta 1.540,95.- euros (interés al 0,96%). La continua subida de las cuotas se ha producido, pese a la bajada del tipo de interés aplicable, por el efecto de las vicisitudes del cambio euro/yen.

La representación en euros del capital pendiente de pago se cifró en julio de 2013 en 299.283,57.- euros (38.903.871 JPY), que supera a la representación en euros del capital prestado en un 14,77%, pese a las cuotas abonadas hasta esa fecha. No obstante, esa representación en euros ha alcanzado un máximo de 404.323,94.- euros el 24 de agosto de 2012, que implica un 55% de incremento sobre la representación inicial. El capital pendiente de devolución nunca ha disminuido durante la vida del préstamo con respecto a su representación inicial en euros. Las sucesivas representaciones han experimentado variaciones al alza o a la baja con respecto al apunte del mes anterior, pero sin disminuir en ningún caso esa representación inicial en euros.

3.- Sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado por Barclays Bank, se ha acreditado que la demanda, que aparece firmada el 30 de octubre de 2013 y que carece de sello de presentación, fue admitida a trámite por el Juzgado número 2 de Torrelaguna, dando lugar al procedimiento 400/2013. No se ha acreditado el estado actual de esta ejecución.

4.- Sobre las circunstancias personales y profesionales de los demandantes , es un hecho no controvertido que la vivienda hipotecada es su vivienda habitual, que son clientes minoristas, que su formación (arquitecto y administrativa) no tiene ninguna vinculación con el entorno bancario o financiero y que a los efectos del TRLDCU (RDLeg. 1/2007) tienen la condición de consumidores.

5.- Otro hecho no controvertido es el de las **negociaciones que han existido entre las partes desde el mes de julio de 2012** (documento 5 de la demanda), para modificar los términos del préstamo hipotecario, negociaciones que se prolongaron hasta el mes de septiembre de 2013. En estas negociaciones las partes habían alcanzado un acuerdo provisional, que se deduce de los correos electrónicos aportados, según el cual durante esa fase de negociación y ante la imposibilidad de los demandantes de hacer frente al pago de las cuotas, se abonaría una cuota mensual, también provisional, de 700.- euros al mes. El auto que fijó las medidas cautelares entendió que la petición y adopción de dichas medidas no podía servir para dejar sin efecto este acuerdo que, aún provisional, había regido en esa fase interina de la posible negociación. La adopción y mantenimiento de la medida cautelar quedó supeditada al cumplimiento de esta obligación de pago, que debía cumplirse como condición imprescindible para el mantenimiento de la medida cautelar. Ahora bien, como ya se ha indicado, la medida cautelar no ha tenido especial efecto, porque la demanda de ejecución se presentó unos días antes de la celebración de la vista.

6.- Sobre las **reclamaciones previas** a la demanda, consta la reclamación formulada por los demandantes ante el Servicio de Atención al Cliente el 27 de mayo de 2013 (documento 6 de la demanda), que no consta que haya sido contestada.

TERCERO.- La naturaleza y las características de la hipoteca multidivisa

Las hipotecas multidivisa han sido objeto de diversas resoluciones judiciales en los últimos años. El esquema básico de funcionamiento de este producto responde a la conjunción entre un préstamo con garantía hipotecaria al modo convencional y una particular forma determinar la moneda en la que se entrega el capital y en la que deben abonarse las cuotas periódicas de amortización, que, en términos muy generales, puede realizarse en distintas divisas, a elección del prestatario, aunque en ocasiones se requiere el consentimiento de la entidad bancaria. Se supone que, en términos muy simples, la ventaja de este tipo de préstamos multidivisa está en utilizar como referencia una moneda depreciada respecto del euro si los tipos de interés del país de

esa moneda son más bajos que los del euro, así como en la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro.

En la reseña de la jurisprudencia existente sobre las hipotecas multidivisa es ya clásica la cita de la *sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 16 de marzo de 2012* (ROJ: SAP M 4871/2012) que indica que *los préstamos mutidivisa responden a una operativa nacida con vocación de ser utilizada fundamentalmente por empresas que comercian en el ámbito internacional y no tanto para ser un instrumento de crédito para el consumidor, aunque nada impide a éste asumir el riesgo que entraña, si es consciente de las ventajas e inconvenientes que puede reportar. El considerable nivel de complejidad que tienen los préstamos hipotecarios multidivisa como el que se analiza se debe a que para entender su funcionamiento y sus ventajas es necesario conocer la operativa de referencias como el LIBOR, sobre las que un ciudadano medio carece de información, así como de los factores que intervienen en las variaciones de los tipos de cambio en el mercado de divisas, factores que por su diversidad, ajenidad y especialidad, no están al alcance de la información generalmente accesible para un consumidor y cliente minorista.* La sentencia analizaba la pretensión relativa a una hipoteca multidivisa comercializada por BANKINTER S.A., en la que el núcleo de la controversia estaba en la forma de fijar el contravalor de los euros a francos suizos, en concreto, si debía estarse al fijado en una de las cláusulas financieras del contrato o al tipo de cambio oficial a esa fecha, que resultaba inferior y, por ello, más favorable para el prestatario. La demanda, que pretendía la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que fijaba un tipo de cambio distinto del oficial y el recálculo de toda la operación aplicando el tipo de cambio oficial, fue desestimada por el Juzgado de lo Mercantil en una sentencia que fue confirmada por la Audiencia, que consideró que no era abusivo que en el contexto de un préstamo en divisas el banco, que proporciona al cliente en el momento de la contratación una moneda extranjera, aplicara el tipo de cambio vendedor que dicha entidad crediticia estuviera ofertando al mercado en lugar del tipo oficial, si, como se apreció en ese caso, las consecuencias de la aplicación de la cláusula estaban concretadas al tiempo de la firma de la escritura pública mediante la cuantificación exacta del importe en divisa por el que quedó concedido el préstamo, lo que evitaba cualquier resultado sorpresivo sobre el tipo de cambio aplicado.

La *sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 16 de septiembre de 2013* (ROJ: SAP M 13506/2013) se refiere a una hipoteca multidivisa comercializada por Barclays Bank, aunque no es posible determinar si el contenido de la escritura es similar a la del préstamo que constituye el objeto de este procedimiento, ya que de los razonamientos de la sentencia se desprende que la firma se produjo antes de la entrada en vigor la reforma de la LMV por la normativa MiFID el 21 de diciembre de 2007 (fecha de entrada en vigor de la Ley 47/2007, de reforma de la LMV) y no es posible determinar con certeza, de la mera lectura de la sentencia, si lo que se discutía era la hipoteca multidivisa, o alguna de sus cláusulas, o un documento de pignoración unido a dicha hipoteca, o el juego conjunto de ambos contratos. La sentencia confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia 57 de Madrid y considera para ello la existencia de un contrato de asesoramiento y mediación suscrito entre el actor y un tercero y el resultado de las pruebas, de las que resultaba que en ese caso concreto no existía incumplimiento alguno de BARCLAYS en su condición de comercializadora de los productos suscritos por el recurrente. La sentencia estimó que era indiferente el hecho de que los productos se adquirieran mediante apalancamiento, que era la opción de financiación elegida por el demandante. Sí resulta interesante, por su vinculación con la controversia de este procedimiento, destacar que esta sentencia considera que la normativa MiFID no es aplicable por razones cronológicas (los contratos se habían firmado antes del 21 de diciembre de 2007, pero se había subsanado algún detalle de su firma en mayo de 2008, lo que llevaba al recurrente a reclamar la aplicación de la normativa MiFID). La Audiencia da por hecho que esa normativa sí es aplicable a la hipoteca multidivisa después de su entrada en vigor y dice: *" no siendo dable, el estimar que para la subsanación de firma, se hiciera preciso y solo en dicho momento, la realización de los en ese momento preceptivos test MIFD cuando en el acto que se trataba de meramente subsanar, y que se había llevado a efecto cinco meses antes, no lo eran .*

Otra sentencia de la *Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18, del 18 de noviembre de 2013* (ROJ: SAP M 21734/2013) confirma la sentencia desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia sobre una hipoteca multidivisa del Banco de Santander que se había pactado como novación de un préstamo anterior, pero su motivación no guarda relación con la controversia delimitada en este procedimiento porque la demanda y el recurso se basaban en la vulneración de la Ley 36/2003, de 11 noviembre y porque la Audiencia consideró que una y otro confundían los instrumentos de cobertura de los tipos de interés con la constitución de un nuevo préstamo (con multidivisa) al que su eventual finalidad de refinanciación no dotaba de las características de los instrumentos de cobertura.

La *sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, de 17 de julio de 2013* (ROJ: SAP M 12853/2013) revocó la dictada por el Juzgado número 97 en fecha 4 de febrero de 2013, que es citada en

varios pasajes de la demanda. La sentencia de primera instancia había estimado la nulidad total del contrato (se trataba de una hipoteca multidivisa comercializada por KutkxaBank) por error-vicio en el consentimiento. No consideró de aplicación la normativa MiFID (si bien debe tenerse en cuenta que esa sentencia es anterior a la STJUE de 30 de mayo de 2013, a la que más adelante se hará referencia) y sí el TRLGDCU, la Ley 36/2003, la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de Entidades Bancarias. La sentencia de apelación revocó la sentencia básicamente por considerar *que el perfil del contratante, no permite atribuir el error a defectuosa información, cuando pudo y debió ampliar la que se le ofrecía de no estimarla suficiente, o negarse al contrato mismo, lo que cabe argumentar es que pensaba que se trataba de un contrato de seguro, inasumible atendidos sus conocimientos*. En el asunto resuelto por estas sentencias, el demandante era un abogado que se publicitaba como especialista en operaciones mobiliarias, derecho bancario e hipotecas multidivisas.

La *sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, de 22 de enero de 2014* (ROJ: SAP B 1661/2014) revocó la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 44 de Barcelona, también citada en la demanda, que había declarado la nulidad total de préstamo por apreciar error en el consentimiento de la parte demandante, provocado por la falta de información facilitada por la entidad bancaria (Catalunya Banc S.A.). En el supuesto enjuiciado en esas sentencias, no resultaba de aplicación el TRLGDCU, porque los demandantes no tenían la condición de consumidores, ni se estimó tampoco aplicable la normativa MiFID. El fundamento jurídico tercero de la sentencia de primera instancia consideró que una hipoteca multidivisa no encajaba en el ámbito objeto del artículo 2 de la LMV. En cambio, la sentencia de la Audiencia (FJ séptimo), al ratificar esa decisión del Juzgado, se basa más en criterios cronológicos que objetivos, ya que explica la inaplicabilidad de la norma porque la operación se había realizado antes del 21 de diciembre de 2007. La sentencia de apelación, después de explicar que en el terreno del error " *incluso con contratos similares, las respuestas a dar pueden y deben ser diferentes, pues dada la acción ejercitada, ha de estudiarse caso por caso, si se da el error denunciado, lo que depende más de las veces de la información y comercialización del producto y también de la condición del contratante, por lo que esta decisión no es extrapolable a otras personas que contrataran un préstamo de las mismas características, menos cuando sean consumidores, cosa que no alcanza al aquí prestatario*", estima el recurso interpuesto por la entidad bancaria porque considera que no existió defecto de información ni error en el consentimiento, decisión en la que tuvo un peso específico, según resulta del fundamento jurídico séptimo -aunque es posible que exista algún error en la numeración de los fundamentos de la sentencia, al menos en la versión publicada en el CENDOJ- el hecho de que los demandantes fueran miembros de un despacho de abogados (" *tampoco se nos antoja puedan incurrir en error miembros de un despacho de Abogados, y menos que sea excusable, pues si bien no tienen por qué tener conocimientos financieros, el propio prestatario es quien dirige ahora dirige el procedimiento, y su socio, Sr. Casimiro Antonio, también administrador de empresas, había participado en numerosas operaciones de financiación a promotor, como se puso de manifiesto en la prueba testifical, que se tildaron de más complejas, teniendo además gestoría y asesoría*").

La *Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7, ha dictado dos sentencias muy similares en fechas 10 y 14 de febrero de 2014* (ROJ: SAP O 265/2014 y SAP O 266/2014). Estas sentencias, referidas a hipotecas multidivisa de Bankinter, consideran: (i) La imposibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato, con cita de las STS de 4 de diciembre de 1986 y 12 de noviembre de 1987, que " *vedan la declaración de nulidad parcial de determinadas cláusulas contractuales, en un negocio en el que se ha producido el error como vicio esencial del consentimiento, no escindibles del contrato que debe analizarse como un todo y por tanto la nulidad de aquellas sólo tiene sentido instando la nulidad contractual en su conjunto (...) sin que pueda compartirse la argumentación que esgrime el apelante en su recurso de que cabe instar la nulidad parcial puesto que lo de elementos accesorios o accidentales al negocio cuando las combatidas sin embargo, afectan a la esencia de la modalidad del préstamo hipotecario pactado*". (ii) La diferencia entre las hipotecas multidivisa y los swaps (explicación que resultaba necesaria -FJ 3º- porque la demanda invocaba " *una prolija cita de preceptos y jurisprudencia referidas en gran medida a la contratación de otro tipo de productos, como las permutas financieras, pese a que la demanda también se distingue por la singular parquedad expositiva de los hechos que la fundamentan, pues es la fundamentación jurídica la que constituye la práctica totalidad de su contenido desde la página 4 a la 56, cuando resulta sin embargo esencial para su pretensión tanto la descripción del clausulado contractual que se impugna, como los antecedentes y el íter formativo de la voluntad en la relación cliente - banco*"). (iii) La hipoteca multidivisa analizada en esos casos como un préstamo hipotecario en una moneda extranjera que contiene un tipo de interés variable con referencia al índice LIBOR (...) y especialmente por las fluctuaciones de dicha moneda respecto del euro (...) *En definitiva la moneda en que se verifica el préstamo y el índice empleado no desvirtúan al naturaleza del contrato convirtiéndolo en un producto de inversión de capital en un mercado extranjero, como se califica en la demanda, ni en un producto*

especulativo (...). Se trata de un préstamo a interés variable, con un índice referencial que puede producir mayor incertidumbre en cuanto a la variación de los intereses, por definirse a través del índice reseñado y estar sujeto a la variabilidad de las fluctuaciones de los tipos de cambio y cotización de divisas". (iv) Que la información suministrada fue correcta, y no sólo se acomoda a los términos de la Orden de 5 de mayo de 1994 (en la que es el Notario quien debe advertir con claridad al prestatario de los riesgos del producto), tal y como señala la apelada, del riesgo de fluctuación de tipos de cambio, riesgo evidente por lo demás y conocido por una persona de la formación del actor [en los casos enjuiciados por estas sentencias, odontólogo, ingeniero técnico y directora de una empresa municipal de transporte] (aunque no sea un inversor experto en productos financieros) que pretende contratar el producto en la previsión de que esa fluctuación le sea favorable en el tiempo, máxime cuando las advertencias sobre las consecuencias del préstamo en divisas se especifican en el exponiendo III de la escritura y vienen además completadas por la labor informativa desarrollada previamente a su contratación por la entidad bancaria instrumentada en los distintos documentos acompañados con la contestación y suscritos por el demandante (documentos 2 y siguientes, folios 526 y siguientes) donde se le detalla el funcionamiento del contrato en condiciones suficientes para conocer los posibles riesgos derivados de la fluctuación monetaria en relación con el interés pactado....". La prueba sobre la información facilitada lleva a la Audiencia a considerar que no hubo error o que, de concurrir, sería inexcusable. (v) Que no resultaba de aplicación la LMV, porque la hipoteca multidivisa analizada no es un instrumento financiero incluido en el ámbito de aplicación de la LMV, aunque no se ofrece mayor explicación sobre esta cuestión, que tampoco se localiza en la sentencia de instancia (al menos en una de las que se analizan en la sentencia, SPJI 6 Gijón de 23 de abril de 2013 , Ordinario 841/2012, también anterior a la STJUE de 30 de mayo de 2013). (vi) Que ninguna de las cláusulas contractuales era per se abusiva y que no se motivaba adecuadamente la vulneración de normas imperativas en el recurso.

Desde otro punto de vista, algunos *Juzgados de lo Mercantil* se han pronunciado sobre la nulidad parcial de las cláusulas multidivisa de préstamos hipotecarios: la sentencia del Juzgado número 9 de Madrid de 5 de septiembre de 2013 (Ordinario 695/2012) declara la nulidad parcial por considerar abusiva la cláusula que vinculaba a la autorización del banco la posibilidad de cambio de divisa, no porque afectara al equilibrio de las prestaciones y al principio de buena fe (control de contenido) sino por la falta de transparencia apreciada en su redacción, que impedía al consumidor "conocer el funcionamiento económico de la cláusula" en el contexto de un producto que se define como esencialmente complejo. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil 4 de Barcelona de 9 de diciembre de 2013 rechaza considerar la hipoteca multidivisa enjuiciada (comercializada por Banco Popular Español S.A.) como un híbrido entre préstamo hipotecario y derivado financiero, pero considera que los demandantes suscribieron el contrato "en la errónea creencia de que podían asumir el pago del préstamo, ya que no eran realmente conscientes del riesgo que suponía una extraordinaria apreciación del yen sobre el euro", porque el valor en euros del capital prestado variaba de forma constante y sustancial en función de las variaciones del tipo de cambio y los demandantes no eran conscientes de ese factor de aleatoriedad.

Mención especial merece la *STJUE de 30 de abril de 2014* en el asunto C-26/13 , que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Kúria (Tribunal Supremo) de Hungría, relacionada con un contrato identificado como «préstamo hipotecario denominado en divisas, garantizado mediante hipoteca» firmado entre un consumidor y una entidad bancaria (Jelzálogbank), cuya operativa guarda una sustancial semejanza con este caso. Conforme a la cláusula I/1 de dicho contrato, Jelzálogbank concedió a los prestatarios un préstamo por importe de 14.400.000 forintos húngaros. En el préstamo se había estipulado que «la determinación en divisas de la cuantía del préstamo se realizará al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera -francos suizos- aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo». Así, el préstamo se representó en 94.240,84 francos suizos (CHF). Los prestatarios debían devolver esa suma en veinticinco años, mediante cuotas mensuales. Pero según la cláusula III/2, el prestamista fijaría "el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa [extranjera] aplicada por el banco el día anterior al del vencimiento", de modo que se sometía el importe de las cuotas al riesgo de fluctuación.

Esta cláusula había sido declarada abusiva en primera y en segunda instancia porque no era clara y comprensible y no permitía conocer la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución. Además de ello, se había considerado abusiva porque facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas sobre la base de la cotización de venta de la divisa, mientras que el importe del préstamo entregado se fijó por este último en función de la cotización de compra que aplica para esa divisa, lo que le confería una ventaja unilateral e injustificada en el sentido del artículo 209 del Código civil húngaro, porque realmente no ponía a disposición del prestatario divisas

extranjeras, sino que hacía depender el importe de la cuota mensual de devolución, denominado en forintos húngaros, de la cotización corriente del franco suizo, como índice para fijar el importe de las cuotas de devolución del préstamo entregado en forintos húngaros. Es decir, no realizaba a favor de los prestatarios ninguna prestación de servicios financieros de compra o de venta de divisas, por lo que no podía aplicar un tipo de cambio a efectos de la amortización del préstamo distinto del utilizado en el momento de su entrega, en concepto de contrapartida de una prestación de servicio virtual.

El Jelzálogbank recurrió en casación y es en ese contexto en el que el Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial, sobre tres extremos distintos: si la cláusula discutida formaba parte de la definición del objeto principal del contrato, el alcance de los requisitos de transparencia de este tipo de cláusulas y los efectos de la declaración de abusividad sobre el contrato. En lo que ahora interesa, el TJUE establece en su sentencia que la exigencia de transparencia (claridad y comprensibilidad, en términos del artículo 4.2.) de las cláusulas contractuales no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical (apartado 71), porque el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información y, en consecuencia, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Y, en concreto, en una hipoteca en divisa extranjera, una cláusula contractual como la cláusula III/2 antes mencionada, que permite al profesional calcular la cuantía de las cuotas mensuales de devolución en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por ese profesional, produce el efecto de elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite máximo. Recuerda el TJUE que los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13, y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma otorgan una importancia esencial para el cumplimiento del requisito de transparencia a *la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo* (apartado 73). Para ello, el tribunal nacional debe determinar si, *a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo*. Es decir, el contrato de préstamo debe exponer de manera transparente *el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo*.

CUARTO.- Los riesgos principales de la hipoteca multidivisa que ha motivado este procedimiento.

A juicio de este tribunal, la verdadera naturaleza, el modo de funcionamiento y los riesgos que entraña la hipoteca multidivisa que aquí se enjuicia entrañan una considerable complejidad para clientes minoristas sin una adecuada formación, sin relación con los mercados financieros y con ingresos y gastos exclusivamente en euros. Obviamente, su funcionamiento y sus riesgos pueden llegar a entenderse con una adecuada explicación y si la forma en la que se pacta recoge de forma clara y transparente los derechos y obligaciones de las partes y todas las variables que resultan de interés en la carga jurídica y económica del contrato de préstamo y en la afectación que ello supone para la garantía hipotecaria, pero no es una tarea que, en este caso concreto, pueda calificarse de sencilla.

Como ya se ha explicado en el auto dictado en la pieza de medidas cautelares, la sistematización del contenido esencial del préstamo hipotecario, en la forma en que ha sido expuesto en el fundamento jurídico anterior, exige realizar un detallado estudio de la escritura, analizar todas sus cláusulas y exponer su contenido en pautas ordenadas que se han considerado necesarias para facilitar la motivación y comprensión de esta resolución. Ahora bien, el contenido de la escritura es mucho más farragoso y complicado que lo que pudiera desprenderse del resumen expuesto y una primera lectura, incluso para un jurista, plantea bastantes incógnitas que llaman a una segunda y a una tercera lectura sin que finalmente no en todos los casos se encuentre una respuesta razonable a las dudas que suscita.

Como ya se explicó en el ese auto, el considerable nivel de complejidad que tiene este préstamo hipotecario multidivisa se debe a que para entender su funcionamiento y sus ventajas es necesario conocer la operativa de referencias como el LIBOR, sobre las que un ciudadano medio carece de información, así como de los factores que intervienen en las variaciones de los tipos de cambio en el mercado de divisas, factores que por su diversidad, ajenidad y especialidad no están al alcance de la información generalmente accesible para un consumidor y cliente minorista. A ello habría que añadir que un ciudadano con el perfil de los demandantes sólo podría entender el funcionamiento y los riesgos de lo que contrata si recibe la información adecuada sobre lo que significa realmente el riesgo de cambio de las monedas. Ciertamente, los efectos de ese riesgo son tan sutiles que pueden pasar desapercibidos para un consumidor medio sin especial información, pese al impacto económico que luego supondrán durante la vida del contrato. Veamos de forma separada los distintos tipos de riesgo:

1.- *El tipo de interés aplicable*, que es el primer factor de riesgo en un préstamo a interés variable, depende de una referencia como el LIBOR (*London Interbank Offered Rate*, en términos muy resumidos, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres) sobre el que un cliente minorista español no dispone de especial información, a diferencia de lo que puede suceder, por ejemplo, con el Euribor, respecto del que los medios de comunicación ofrecen información periódica, homogénea y entendible. Es un hecho notorio y documentalmente acreditado (documento 7.1) que debe ser tenido en cuenta, que Barclays Bank fue multada en junio de 2012 en Estados Unidos y en Reino Unido por actuaciones de manipulación del LIBOR entre 2005 y 2009, consistentes, según la Autoridad de Servicios Financieros (FSA) británica, en favorecer los intereses de la entidad, particularmente en instrumentos financieros derivados y en facilitar después del estallido de la crisis financiera datos inferiores a los reales sobre el interés pagado en el mercado interbancario, para aparentar una situación de adecuada capitalización, en cuanto recibía dinero a bajo interés, cuando realmente el interés real era superior al declarado. Se entenderá, sin necesidad de una especial explicación, la absoluta dificultad de concretar el efecto preciso que esas conductas hayan podido tener sobre este préstamo hipotecario.

2.- Aunque el importe de las cuotas sólo variaría en función de las revisiones del tipo de interés, según el tenor literal de la escritura, *el riesgo de fluctuación de la moneda* es un riesgo esencial con un impacto económico importantísimo sobre la vida del contrato. Las implicaciones de la diferencia entre la moneda nacional del prestatario, que es la moneda en la que el consumidor opera, porque en ella recibe sus ingresos y tiene sus activos (también llamada moneda funcional) y la moneda del crédito (moneda nacional) son esenciales. Hay dos cuestiones distintas en el riesgo asociado a la fluctuación del tipo de cambio:

a). El riesgo más evidente es el siguiente: quien recibe un préstamo en yenes para afrontar deudas en euros y se obliga a devolver ese préstamo en yenes (o en otra divisa de su elección) tenderá a pensar, salvo que se le explique lo contrario, que el capital que debe es una suma prefijada que ha quedado determinada en euros y que, como tal, sólo podrá modificarse a la baja, en mayor o medida, al restar las cuotas amortizadas. Es decir, tenderá a pensar que el capital prestado es de los euros que necesita y que se irá reduciendo en función del contravalor en euros de los yenes pagados. Asumirá, pues, **el riesgo de que la fluctuación de los tipos de cambio perjudique el valor en euros de las cuotas amortizadas**. Este riesgo puede tener una doble representación mental para quien realiza el esfuerzo económico en euros: (i) con la misma cantidad de euros se podrá amortizar menos capital, si el tipo de cambio es desfavorable al euro o (ii) para mantener el mismo nivel de reducción de capital es preciso aportar más euros, lo que se traduciría en una subida de la cuota.

Un ejemplo de la primera representación mental, que es la más intuitiva, podría explicarse en los siguientes términos: sobre un capital prestado, que para el consumidor español son, por tomar el ejemplo del caso enjuiciado, 260.755.- euros, se ha amortizado en el primer mes de vida del préstamo (23 de agosto de 2008) 675,78.- euros de capital, que es la equivalencia en moneda funcional a los 106.759 JPY. El consumidor, si no dispone de la información adecuada, puede tener una legítima expectativa de reducir el capital debido en esa cifra, de forma que quedaría fijado en 260.079,34.- euros. El tipo de cambio aplicado en ese mes es 165,75 JPY=1 euro.

En una hipótesis teórica desfavorable para el consumidor, si en esa misma fecha el tipo de cambio, en lugar de ser el indicado, fuera de 100 JPY=1 euro, con la misma cantidad de euros destinada a la amortización del capital, podría comprar 67.578 JPY. Esa diferencia de 40.181 JPY que ya no se pueden comprar con los mismos euros equivalen a 401,81.- euros que, paralelamente, ya no pueden amortizarse del capital con la misma disponibilidad en euros. La amortización real sería sólo de 274,06.- euros, de modo que la expectativa de minoración del capital sería inferior y éste quedaría cifrado en 260.507,94.- euros.

En un ejemplo real de esta hipoteca, sobre la cuota del mes de octubre de 2008, tomando como referencia un tipo de cambio de 128,73 yenes=1 euro (tipo oficial del 30 de octubre de 2008), con los mismos

675,78.- euros que los demandantes destinaron en el mes de agosto a amortizar capital podrían comprar 86.993,15 JPY, es decir 19.765,85 JPY menos que en ese mes de agosto. La equivalencia en euros de 19.765,85 JPY es, a ese tipo de cambio, de 153,54.-, lo que implica que con la misma disponibilidad de efectivo sólo pueden amortizarse 522,21.- euros. Es esa cifra, 153,54.- euros (diferencia entre 675,78 y 522,21) lo que se dejaría de amortizar, de modo que el riesgo para el consumidor supone que con el mismo esfuerzo económico, en lugar de rebajar la deuda en 675,78.- euros, la reduce en 522,21.- euros.

La segunda representación mental del riesgo es más confusa y menos intuitiva. Aunque no se dispone del cuadro de amortización completo del préstamo, sino sólo del que consta en el informe pericial y en el documento 5.1. de la demanda (hasta el 30 de abril de 2013), puede ponerse otro ejemplo: el porcentaje que supone la parte de la cuota mensual imputada al capital sobre el propio principal pendiente oscila ente el 0,25% de la primera cuota y el 0,30% de las últimas. Con estos datos, para hacer frente cada mes a, por ejemplo, un promedio del 0,30% del capital pendiente en cada momento el consumidor necesitará X yenes. Pongamos un promedio de 110.000 yenes. Si el yen está al tipo de cambio aplicado en julio de 2008 (162,55) necesitará 676,71.- euros y si está a 128,73 necesitará 854,50.- euros. Ello implicará necesariamente una subida de la cuota en una cuantía significativa, pero en todo caso, el prestatario tendrá la expectativa de haber reducido su deuda en euros, con más esfuerzo, pero en la misma medida.

b). Ahora bien, además de estos riesgos, existe otro más importante asociado a la fluctuación de los tipos de cambio, que explica que, pese al pago de las cuotas y pese a que éstas retribuyen capital e intereses (basta comprobar la tabla del anexo del informe pericial o la tabla del documento 5.2, que contienen datos no controvertidos), el capital del préstamo no se reduzca, sino que se incremente, y es que el tipo de cambio se aplica no sólo a las cuotas periódicas de amortización, sino que supone también un **recálculo constante del capital prestado, que no es una cantidad fija, sino una representación en yenes de los euros recibidos que se recalcula cada mes en función del tipo de cambio**. Este riesgo explica, siguiendo con el ejemplo antes empleado, que en el primer mes de la vida del préstamo el consumidor no adecuadamente informado supusiera que, por haber amortizado capital en 675,78.- euros ha reducido su deuda hasta esos 260.079,34.- euros a los que antes se hacía referencia, cuando realmente no sólo no es así sino que su deuda era un 7,67% superior, 280.038,21.- euros (44.239.844 JPY). A 31 de julio de 2012, la amortización del capital tendría que equivaler a la suma de las cantidades mensuales amortizadas por este concepto en euros, pero la deuda no se había rebajado en esa cantidad, sino que había aumentado hasta 369.337,73.- euros, esto es, un 41,64% por encima del valor prestado y un porcentaje aún superior sobre las expectativas de reducción de capital que podría tener el prestatario.

Por tanto, el riesgo que para la obligación de pago del prestatario supone la fluctuación de la moneda se traduce en los siguientes factores, que se exponen en el orden en que una persona sin especial formación en la materia puede percibirlos:

a). Con el mismo esfuerzo económico en la moneda funcional, la capacidad de reducir la deuda, el capital prestado, puede ser inferior a lo previsto si el yen se aprecia sobre el euro.

b). Las cuotas de amortización periódicas pueden variar, además de por el tipo de interés aplicable, por el cambio aplicable a las monedas, siendo incluso probable que esa variación sea mucho más acusada que la que producen las modificaciones del Libor.

c). El riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en yenes tiene una doble posibilidad: que se limite a ser una simple representación inicial del capital prestado o que actúe como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en yenes. En este segundo caso, los efectos que ello produce durante toda la vida del préstamo son importantísimos, porque la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital hace posible que su cuantía se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas. Estas variaciones imprimen al préstamo hipotecario un riesgo tan elevado que el propio banco se ha reservado la facultad de darlo por vencido anticipadamente en dos casos: (i) si por razón de las fluctuaciones de los tipos de cambio y por estar cifrado el nominal del préstamo en divisa, el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización fuese superior en más de un 20% al resultado de aplicar al mismo importe el valor de cambio de la divisa; (ii) y si el valor de tasación de las fincas llega a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento, cuando la parte deudora no aumentara la garantía en el plazo de dos meses desde la fecha del requerimiento.

d). El aparente beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés (LIBOR) puede quedar neutralizado con el riesgo de sobre coste de amortización del capital si éste queda sometido al mencionado sistema de recálculo permanente.

e). Existe otro riesgo que debe contemplarse para los supuestos de cambio de divisa: que la opción de cambiar la divisa aplicable al préstamo suponga una previa consolidación en euros del capital prestado, esto es, la materialización en euros del incremento que la fluctuación de las monedas tiene sobre el principal prestado. La intensidad de este riesgo se ve acentuada porque los prestatarios sólo pueden acudir a un cambio de divisa, como teórica solución a una evolución del riesgo de fluctuación que les resulta desfavorable, si están al corriente de las obligaciones de pago: en una coyuntura económica adversa, tendrían que advertir con suficiente antelación el riesgo de no poder atender sus obligaciones de pago, porque en otro caso, si ese riesgo les sorprende, ya no pueden cambiar la moneda y quedan atrapados en la evolución de la divisa de que se trate. En el primer caso, los prestatarios capaces de predecir ese riesgo y de actuar en consecuencia quedarían, no obstante, *atrapados* en el riesgo básico enunciado en este apartado: tendrían que asumir que deben un capital probablemente muy superior al recibido en euros. Barclays Bank afirma en su contestación a la demanda (página 24) que, de no ser así, el banco asumiría un riesgo exorbitante, lo que equivale a reconocer que, en esta alternativa, en la que el riesgo lo asume el prestatario, ese riesgo es también ilimitado, y, en el mismo sentido, exorbitante. No obstante, esa asunción del riesgo, por muy ilimitada que sea, es lícita si el prestatario-cliente es perfectamente consciente de ella y la consiente con todas las consecuencias.

f). Todos estos riesgos tienen dificultad añadida: las cuotas de amortización, el tipo de interés (obligatoriamente, salvo que no exista variación en el tipo aplicable) y la divisa de pago (facultativamente) se determinan cada mes, lo que se supone que obliga a los prestatarios a estar permanente pendientes, durante los veintiocho años de vida del préstamo, de una información difícilmente accesible. En teoría, cada una de las trescientas treinta y seis cuotas mensuales debía ir precedida de una decisión sobre la divisa aplicable y sobre la forma de gestionar su pago, mediante su contravalor en euros o mediante la puesta a disposición del banco de la divisa de pago.

QUINTO.- Las normas aplicables al contrato. La normativa MiFID

Una de las cuestiones jurídicas controvertidas es si una hipoteca multidivisa como la que vincula a las partes está o no sometida a la normativa MiFID. Ya se ha hecho referencia antes a los pronunciamientos judiciales existentes en esta materia, si bien lo cierto es que no se ha localizado ninguna sentencia dictada en grado de apelación que se pronuncie expresamente sobre esta cuestión. En pura teoría, un préstamo multidivisa puede atender a distintas configuraciones económicas y a distintas modalidades de asunción y reparto del riesgo de fluctuación de las monedas. En el préstamo multidivisa al que se refiere la demanda, el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en yenes no se limita realmente a ser una simple representación inicial del capital prestado, sino que ha actuado como factor de recálculo permanente del contravalor en euros del montante del capital debido en yenes, lo que provoca una pérdida total de referencias entre el activo (la vivienda hipotecada y la capacidad de pago del prestatario, valorados en euros) y el pasivo que lo financia, valorado en yenes, no sólo en una representación inicial, sino a lo largo de toda la vida del préstamo.

El activo financiado (vivienda) está valorado en euros y es fácil conocer su valor, mediante una tasación o por comparación con otros inmuebles similares. Sin embargo, el pasivo que lo financia está afectado por múltiples variables y se modifica continuamente, incluso al alza, aunque se abonen las cuotas pactadas. El precio teórico del contrato para el prestatario es el tipo de interés, pero si tiene que asumir el riesgo de fluctuación de la moneda sobre el capital su contraprestación no es tan simple: el precio que debe pagar es el tipo de interés y el otro diferente cuyo valor no está determinado en el contrato, sino que se irá determinando en futuro sobre el precio de un concreto activo, que realmente hace las veces de activo subyacente: el tipo de cambio de las divisas.

Los derivados financieros son contratos en los que la cuantificación de la obligación de una de las partes depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente. El activo subyacente puede ser diverso, y entre los más típicos están las divisas. Para clarificar la calificación jurídica del contrato, se expondrán a continuación las definiciones al uso de los productos de inversión que se negocian en los mercados de valores (productos financieros), contenidas en la información pública ofrecida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en su página web (<https://www.cnmv.es/portal/Inversor/Derivados.aspx>):

1.- Una primera aproximación a este tipo de productos exige distinguir entre productos simples y productos estructurados, que se diferencian no tanto por su mayor o menor complejidad -entendida como

dificultad de entendimiento- , como por su composición: un producto simple es un producto único, mientras que un producto estructurado combina varios productos simples.

2.- Los productos simples se clasifican en fondos de inversión, productos de renta fija pública, productos de renta fija privada, acciones, participaciones preferentes y productos derivados, llamados así por tratarse de productos financieros cuyo valor se basa en el precio de otro activo (acciones, oro, materias primas, divisas, tipos de interés...) denominado activo subyacente. A su vez, los productos derivados pueden ser adoptar distintas modalidades, ya típicas (futuros, opciones, warrants, certificados y CFD (contratos por diferencias), ya atípicas. Pero básicamente, un derivado es una contratación a plazo en la que se establecen todos los detalles en el momento del acuerdo, mientras que el intercambio efectivo se produce en un momento futuro. Y, dice la CNMV: son productos sujetos al efecto apalancamiento, ya que la inversión inicial necesaria es reducida en comparación con la exposición al subyacente que se obtiene, por lo que los resultados pueden multiplicarse, tanto en sentido positivo como negativo, en relación con el efectivo desembolsado. Por lo tanto, son productos de riesgo elevado. Y pone el siguiente ejemplo gráfico:

... EN OTRAS PALABRAS...

Imaginemos que vamos a comprar al supermercado un kilo de naranjas. Lo normal es que el acuerdo y la transacción se realicen en el mismo momento, es decir, a la entrega del kilo de naranjas se paga el precio establecido.

Supongamos ahora que acordamos con el frutero que para la semana que viene me venda un kilo de naranjas al precio al que están hoy. Esto se podría entender como un derivado o contrato a plazo (hemos fijado los detalles del acuerdo, la cantidad y el precio en el momento actual, si bien el intercambio se hará en una fecha futura).

Por lo tanto, la variación del precio podrá jugar a nuestro favor si el precio del kilo de naranjas sube, o en contra si el kilo de naranjas baja de precio, beneficiándose el frutero del acuerdo realizado.

A lo que cabría añadir que la misma situación se genera si lo que se acuerda es que el cliente se lleva ya el kilo de naranjas y se obliga a pagar por él el precio al que esté el producto dentro de una semana. Este ejemplo es equiparable a la situación que se crea con este préstamo multidivisa, en el que parte del precio se paga "a plazo" y se determina a futuro sobre la referencia del cambio euro/yen.

Como resulta de la prueba pericial practicada, las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) adoptadas por la Unión Europea contienen la definición de este tipo de derivado implícito en la NIC 39, que lo define como *el componente de un instrumento financiero híbrido (combinado) que también incluye un contrato principal no derivado, cuyo efecto es que algunos de los flujos de efectivo del instrumento combinado varían de forma similar al derivado, considerado de forma independiente*. Sigue diciendo la NIC 39: *un derivado implícito provoca que algunos, o todos, los flujos de efectivo de un contrato se modifiquen, de acuerdo con un determinado tipo de interés, el precio de un instrumento financiero, el precio de una materia prima cotizada, un tipo de cambio, un índice de precios o de tipos de interés, una calificación o índice de carácter crediticio, o en función de otra variable, suponiendo que, en caso de que se trate de una variable no financiera, no sea específica para una de las partes del contrato* .

De lo expuesto hasta ahora se deduce que el contrato que nos ocupa incluye para la determinación de una parte de la contraprestación a la que debe hacer frente el prestatario un verdadero derivado financiero, lo que conllevaría la aplicación de la LMV, esto es, de la normativa MiFID, porque el artículo 2 de esta norma establece que quedan incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los " *contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo* ".

Es cierto que el artículo 79 quáter LMV, en coherencia con el artículo 19.9 de la Directiva MiFID , establece que las reglas esenciales de esa normativa MiFID no serán de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información. En la determinación de si este precepto puede aplicarse al préstamo multidivisa que constituye el objeto de este procedimiento, deben darse en este punto por reproducidos los datos aportados más arriba sobre el funcionamiento del producto y la forma en que el tipo de interés de referencia (LIBOR) y los tipos de cambio euro/yen han influido en la determinación de las cuotas de amortización mensuales y en la propia

representación en euros del capital pendiente. De los datos numéricos aportados se desprende sin especial dificultad que las variaciones apreciadas responden en esencia a las variaciones en el tipo de cambio euro/yen. Estas variaciones imprimen al préstamo hipotecario un riesgo tan elevado que el propio banco se ha reservado la facultad de darlo por vencido anticipadamente en los dos casos ya mencionados: (i) si el valor de tasación de las fincas llegara a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento y la parte deudora no aumentara la garantía en el plazo de dos meses desde la fecha del requerimiento; y (ii) si por razón de las fluctuaciones de los tipos de cambio y por estar cifrado el nominal del préstamo en divisa, el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización fuese superior en más de un 20% al resultado de aplicar al mismo importe el valor de cambio de la divisa.

La SJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11), es clave en la solución de este extremo. Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid, sobre las dudas que suscitaba la interpretación del artículo 4, apartado 1 y del artículo 19, apartados 4, 5 y 9, de la Directiva MiFID a las permutas financieras. Debe precisarse, en este punto, que el artículo 19.9 de la Directiva, aunque similar al artículo 79. quáter LMV, tiene un tenor literal diferente: " *en caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo* ".

El empleo de ese adverbio lleva al TJUE a dar por sentado que para aplicar la excepción del artículo 19.9 " *dicho servicio ya ha estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información. Se dará este caso únicamente si formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto*" (apartado 41).

El fallo del TJUE concluye que *el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión sólo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en dicho artículo 19.*

A juicio de este tribunal, si el efecto inherente al cambio de divisas funciona como un derivado financiero, nos hallaríamos ante un servicio de inversión que forma parte intrínseca del préstamo hipotecario en el momento en que se ofreció a los demandantes, por lo que no resultaría de aplicación la excepción prevista en el artículo 19.9 de la Directiva ni, en consecuencia, la prevista en el artículo 79 quáter LMV. En esta valoración se tienen en cuenta los siguientes razonamientos de la sentencia citada:

a). El artículo 19.9 de la Directiva 2004/39 supone una excepción al sistema de evaluaciones que dicho artículo prevé para la prestación de servicios de inversión, por lo que debe ser objeto de interpretación estricta, ya que dichas evaluaciones son medidas que pretenden garantizar la protección de los inversores y ese fin de protección es uno de los objetivos de la Directiva (apartado 39).

b). En segundo lugar, en cuanto a la cuestión de si las disposiciones o normas en materia de evaluación o de información, mencionadas en el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39, a las que ya está sujeto el producto financiero de que se trata deben ser similares a las obligaciones establecidas en los apartados 4 y 5 del mismo artículo, el TJUE considera que dicho apartado 9 no indica que sea precisa tal similitud. Pero debe tenerse muy presente:

que si no exige esa similitud es porque la naturaleza del instrumento financiero a que se refiere el servicio de inversión puede ser muy diferente de la del producto financiero ofrecido, por lo que pueden requerir otras evaluaciones o la obtención o facilitación de otra información, pero siempre en función del objetivo de proteger al cliente (apartado 45).

además, que dichas disposiciones o normas deben referirse a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información (apartado 47).

y que dichas disposiciones o normas deben permitir la valoración de los riesgos de los clientes o establecer requisitos de información que asimismo incluyan el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39 .

A estos argumentos cabe añadir que el propio fallo del TJUE expresa que para excluir la normativa MiFID no basta con la mera existencia de una normativa del Estado miembro que discipline un determinado producto o servicio financiero al margen de aquella regulación, *porque exige que esa otra normativa sea derecho de la Unión Europea y se refiera a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información* . En consecuencia, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 no cumple esos requisitos que debe tener la norma alternativa, habida cuenta, por un lado, de que su regulación no contempla la valoración de riesgos de los clientes ni los requisitos de información en patrones equiparables a las exigencias de la LMV y del RD 217/2008, de 15 de febrero y, por otro, de las exiguas referencias a los préstamos en divisas en la citada Orden Ministerial, que parecen responder a un patrón contractual mucho más simple que el que nos ocupa y que no incluyen una específica regulación de la valoración de los riesgos de los clientes ni a los requisitos de información de la entidad bancaria.

Si la Orden citada no cumple los requisitos del ámbito de excepción que se analiza, procede la aplicación de la normativa MiFID, en cuanto tiende precisamente a evitar que los clientes de servicios de inversión vinculados a una operación tradicional de crédito puedan quedar desprotegidos por el hecho de que los dos productos estén indisolublemente unidos. En el mismo sentido, la configuración interna del producto derivado, que responde a la voluntad de la entidad bancaria en el diseño del producto y no a la del cliente, no puede desembocar en un nivel de protección de inferior calidad e intensidad que la que establece la LMV en garantía de los clientes minoristas.

La solución podrá ser distinta cuando se trasponga al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) número 1093/2010, pero el plazo de trasposición finaliza el 21 de marzo de 2016 y hasta tanto, las exigencias de protección mencionadas sólo podrán cubrirse mediante la normativa MiFID. Precisamente la reforma ha sido necesaria porque (4) *la Comisión ha determinado una serie de problemas que sufren los mercados hipotecarios de la Unión en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado, incluidos los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias. Algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban y porque (30) " debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito . El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio* .

En definitiva, resultarán de aplicación al contrato, además de las normas aplicables a los préstamos hipotecarios (Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, Orden de 5 de mayo de 1994 y Ley 36/2003), los artículos 79 y siguientes de la LMV y el RD 217/2008, de 15 de febrero.

SEXTO.- La nulidad de los contratos por error en el consentimiento y el dolo omisivo

El artículo 1.261 del CC establece como uno de los requisitos esenciales para que exista un contrato, junto al consentimiento y la causa, el objeto cierto que sea materia del negocio jurídico, de tal manera que a falta de tales requisitos el contrato debe considerarse inexistente y por ello nulo de pleno derecho. Para la concurrencia de este requisito es necesario que en el contrato queden definidos los derechos y obligaciones que asumen las partes como consecuencia del contrato, esto es, las prestaciones que deben realizar y las que tienen derecho a recibir de la contraparte.

Además del objeto y de la causa, la validez del contrato exige la prestación del consentimiento, que en este caso la demanda considera viciado por un error relevante y excusable causado por el dolo omisivo de la entidad bancaria demandada. Tradicionalmente se ha distinguido entre el error obstativo, de un lado, también denominado *error en la declaración negocial* (SAP Madrid, Sección 14, de 3 de septiembre de

2012), determinante de la inexistencia del negocio por falta de uno de sus requisitos esenciales, como es el consentimiento, ex art. 1261 CC , pues se produce una ausencia radical de voluntad; y, de otro lado, el *error sobre el contenido del contrato* , como vicio del consentimiento, que sólo provoca la anulabilidad del contrato. La reiterada doctrina jurisprudencial dictada en torno al error regulado en el artículo 1266 del Código Civil , recopilada, entre otras, en la SAP de León, Sección 1ª, de 1 de marzo de 2012 , recuerda que "para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (STS de 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (STS de 24 de enero de 2003 , 17 de febrero de 2005 y 17 de julio de 2006).

En fin, si para determinar si concurre error invalidante del contrato es preciso que se califique como esencial y excusable, es necesario establecer, en cada contexto concreto, qué es lo esencial y qué es lo excusable, *porque si el error supone el desconocimiento o el conocimiento sustancialmente erróneo de presupuestos básicos para la contratación con un grado razonable de discernimiento, primero hemos de determinar cuáles son esos presupuestos básicos y, muy fundamentalmente, a qué régimen jurídico está sujeto el intercambio de información preciso para determinar si el consentimiento se ha emitido sin error* (SAP León ya citada).

Es importante tener en cuenta, además, uno de los últimos pronunciamientos dictados hasta la fecha por el Tribunal Supremo sobre el error, referido a un contrato de permuta financiera, en un supuesto en el que dicho error fue tratado como vicio del consentimiento, no como error obstativo. Se trata de la STS de 20 de enero de 2014 , que reproduce en parte la de 21 de noviembre de 2012 , y que puede resumirse en los siguientes términos:

1.- Aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien necesitaba de dicha información, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos. El incumplimiento de los deberes de información de la entidad bancaria no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.

2.- La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en la apreciación del error unos criterios razonablemente rigurosos.

3.- El error como vicio de la voluntad concurre cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un contrato es equivocada o errónea. Para que la "representación equivocada" merezca esa consideración, es necesario que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

4.- El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

5.- El error vicio exige que la representación equivocada se muestre como razonablemente cierta. Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración en el momento de la perfección del contrato. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas circunstancias, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. Difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento

del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error .

6.- Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

7.- Cuando resulta de aplicación la LMV, el hecho de que su art. 79 bis.3 imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

8.- Cuando las normas aplicables determinan la existencia de concretos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera, como sucede con la LMV, la existencia de esos deberes incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

Por otro lado, cuando se alega el error como vicio de consentimiento por omisión de los deberes de información de la entidad bancaria, también debe tenerse en cuenta que el *dolo* , como vicio del consentimiento, puede manifestarse a través de conductas pasivas o reticentes que, resultando finalmente engañosas, inducen a contratar a quien no hubiera llegado a hacerlo si el otro contratante hubiera actuado con la debida diligencia y con la buena fe exigible poniendo de manifiesto el alcance del contrato (SAP de León, Sección 1ª, de 1 de marzo de 2012). El TS (sentencia de 5 marzo de 2010) recuerda que la jurisprudencia ha establecido como manifestaciones del dolo no sólo la "insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante" sino también "la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe", omitiendo *hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico* .

SÉPTIMO.- El deber de información de la entidad bancaria

Uno de los principales hechos controvertidos en este procedimiento se refiere a la información proporcionada por la demandada sobre el producto contratado, en una doble vertiente: cuál era la información exigible y cuál la facilitada. La información exigible será analizada en este fundamento jurídico, mientras que la información facilitada se estudiará, junto con la valoración de las pruebas practicadas, en el fundamento jurídico siguiente, en el que se analizarán las pruebas practicadas sobre tal información, su suficiencia, exactitud y corrección. Si la información es inveraz, o si su insuficiencia o inexactitud determinó el error de los contratantes, habrá de examinarse si ello afecta a elementos sustanciales del contrato, relacionados con la finalidad del mismo, si es imputable a uno u otro contratante y si el posible error es excusable.

La información que la entidad bancaria debe facilitar en este tipo de contratos está sometida a una regulación exhaustiva que ha sido analizada en muchas de las sentencias dictadas sobre productos financieros. La ya citada STS de 20 de enero de 2014 señala que *ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de*

la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto. La infracción de esta normativa sectorial, reguladora de los deberes de información y de transparencia, no produce directamente ningún efecto sobre los elementos del contrato, pero es importante reseñar los hitos más relevantes de esta regulación porque en ella se establecen las pautas del deber de información, de modo que marca un listón mínimo en la actuación de las entidades bancarias, superado el cual habrá de concluirse en la existencia de indicios de una adecuada formación del consentimiento; y por debajo de él habrá que estar a lo que resulte de las pruebas, a la aplicación de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, en caso de que no existan pruebas suficientes sobre hechos relevantes y al carácter imperativo, en su caso, de las normas incumplidas (artículo 6.3 CC).

Como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, la carga de probar que la información facilitada fue la exigible según las normas aplicables y las características del caso concreto corresponde a la entidad bancaria demandada, por los principios de disponibilidad y facilidad de la prueba y por la dificultad que tendría para la parte demandante la prueba de un hecho negativo.

En todo caso, no conviene perder de vista que el carácter sinalagmático del contrato no impide, como ha destacado también la jurisprudencia, que deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual, de acuerdo con la norma general del artículo 7 del Código Civil .

La información exigible desde la perspectiva de la normativa sectorial

La normativa sectorial regula con detalle las obligaciones de información que debe cumplir la entidad sobre los productos y servicios que ofrece. Se expondrán, a continuación los preceptos de estas normas que resultan más relevantes para la resolución de este concreto asunto:

1.- *Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.* Su artículo 48.2 establece las obligaciones básicas de las entidades de crédito para la protección de los legítimos intereses de su clientela, que se traducen en:

a). *Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios (...). La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos . (...)*

d). *Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones (...).*

h). *Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán 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 tendrá 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.*

2.- *La Orden de 5 de mayo de 1994*, vigente a la fecha de la escritura, que tenía por finalidad primordial, según su exposición de motivos, *garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios*, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, *exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos y pretende asimismo facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar*. Desde 2007 la Orden resulta de aplicación, por mandado de la Ley 26/1988, a todos los préstamos hipotecarios que recaigan sobre viviendas, aunque su cuantía sea superior a los 150.253,03.- euros fijados en su artículo primero, y supone para las entidades de crédito dos obligaciones básicas:

a). La entrega del folleto informativo, regulada en el artículo 3: *1. Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma .*

b). La entrega de la oferta vinculante, regulada en el artículo 5: " 1. *Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito vendrá obligada a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo. La oferta se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. 2 . En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación a que se refiere el núm. 2 del art. 7, en el despacho del Notario autorizante .*

Las normas específicas sobre préstamos en divisas de la citada Orden son las siguientes:

a). El artículo 7.3.6. señala que en cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario, en el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

b). En el Anexo II, al regular la cláusula de amortización, se establece que dicha cláusula especificará, si se tratara de préstamos en divisas, las reglas a seguir para la determinación del valor en pesetas de cada cuota. En el mismo sentido, en la cláusula sobre intereses ordinarios se especificarán las reglas aplicables para el cálculo en pesetas del importe de los intereses. En la cláusula sobre comisiones, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

3.- *La Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica* , cuyo artículo 19 regula, como antes lo había hecho el RDL 2/2003, los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, en los siguientes términos: *1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original. 2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito.*

4.- *La Ley del Mercado de Valores* fue modificada por *la Ley 47/2007* , para incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/ CE, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La introducción de la distinción entre clientes profesionales y minoristas ha servido para extremar las obligaciones de información en las operaciones realizadas con éstos últimos, en los términos regulados en el artículo 79 bis, que regula exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los clientes potenciales. Son deberes básicos de la entidad bancaria los de diligencia y transparencia -artículo 79 LMV- y específicos los métodos para cumplir con la obligación de información -artículo 79 bis LMV-, que se traducen en un conjunto de derechos exigibles por el cliente y en particular los siguientes, según la sistematización contenida en la SAP de Alicante, Sección 8, de 19 de septiembre de 2013 :

1º.- En la obligación de *comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios* .

2º.- En la obligación de *mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes* .

3º.- En la obligación de prestar información que *deberá ser imparcial, clara y no engañosa* .

4º.- En la obligación de *asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes* .

5º.- En la obligación de prestar a los clientes *información adecuada sobre (...) sobre los instrumentos financieros y... sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los*

riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa .

Como indica la STS de 20 de enero de 2014 , los deberes de información regulados en el artículo 79 bis no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias" (apartado 3).

Con posterioridad a la reforma de la LMV, el ya mencionado *Real Decreto 217/2.008, de 15 de febrero* , sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión ha reforzado los mismos principios inspiradores de la citada reforma. El artículo 60 regula las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa, exigiendo, en primer lugar, que la información sea exacta y no destaque los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible. En segundo lugar, que sea suficiente y se presente de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios. En tercer lugar, que no oculte, encubra o minimice ningún aspecto, declaración o advertencia importantes. Su artículo 64, al regular la información sobre los instrumentos financieros, insiste en incluir en la información que debe facilitarse los riesgos conexos al instrumento financiero de que se trate y especifica que la entidad financiera debe " *proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional* ". Y aclara que esta descripción debe " *incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas* ".

En su apartado 2, concreta que " *en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:*

a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.

b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado , o mercados , en que pueda negociarse.

c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.

d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos ".

El artículo 79 bis 6 establece que cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Esta información es la base del test de idoneidad regulado en el artículo 72 del RD 217/2008 . A través del test de idoneidad se valoran tres bloques esenciales: conocimientos y experiencia del cliente, situación financiera y objetivos de inversión. Siguiendo la información pública de la CNMV (www.cnmv.es), por fijar una referencia homogénea a la que tienen acceso tanto las entidades bancarias como los clientes, se estima que para valorar el primer bloque, con el que se trata de determinar si el cliente puede comprender el producto y los riesgos que conlleva, la entidad financiera debe obtener información sobre los siguientes extremos: (i) Los tipos de servicios, operaciones e instrumentos financieros con que está familiarizado. (ii) La naturaleza, volumen y frecuencia de las operaciones sobre instrumentos financieros y el período durante el cual se han llevado a cabo. (iii) El nivel de formación y su profesión. Sobre su situación financiera (segundo bloque), que debe permitir, entre otras cosas, conocer las necesidades de liquidez o la tolerancia al riesgo, la entidad debe indagar: (i) El nivel y la fuente de ingresos periódicos. (ii) Sus activos - líquidos, inmuebles e inversiones-. (iii) Los compromisos financieros periódicos. Y por último, para saber cuáles son sus objetivos de inversión, la entidad debe recabar información sobre (i) el horizonte temporal deseado para la inversión (ii) las finalidades de inversión (iii) y el perfil de riesgo, fijando

la pérdida máxima que el cliente estaría dispuesto a asumir. Y, en todo caso, si la entidad no obtiene esta información, debe abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente.

El artículo 79 bis 7 de la LMV establece, por lo demás, la obligación de realizar la evaluación de la conveniencia, esto es, de solicitar *al cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada*. El objetivo del análisis de conveniencia es que la entidad obtenga los datos necesarios para valorar si, en su opinión, el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del servicio o producto ofrecido, advirtiéndole en aquellos casos en que juzgue que el producto no es adecuado. Los factores a analizar en el ámbito de la conveniencia, según el artículo 74 del ya citado Real Decreto 217/2008, son: (i) su experiencia inversora, es decir, la naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado; (ii) el nivel de estudios, la profesión actual o anteriores que resulten relevantes, es decir, su nivel general de formación y experiencia profesional; (iii) su nivel general de conocimientos financieros o, lo que es lo mismo, los tipos de instrumentos financieros con los que esté familiarizado.

El TS considera (STS de 20 de enero de 2014) que las entidades financieras deben 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*. El test de conveniencia debe realizarse cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.

Debe citarse, además, el *artículo 70 quáter de la LMV*, que establece que las empresas que presten servicios de inversión deberán organizarse y adoptar medidas para detectar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o su grupo, o entre los diferentes intereses de dos o más de sus clientes, frente a cada uno de los cuales la empresa mantenga obligaciones. Igualmente, deberán aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de interés que sea eficaz y apropiada a su organización, destinada a impedir que los conflictos de interés perjudiquen los intereses de sus clientes.

b) La información exigible desde la perspectiva de la normativa de protección de consumidores y usuarios.

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 y otras leyes complementarias, es también de aplicación a este supuesto, ya que la parte demandante es persona física que ha actuado en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. El artículo 60, sobre la información previa al contrato, establece que "antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

Su artículo 80 establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, éstas deberán cumplir los siguientes requisitos: A) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. B) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. C) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Tienen la consideración de cláusulas abusivas las definidas en el artículo 82 y, en todo caso, las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. También tienen la consideración de cláusulas abusivas (artículo 89), las declaraciones de recepción o

conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

La parte demandada ha discutido que el control de abusividad que se pretende en la demanda pueda proyectarse sobre las cláusulas multivisa, porque considera que forman parte del objeto principal y del precio del contrato. Esta alegación se basa en el contenido de los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13, que establecen que [artículo 3] "1. *Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*". Pero el artículo 4.2 añade: "*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*".

La trascripción de estos dos preceptos evidencia que el control judicial de abusividad por el contenido queda excluido, por mandato del artículo 4.2, en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, siempre y cuando estén redactadas de forma clara y transparente. La idea básica que justifica esta exención del control de contenido es el necesario respecto a la libertad de precios en el marco de una economía de mercado (artículo 38 de la CE), que debe conjugarse con la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces sus legítimos intereses económicos.

Debe citarse, en este punto, la *STJUE dictada el 30 de abril de 2014 en el asunto C-26/13*, a la que se ya se ha hecho referencia en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia, que contiene los siguientes pronunciamientos de interés sobre esta cuestión:

I.- El artículo 4.2. de la Directiva, que no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, debe ser objeto en toda la Unión europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (apartados 37 y 38).

II.- El artículo 4.2 de la Directiva establece una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece, por lo que debe ser objeto de interpretación estricta (apartado 42), sobre los criterios facilitados por el TJUE (apartados 46-50) en sus pronunciamientos sobre el objeto principal del contrato:

a). Deben ser cláusulas contractuales que describan prestaciones esenciales, por contraposición a las cláusulas de carácter accesorio.

b). El hecho de que una cláusula haya sido negociada por las partes en ejercicio de su autonomía contractual y en el contexto de las condiciones del mercado no implica necesariamente que esa cláusula forme parte del objeto principal del contrato, porque las cláusulas negociadas individualmente no entran por principio en el ámbito de aplicación de esa Directiva. Por tanto, no se puede plantear la cuestión de su posible exclusión del ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2.

III.- Desde la perspectiva de las cláusulas relacionadas con la «adecuación entre precio y retribución, por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», el alcance de esta categoría es reducido: *al estar limitada la exclusión de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, no cabe aplicarla cuando se impugna la asimetría entre la cotización de venta de la divisa extranjera, que ha de utilizarse para el cálculo de las cuotas de devolución en virtud de esa cláusula, y la cotización de compra de esa divisa, que se ha de utilizar para el cálculo del importe del préstamo entregado, en virtud de otras cláusulas del contrato de préstamo*. Como el prestamista realmente no realiza ningún de servicio de cambio por el cálculo de las cuotas en divisas, no hay contrapartida a la "retribución", esto es, al sobrecoste asumido por el consumidor.

Mucho antes de estas sentencia del TJUE, la jurisprudencia del TS ya había evolucionado hacia la ampliación la tutela judicial en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato por dos vías:

a) *La apuntada en la STS de 1 de julio de 2010* (y reproducida en otras sentencias, como la ya citada de la SAP Madrid, Sección 28, de 16 de marzo de 2012), que tras el dictado de la STJUE de 3 de junio de 2010, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el TS sobre las cláusulas de redondeo, consideró posible realizar un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a la definición

del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, incluso aunque estuviesen redactadas de manera clara y comprensible, al no haberse incorporado al ordenamiento español el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE y ser los límites impuestos por la norma europea de mínimos, pudiéndose garantizar en un Estado miembro un mayor nivel de protección al consumidor.

b). *A través del denominado control de incorporación y del control de transparencia*, también conocido como "control de abusividad en abstracto" o "doble control de transparencia". La importancia de las últimas sentencias del Tribunal Supremo y, señaladamente, de la de 9 de mayo de 2013, dictada sobre las conocidas como *cláusulas suelo*, radica en que arbitran la posibilidad de controlar en abstracto la abusividad de las cláusulas que definen el objeto esencial del contrato aplicando esos controles de incorporación y de transparencia. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013 definió el control de transparencia como un parámetro abstracto de validez de las cláusulas predispuestas y no negociadas, que se sitúan fuera del ámbito del «error propio» o «error vicio». Es decir, es un control que se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato y que tiene por objeto que el adherente o consumidor conozca o pueda conocer con sencillez, en primer lugar, la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, *la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener*; y, en segundo lugar, la carga jurídica del mismo, es decir, *la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*.

La primera sentencia que hizo referencia detallada al control de transparencia fue la de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012. La verdadera aportación de esta sentencia y de la posterior de 9 mayo de 2013 radica en la aceptación expresa de que el control de inclusión y el control de transparencia pueden proyectarse, a diferencia del control de contenido, sobre los elementos esenciales del contrato. En otras palabras, el control de abusividad por el contenido no puede afectar al objeto principal del contrato, pero sí puede ejercerse sobre las cláusulas que lo delimitan si éstas no cumplen los requisitos de incorporación y transparencia.

- El denominado control de incorporación o inclusión, que en principio tiene su proyección natural en los contratos en los que existan condiciones generales de la contratación, supone de aplicar, en primer lugar, el filtro negativo del artículo 7 de la LCGC: no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato. Salvado ese primer filtro, es necesario superar otra criba, ahora positiva, prevista en este caso en los artículos 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. El mismo razonamiento, aplicado ya a los contratos con consumidores, incluyan o no condiciones generales, nos conduce al artículo 80 del Texto Refundido, que regula los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente en los términos antes transcritos. El primero de los filtros mencionados consiste, pues, en acreditar que el adherente o consumidor no tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. El TS, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, considera suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la "oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas" para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido.

- El segundo de los filtros, aplicado a los contratos con consumidores, se integra ya en el control de transparencia. El Tribunal Supremo, en el auto de 6 de noviembre de 2013, desestimatorio del incidente de nulidad posterior a la sentencia sobre las *cláusulas suelo* recuerda que el control de transparencia de las cláusulas abusivas como diferenciado del previo control de inclusión no es una novedad "inesperada" introducida por la sentencia de 9 de mayo de 2013: *El Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (COM/2000/0248 final) afirma:*

«El principio de transparencia, que constituye la base del artículo 5, presenta distintas funciones según que se asocie a unas u otras disposiciones de la Directiva.

»En efecto, el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando nº 20 [31]) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)».

La doctrina científica ha teorizado también sobre esta cuestión, como se ha puesto de manifiesto en alguno de los escritos de las partes promotoras del incidente y en el del Ministerio Fiscal. Y este Tribunal se había pronunciado ya en ese sentido, declarando la abusividad de condiciones generales por falta de transparencia (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 834/2009, de 22 de diciembre , y núm. 375/2010, de 17 de junio) y considerando el control de transparencia como distinto del mero control de inclusión, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 406/2012, de 18 de junio (...), cuya doctrina es reiterada en la núm. 221/2013, de 11 de abril .

Las aportaciones del Tribunal Supremo sobre el control de transparencia se traducen en las siguientes afirmaciones, contenidas todas ellas en la STS de 9 de mayo de 2013 :

1.- Puede entenderse aplicable a cualquier cláusula predispuesta y no negociada, aunque no sea una condición general de la contratación.

2.- El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes. Es decir, no hay consentimiento sin previo conocimiento, lo que enlaza con las explicaciones ya ofrecidas sobre el control de inclusión o incorporación y con el doble filtro de la transparencia en los contratos con consumidores, que es equivalente al filtro de incorporación más el de transparencia en los de contratos con adherentes no consumidores.

3.- La transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos suscritos con consumidores incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

4.-Es muy importante el apartado 211 de la sentencia de 9 de mayo de 2013 : " *la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de cláusulas abusivas. Es preciso que la información suministrada supere el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato .* La superación de este control implica:

a). Que debe permitir al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato.

b). Que debe identificarse con claridad que esa cláusula incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago.

c). Que el consumidor debe tener un conocimiento real y "razonablemente completo" de cómo esa concreta cláusula juega o puede jugar en la economía del contrato.

d). Que ese tipo de cláusulas no pueden estar "enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro".

e) Que debe garantizarse que la información que obtiene el consumidor le ofrezca la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

5.- Si la cláusula en cuestión no supera el control de transparencia, ello determina la nulidad de la condición general o cláusula predispuesta y en la medida que afecte al consentimiento, objeto o a la causa del contrato (elementos esenciales, según el artículo 1261 del Código Civil -CC -), la posible nulidad del contrato, según los casos, con la necesidad de restitución de todo lo que las partes hubiesen entregado en consideración al mismo (artículo 1303 CC).

c) La información exigible desde el punto de vista de la formación del cliente

Esta perspectiva de la información exigible ha sido ya abordada en el análisis de la Ley del Mercado de Valores en referencia a los clientes clasificados como minoristas, que es el caso que nos ocupa. Cuando, además de esa clasificación, el cliente no tiene formación ni experiencia en este tipo de productos financieros complejos, es necesario extremar la claridad en las explicaciones ofrecidas e incrementar el control sobre el grado de comprensión del contenido del contrato y de sus riesgos. Esta afirmación es especialmente aplicable a los supuestos en que es el banco quien asume la iniciativa de promover la contratación del producto.

La perspectiva del contenido material de la información

La perspectiva del contenido material está muy relacionada con la calidad de la información que facilita la entidad bancaria. Es precisamente antes de llevarse a cabo la contratación cuando se debe ilustrar al cliente sobre las características del producto. En el contenido de la explicación precontractual es esencial que la información aclare todas las circunstancias relativas al funcionamiento y a los riesgos de la hipoteca multdivisa y, en particular:

La incidencia del tipo de referencia aplicable en la obligación de pago del prestatario: índice aplicable, periodos de revisión y evolución pasada y previsible del índice en cuestión.

La determinación de todos los elementos que intervienen en la determinación de las cuotas mensuales. Esas cuotas mensuales equivalen a la representación mental que se hace el prestatario sobre la adecuación entre los recursos de que dispone y la obligación de pago que puede asumir. Por ello, es esencial que los elementos que influyen en su determinación se expliquen de forma clara, con apoyo de simulaciones si es preciso.

La forma de aplicación de las cuotas amortizadas y en qué medida se aplican a reducir el capital, los intereses o ambas partidas.

Los distintos niveles de riesgo identificados en el fundamento jurídico cuarto y vinculados al genérico riesgo de fluctuación de la moneda, es decir:

Que con el mismo esfuerzo económico en la moneda funcional, la capacidad de reducir la deuda, el capital prestado, puede ser inferior a lo previsto si la divisa se aprecia sobre el euro.

Que las cuotas de amortización periódicas pueden variar, además de por el tipo de interés aplicable, por el cambio aplicable a las monedas, siendo incluso probable que esa variación sea mucho más acusada que la que producen las modificaciones del Libor.

Que el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en divisa no se limita a ser una simple representación inicial del capital prestado, sino que actúa como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en divisa, lo que supone la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital y, a la vez, hace posible que la cuantía del propio capital se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas.

Que precisamente porque esas variaciones imprimen al préstamo hipotecario un riesgo muy elevado el propio banco debe protegerse y para ello se reserva la facultad de darlo por vencido anticipadamente si el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización fuese superior en más de un 20% al resultado de aplicar al mismo importe el valor de cambio de la divisa o si el valor de tasación de las fincas llega a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento.

Que estos dos elementos de protección que el contrato dispensa a la entidad bancaria no tienen un contenido correlativo para la protección del consumidor frente a idéntico riesgo de fluctuación, por lo que el consumidor debería proveerse por sus propios medios de elementos de seguridad equiparables.

Que el aparente beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés (LIBOR) puede quedar neutralizado con el riesgo de sobre coste de amortización del capital si éste queda sometido al mencionado sistema de recálculo permanente.

Que la opción de cambiar la divisa aplicable al préstamo supone una previa consolidación en euros del capital prestado, esto es, la materialización en euros del incremento que la fluctuación de las monedas tiene sobre el principal prestado.

Que esta opción, además del citado inconveniente, está limitada al puntual cumplimiento por el prestatario de todas las obligaciones de pago, que en otro caso queda atrapado en la evolución de la divisa de que se trate.

Que todos estos riesgos tienen dificultad añadida, y es que el prestatario, para optimizar las posibles ventajas que para un consumidor supone la contratación de este tipo de hipoteca, deberá tener en cuenta múltiples factores, todos los meses, para tomar la decisión más adecuada sobre la divisa aplicable y sobre la forma de gestionar su pago, ya con su contravalor en euros, ya mediante la puesta a disposición del banco de la divisa de pago.

Respecto a la forma de transmitir esta información, los parámetros de calidad en productos complejos como el que nos ocupa implican recursos como (i) la realización de simulaciones con todos los escenarios posibles; (ii) favorecer el tiempo de reflexión facilitado al cliente, aunque este no lo pida expresamente, sobre la conveniencia de suscribir la orden de compra; (iii) la facilitación de borradores de la documentación contractual para que el cliente pueda consultarlos en su casa o contrastarlos con terceras personas, con conocimientos especializados; (iv) la explicación de la información necesaria a todos los titulares que van a suscribir el producto, y no sólo a uno de ellos; (v) la plena adecuación entre el resultado de los test de conveniencia e idoneidad, siempre que sean rigurosos, y el producto ofrecido o contratado; y (vi) la entidad debe adoptar todas las medidas necesarias para que la información verbal, que es la que asume el cliente con mayor facilidad, recopile todos los datos relevantes, esencialmente sobre los factores de riesgo, cuando sea previsible que por una eventual relación de confianza y/o por el tamaño y contenido técnico de la documentación contractual el cliente no va a leer detenidamente todos los documentos que se le ponen a la firma. Se trata, con esta cautela, de evitar la firma de declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, así como las declaraciones de adhesión o conformidad a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad efectiva de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

OCTAVO.- La carga de la prueba y la valoración de las pruebas practicadas

La valoración de las pruebas practicadas sobre los hechos controvertidos debe partir de la consideración de que es carga de la prueba de la parte demandada, como antes se ha anunciado, acreditar que la información facilitada a los demandantes fue suficiente y eficaz, tal y como sostiene la contestación a la demanda.

Los datos relevantes que han quedado acreditados son los que se detallarán a continuación, intentando ordenar en la medida de lo posible los hechos relevantes siguiendo el iter lógico de la contratación.

1.- *La iniciativa contractual* para agrupar y modificar los dos préstamos vigentes a julio de 2008 fue del demandante D. Miguel Victor , pero no existe ninguna prueba que acredite que solicitara de forma expresa una hipoteca multidivisa. Sí ha reconocido que expuso al banco su necesidad de refinanciar su deuda porque le costaba hacer frente al pago de las amortizaciones mensuales, pero no consta que tuviera conocimiento previo de la existencia de esta modalidad de hipotecas ni que se interesara de forma expresa por ella. En la contestación a la demanda (página 20) se afirma que los demandantes, antes de contactar con Barclays estaban "al tanto de las implicaciones de contratar un préstamo multidivisa porque ya habían solicitado la misma operación a Bankinter". Sin embargo, Bankinter ha informado que no tiene ningún dato ni documentación respecto a la posible facilitación a los demandantes de información sobre una hipoteca multidivisa. Lo lógico (al menos según la previsión legal) es que si Bankinter hubiera aprobado la concesión de una hipoteca constar algún rastro informativo o documental en sus bases de datos, como por ejemplo, la oferta vinculante. Por otro lado, la comercial que se encargó de la operación, D^a Purificación Candelaria , en su declaración testifical, desmiente realmente esta versión, porque lo que recuerda no es que los demandantes vinieran ya informados y con la operación aprobada por Bankinter, sino que ante la resistencia del departamento de riesgos a aprobar la información se utilizó, a modo de elemento de presión, el argumento de que Bankinter había aprobado la operación, sin poder ofrecer más datos. Se entiende que, aunque fuera cierto que el demandante presionara con la competencia de otra entidad bancaria, una profesional de la banca no debe dar por buena una versión verbal de sus clientes sobre las condiciones de otra entidad sin pedir una mínima acreditación escrita de esas condiciones y, desde luego, D^a Purificación Candelaria no comprobó si realmente existía esa oferta de un banco de la competencia.

2.- *La información precontractual escrita* es sencillamente inexistente. No se realizó oferta vinculante, según la contestación a la demanda, porque el crédito no superaba los 150.253,03.- euros, en referencia al límite fijado inicialmente en la Orden de 5 de mayo de 1994, sin tener en cuenta que desde la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, la Orden resulta de aplicación, por mandato del artículo 48 de la Ley 26/1988 , a todos los préstamos hipotecarios que recaigan sobre viviendas, aunque su cuantía fuera superior a los 150.253,03.- euros fijados en el artículo primero de la citada Orden. No se ha aportado tampoco el expediente del préstamo, la evaluación de la solvencia de los demandantes, los informes del departamento de riesgos ni ningún otro documento. La entidad bancaria incumplió, además, su obligación de ofrecer un instrumento de cobertura, conforme al artículo 19 de la Ley 36/2003 y de incluir la propuesta en la oferta vinculante.

Cabe precisar en este punto que esta absoluta ausencia de documentación precontractual es contraria al criterio del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que en su Memoria del año 2012 explica:

En el expediente NUM003 , los reclamantes denunciaban el proceder de la entidad en relación con la contratación de una hipoteca multidivisa referenciada a yenes, que, según ellos, se realizo# sin ningún tipo

de transparencia ni diligencia, pues indicaban que nunca tuvieron conocimiento de las condiciones reales del préstamo hasta la firma de este. El Servicio se pronunció sobre las siguientes cuestiones:

**Información previa a la contratación de la financiación: Es criterio de este Servicio de Reclamaciones que, como profesionales que son las entidades en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, les es exigible que faciliten una información financiera completa y comprensible de los productos que estos contratan. A la vista del documento de solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria suscrito, se acreditaba la formalización de la solicitud de financiación varios días antes a la fecha de la escritura, y que en él se establecía expresamente que se trataba de un préstamo en yenes y también se indicaba la forma de determinación del tipo de cambio aplicable a la conversión, por lo que no cabía alegar desconocimiento por la parte reclamante de la naturaleza del préstamo que iba a formalizar, así como de la existencia de un riesgo de cambio derivado de la aplicación del contravalor de la divisa elegida a euros.*

Ahora bien, en cumplimiento de los principios de transparencia y claridad que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, estos deben estar en condiciones de conocer con suficiente antelación las condiciones a las que se van a obligar antes de formalizar los correspondientes contratos, criterio que, para eliminar posibles problemas derivados de una negociación verbal, contempla la propia normativa de transparencia al exigir que se incorporen todas las condiciones financieras esenciales de la financiación ofrecida en las ofertas vinculantes que las entidades deben entregar a los solicitantes (particulares) de préstamos hipotecarios sobre viviendas de cuantía igual o inferior a 150.253,03€, y que este Servicio hace extensivo, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, a todos los préstamos hipotecarios de tales características, cualesquiera que sean su importe y la forma como se facilite esa información.

Conforme a lo anterior, este Servicio estimo que la entidad financiera se apartó de las buenas prácticas financieras al no ser aportado el documento de información previa que este Servicio considera necesario conforme a las buenas prácticas bancarias, pues esta sería la vía que permitiría comprobar que fue aportada toda la información relevante sobre la operación, y que, dada la especial naturaleza de préstamo en divisas de la operación reclamada, debía incluir menciones a la divisa del préstamo, moneda de pago, cálculo del importe en euros de cada pago, reglas aplicables para el cálculo en euros del importe de los intereses, comisión de apertura, que deberá incluir cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo, y, en su caso, las cláusulas especiales que faculten a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo.

También ha quedado acreditado, a través del documento presentado por los demandantes en el acto del juicio, que en otras reclamaciones relacionadas con hipotecas multidivisa, como la dictada en el expediente NUM004, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha reiterado el contenido de la resolución transcrita en relación con la hipoteca multidivisa comercializada por Barclays Bank y que la omisión de la oferta vinculante y de la información precontractual escrita implica una falta de transparencia no ajustada a una actuación acorde con las buenas prácticas bancarias. El Banco de España hace las siguientes precisiones a la entidad bancaria: la información precontractual y/o publicitaria ofrecida en estos casos ha de contener los datos más relevantes sobre las características y riesgos de los préstamos multidivisa, de tal forma que los clientes estén en disposición de formarse una opinión fundada y real sobre sus características esenciales para evaluar si se ajusta a sus necesidades, perfil y situación financiera. El cliente ha de estar en condiciones de percibir que se le está informando sobre un producto que le expone a un riesgo de tipo de cambio, de forma que no se haga énfasis de manera exclusiva sobre los posibles efectos positivos del ahorro producido por el diferencial entre los distintos tipos de interés aplicables y se haga mención (o se haga pero de forma que difícilmente puede llamar la atención del potencial cliente) a los efectos negativos del tipo de cambio. La simulación de cuotas ha de ser entregada a los clientes en el momento de la comercialización, siendo deseable también que la entidad la aporte (junto con la acreditación de dicha entrega) a los expedientes para su debida valoración. En todo caso, deberán estar respaldadas por hipótesis financieras razonables e indicar de forma clara que las previsiones no son necesariamente un indicador fiable de los resultados futuros. Sería recomendable que la entidad se asegurase de que en todos los canales de comercialización de este tipo de préstamos se facilite el folleto informativo correspondiente con todas las condiciones financieras sexenales de la operación. Consideramos especialmente relevante que en dicho folleto informativo, y el caso de no existir (como parece haber ocurrido aquí, de acuerdo con las alegaciones de Barclays Bank), en el documento de solicitud de financiación formalizado por los clientes se indique, además, las medidas que conforme al contenido de la escritura puede adoptar la entidad en caso de que una evolución adversa del tipo de cambio provoque que (...) el contravalor del préstamo en divisas a euros exceda del capital inicialmente concedido.

3.- *La información que Barclays recabó de los demandantes* fue muy escasa y limitada a sus ingresos. En el documento 12 de la contestación no consta otra información y D^a Purificación Candelaria ha declarado que no indagó en su perfil, ni en su formación, ni su experiencia en productos de riesgo ni en su conocimiento y/o experiencia del mercado de divisas. También ha reconocido que no realizó ningún tipo de test, que la entidad no considera necesario. Este tribunal discrepa de esa opinión y considera que la entidad bancaria debió realizar el test de conveniencia a los demandantes, como ya se ha explicado e incluso, aunque la entidad bancaria no considerara de aplicación la LMV, debió recabar los datos necesarios para conocer la formación, la experiencia y demás circunstancias de los demandantes, aunque sólo fuera por una aplicación elemental del artículo 48 de la Ley 26/1988 y por la necesidad de fijar el umbral adecuado de la información que los demandantes necesitaban para entender los riesgos y el funcionamiento de la hipoteca multidivisa. Debió indagar para ello en su experiencia inversora, en su nivel de estudios, en la profesión actual o anteriores que resultaran relevantes, en su nivel general de formación y experiencia profesional y en su nivel general de conocimientos.

4.- Sobre la *información precontractual verbal*, las declaraciones de la empleada de Barclays, D^a Purificación Candelaria, de la que se desprendería formalmente un adecuado nivel de información no tienen, a juicio de este tribunal, la credibilidad suficiente para entender que ese proceso de información verbal supliría las carencias de la información precontractual escrita. En la siempre delicada tarea de valorar la credibilidad de las distintas versiones personales ofrecidas sobre unos mismos hechos, es evidente que la versión del demandante, al declarar como parte, no puede ser tomada por válida, por lo que sólo puede tenerse en cuenta en lo que le perjudique o en lo que resulte corroborado por otros elementos de prueba. La versión contraria es la de empleada de la demandada, que, aunque es teóricamente tercera ajena al proceso y a las partes, es verdaderamente protagonista de los hechos e intenta defender su propia actuación profesional, por lo que su declaración deben ser valoradas con mucha cautela. Y en este caso, no es prueba suficiente de la adecuada información verbal facilitada por las siguientes razones:

a). Porque, como valoración global, se ha advertido que la testigo intenta mantener su declaración en una versión formal de los hechos apegada a la tesis de la contestación a la demanda, pero ese apego pierde consistencia cuando debe responder a preguntas concretas, sobre las que las respuestas son vagas, imprecisas o simplemente inexistentes, por la falta de recuerdo de los extremos inquiridos: los requisitos internos fijados por la entidad para el ofrecimiento de esta modalidad de hipotecas, la vinculación entre el riesgo de incremento de capital y los elementos de protección de los que se dotó la entidad bancaria para protegerse de ese riesgo, que realmente son desconocidos para la testigo, o las evasivas con las que responde a los riesgos concretos sobre los que informó, aludiendo de forma sistemática a conceptos generales como el largo plazo de la hipoteca, su forma de actuar general ("informar de todo a todos los clientes") y el riesgo genérico del tipo de cambio.

b). Porque carece de credibilidad y de coherencia la aparente excelencia de la información verbal facilitada en su contraste con la llamativa, por absoluta, inexistencia de todo soporte documental precontractual, informativo o de apoyo a una explicación verbal. Si se tiene en cuenta la explicación de los riesgos realizada en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución, se entenderá que es muy difícil hacerse una idea cabal del funcionamiento de una hipoteca multidivisa, máxime en personas del perfil de los demandantes, sin un adecuado apoyo visual, documentado y escrito: explicaciones gráficas, simulaciones, ideas fuerza... Una información verbal precisa, al menos en las condiciones que concurren en la valoración de estas declaraciones testificales, no es creíble sin la aportación de esos soportes escritos. La Sra. Purificación Candelaria no disponía de un borrador de la escritura (pese a que las cláusulas multidivisa se exponen en contenidos-modelo), ni pudo explicar a los demandantes la correspondencia entre la información verbal eventualmente facilitada y los contenidos concretos de esta escritura, lo que hubiera sido necesario para despejar todas las dudas que suscita la falta de claridad de la escritura en cuestión. Tampoco disponía del modelo de carta que tendría que cumplimentar los demandantes para el cambio de moneda, ni pudo mostrársela, en consecuencia.

d). Porque la testigo no tenía ninguna formación en la materia, por lo que es difícil que pudiera explicar correctamente todas las implicaciones de una hipoteca de estas características. De hecho, en su propia declaración acaba haciendo abstracción del riesgo real de incremento del capital prestado y refiere las simulaciones que dice haber realizado al importe de las cuotas, pero sin ejemplos concretos de cómo la fluctuación de los tipos de cambio podía afectar al capital y de cómo el cambio de divisa consolidaba el aumento de la deuda. La testigo equipara lo que denomina "simulación" con la indicación del contravalor en euros del capital inicial y en los efectos del tipo de cambio sobre las cuotas mensuales, de modo que los

escenarios adversos quedarían limitados a un incremento de esas cuotas, sin entrar en los detalles del resto de los riesgos asociados al tipo de cambio.

e). Porque no es creíble que la testigo informara cumplidamente de cómo podía materializarse el riesgo de fluctuación de la divisa y, en particular, de cómo podía afectar al capital pendiente de pago, si, al mismo tiempo, no entiende ni es capaz de explicar la garantía adicional que se procuró el banco ni es consciente de la facultad de resolución que ese riesgo conllevaba si el valor de tasación se colocaba por debajo del 125% del contravalor en euros o si ese contravalor en euros era superior en más de un 20% al resultado de aplicar al mismo importe el valor de cambio de la divisa.

f). Porque tampoco es coherente que, si informó cumplidamente de todos riesgos, no ofreciera un seguro de tipo de cambio. Tampoco encaja que el requisito aplicable a las hipotecas multidivisa fuera que la cuota mensual no superara el 30% de los ingresos de los prestatarios, se supone que como medida de control del riesgo, y que al mismo tiempo no se tuviera en cuenta que la cuota podía dispararse, como de hecho sucedió. Si los ingresos fijos de los demandantes se cifraron en 1.091+1.416 euros, el límite del 30% se situaría en 752.- euros. La entidad bancaria debió computar como ingresos reales otras percepciones ("en B" dice el documento 12), de 20.000.- euros mensuales, cuando por la propia dinámica de ese tipo de ingresos era un tanto arriesgado computarlos como una fuente de ingresos fija y estable si al peligro de su desaparición se unía el del incremento sustancial de las cuotas mensuales.

g). Porque, en todo caso *la calidad de la información facilitada no pudo ser la adecuada*. De todo lo expuesto hasta ahora se deduce que los demandantes carecían de las condiciones estructurales previas necesarias para procesar con facilidad los riesgos de la hipoteca multidivisa. Las posibles simulaciones a las que se refiere la testigo eran, en el mejor de los casos, parciales e incompletas. No se acompañaron con ejemplos reales de funcionamiento, ni se facilitó el borrador de la escritura, ni se aplicó un adecuado control de comprensión.

h). Porque no fue la testigo, sino el director de la sucursal, D. Adrian Inocencio, quien inició y finalizó el proceso de contratación y modificó la previsión inicial de fijar como moneda el franco suizo para establecerla en el yen, sin que consten ni se hayan explicado los motivos de este cambio. La entidad demandada, a la que corresponde la carga de la prueba, no ha propuesto la declaración de este testigo, por lo que debe correr con los efectos adversos de la falta de acreditación de esos concretos extremos.

6.- *El contenido de la escritura pública no supera el control de transparencia sobre los riesgos de la cláusula multidivisa*. A la firma de la escritura pública concurrieron por Barclays dos apoderadas que no habían tenido ninguna relación previa con los demandantes ni con la hipoteca en cuestión, de modo que ni siquiera los conocían y no podrían solventar las dudas que eventualmente se plantearan. Ya se ha indicado que era esencial el fin de la refinanciación y no consta que se hiciera una entrega física de los yenes, sino que se hace una conversión automática a euros, que es realmente la moneda que se entrega, por más que esté indexada a yenes. Y, además:

a). La cláusula 2ª-II ("amortización del préstamo") es, desde la perspectiva del deudor hipotecario, un apartado clave porque en él se explican las cuestiones más relevantes de la carga económica del préstamo: el número de cuotas (336), el destino de las amortizaciones mensuales (capital e intereses), el importe de la cuota mensual (en este caso, 161.084 JPY) y la forma en que esa cuota variaría a lo largo de la vida del préstamo. En esa cláusula no sólo no se hace referencia alguna al riesgo de fluctuación de las monedas, pese a que sería necesario que así fuera para cumplir con el estándar mínimo de transparencia, sino que además se ofrece información mendaz sobre la variación de las cuotas, que sólo se alterarían *en función de las revisiones del tipo de interés* (cláusula 2ª-II.a), añadiendo además que "*de no modificarse el tipo de interés, la cantidad a pagar comprensiva de la amortización de capital e intereses no sufrirá variación alguna*" (cláusula financiera 2ª.II.g).

b). En la cláusula financiera 2ª.II.c), al regular la restitución del capital de forma progresiva, debió explicarse como el capital podía verse incrementado por el riesgo de fluctuación. Se omitió toda explicación al respecto y sólo se dijo: *calculándose la cantidad a pagar en concepto de amortización de capital e intereses en base al tiempo de duración del préstamo, en el momento en que se calcule la cuota y al tipo de interés vigente en dicho momento, de forma tal que con el pago de la cantidad resultante, al vencimiento del préstamo queden saldadas las obligaciones por principal e intereses de haberse atendido los pagos en las fechas pactadas*.

c). El tipo de interés de referencia pactado (LIBOR a un mes) más un diferencial de 0,82 puntos porcentuales sólo se fijó para las amortizaciones en divisas, de modo que no quedaría claro el tipo de interés de referencia para el caso de que las amortizaciones se abonaran en euros y debe entenderse que esta

moneda era tratada como una divisa sin más cuya modificación no implicaba el cambio en el tipo de interés de referencia para su sustitución por el Euribor.

d). La forma y procedimiento de pago de las cuotas , que antes se ha transcrito, implicaba que la transformación de la moneda, en caso de que la parte prestataria eligiera en cualquiera de tales periodos una moneda distinta a la del anterior, no constituía novación o modificación alguna del préstamo. Es más: el principal del préstamo *quedaría representado* (es decir, no fijado, establecido o convertido, sino "representado") en la nueva moneda elegida y el importe de ésta (es decir, el importe de la moneda, no el importe del principal adecuado) se obtendría por la cotización de la anterior moneda en relación a la nueva. Tampoco en este apartado se hace referencia alguna a los efectos del riesgo de fluctuación, ni siquiera al establecer la forma en que el principal del préstamo quedaría representado en la nueva moneda elegida y sólo en otro lugar de la escritura, se estableció como condición necesaria para que los prestatarios ejercitasen la opción de transformación de la moneda el estar al corriente de las obligaciones de pago (cláusula financiera 1ª.a), página 18).

e). Las causas de resolución anticipada que se establecieron en la cláusula financiera 6ª bis.1. no están destacadas, están muy alejadas de la estipulación adicional 1ª, que es la única que menciona el riesgo de tipo de cambio, y pasan inadvertidas para clientes del perfil de los demandantes, habida cuenta, además, de que la responsabilidad hipotecaria ya incluía, además del contravalor en euros de la suma prestada, un 25% adicional en aseguramiento de la fluctuación de la moneda.

En definitiva, la escritura no proporcionaba información transparente y de calidad sobre la determinación de todos los elementos que intervienen en la determinación de las cuotas mensuales, la forma de aplicación de las cuotas amortizadas y en qué medida se aplican a reducir el capital, los intereses o ambas partidas ni sobre los distintos niveles de riesgo identificados en el fundamento jurídico cuarto y vinculados al genérico riesgo de fluctuación de la moneda, es decir: (i) Que con el mismo esfuerzo económico en la moneda funcional, la capacidad de reducir la deuda de capital puede ser inferior a lo previsto si el yen se aprecia sobre el euro. (ii) Que el mayor riesgo de variación de las cuotas de amortización no estaba en las oscilaciones del tipo de interés aplicable, sino en el cambio aplicable a las monedas. (iii) Que el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente actúa como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en yenes, lo que supone la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital y, a la vez, hace posible que la cuantía del propio capital se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas. (iv) Que precisamente porque esas variaciones imprimen al préstamo hipotecario un riesgo muy elevado el propio banco debe protegerse y para ello, además de fijar la responsabilidad hipotecaria por el contravalor en euros más un 25% adicional, en los casos mencionados, por lo que los prestatarios deberían arbitrar sus propias medidas de protección, que carecen de correlativo lógico en el contrato. (v) Que la opción de cambiar la divisa aplicable al préstamo supone una previa consolidación en euros del capital prestado, esto es, la materialización en euros del incremento que la fluctuación de las monedas tiene sobre el principal prestado.

En estas condiciones, la estipulación adicional 1ª, alejada de todas las cláusulas anteriores en la que los prestatarios manifestaron conocer los riesgos derivados del cambio de moneda no pasa de ser una declaración de ciencia ficticia, porque ni la información precontractual escrita y verbal ni la propia escritura fueron suficientes ni adecuadas para que esa información realmente fuera explicada a los demandantes y comprendida por ellos.

NOVENO.- Las consecuencias jurídicas aplicables.

La correlación entre las normas citadas en esta sentencia y el resultado de las pruebas practicadas supone la aplicación de las siguientes consecuencias jurídicas:

1.- *Los contenidos de la escritura referidos a la opción multdivisa no superan el control de transparencia y deben reputarse nulos por abusivos.* En la aplicación de esta consecuencia jurídica deben distinguirse dos niveles:

a). Aunque se trata de contenidos que se refieren al objeto principal del contrato, **pueden ser objeto de control de abusividad precisamente por no superar el control de transparencia** . Como indica la STJUE de 30 de abril de 2014 , *la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas*

a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo . Y este objetivo no se consiguió en la escritura. Las razones por las que se concluye en la no superación de ese control, ni el correlativo control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato son las que se exponen a continuación, siguiendo los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013 :

Tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (*la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener*) ni la carga jurídica del mismo (*la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*) .

No existe documentación precontractual que incluya simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del LIBOR, del Euribor o del tipo de cambio euro/yen en el momento de contratar.

Tampoco existe documentación precontractual que contenga información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

La escritura no cumple (siempre en referencia a los contenidos multidivisa) los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez legalmente exigibles.

Aunque los demandantes pudieron percibir que se trataba de contenidos que definían el objeto principal del contrato y que podían incidir en el contenido de su obligación de pago, no pudieron tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo esos contenidos podían jugar en la economía del contrato.

La única advertencia real sobre el riesgo de fluctuación está enmascarada junto con la exhaustiva información sobre protección de datos, de forma que se dificulta su identificación y la comprensión de la importancia de lo que considerado aisladamente sería claro, porque está inmerso en otras informaciones que diluyen la atención de los demandantes, en su condición de consumidores.

No se garantizó que la información obtenida por los demandantes, en su condición de consumidores, les ofreciera la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

b). La falta de transparencia de esos contenidos no tendría por qué suponer necesariamente que estemos ante cláusulas desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor. La jurisprudencia comunitaria elaborada en la interpretación de la Directiva 93/13 ha ido perfilando los criterios que deben tenerse en cuenta al analizar la abusividad de una determinada cláusula, algunos de ellos generales, esto es, aplicables en principio respecto de cualquier cláusula, y otros específicos para cada una de las cláusulas más habituales en los contratos con consumidores, como la que fija el interés de demora o la del vencimiento anticipado. La STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C 415/11) es importante en cuanto recopila las indicaciones que expone sobre los criterios generales, en aplicación de los cuales deberá el juez nacional decidir el concreto carácter abusivo de una cláusula.

Pues bien, con carácter general, para cualquier cláusula incluida en un contrato de consumo y no negociada individualmente, habrá que tener en cuenta los siguientes parámetros: (i) La naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato. (ii) Todas las circunstancias que concurran en su celebración. (iii) Respecto de los parámetros de la " *buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato* ", la Directiva únicamente fija los conceptos abstractos, por lo que habrá que atender a " *las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido* ", mediante un " *análisis comparativo* " con el que podrá valorarse " *si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente* ". (iv) Medios de los que dispone el consumidor " *con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas* ". (v) Para constatar si se han respetado las exigencias de la buena fe, el juez nacional debe comprobar " *si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual* ". La aplicación de estos criterios al presente caso implica la **consideración de abusividad en los contenidos relacionados con la multidivisa** , por los siguientes elementos de juicio:

Es evidente el carácter no negociado de las cláusulas que regulan la aplicación de la opción multidivisa. Se trata de un clausulado general redactado unilateralmente por la entidad bancaria y así se hace constar de forma expresa en la escritura pública. En todo caso, correspondía a la entidad bancaria la carga de probar que estas concretas cláusulas fueron objeto de negociación individual, por lo que, no existiendo prueba alguna en este sentido, debe concluirse que nos hallamos antes cláusulas predispuestas y que se cumple el primero de los requisitos precisos para entrar el control de abusividad.

En relación con la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, es importante destacar que el contrato, por un lado, afecta a la vivienda habitual de los demandantes y, por otro, responde a la necesidad de renegociar los préstamos anteriores. La entidad bancaria, que debió analizar la situación económica de los demandantes, tuvo que ser consciente de esa realidad, que de hecho quedó plasmada en el contrato al elevar la necesidad de refinanciación a categoría de finalidad esencial, lo que aleja el contrato de cualquier ánimo especulativo y lo sitúa en el ámbito doméstico de la necesidad de reducir las cuotas de la hipoteca con la simple intención de poder pagarlas.

Sobre las circunstancias de la contratación, se da aquí por reproducido el contenido del fundamento jurídico anterior sobre el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de sus obligaciones legales y del particular incumplimiento del deber de información. Dice la SAP Álava, Sección 1ª, de 9 de diciembre de 2013 : *en el ámbito de la contratación o intervención bancaria, y, en general, de las entidades financieras, la importancia de la negociación previa y de la fase precontractual alcanza especial intensidad, exigiéndose un plus de atención y diligencia por parte de la entidad que comercializa u ofrece, y dentro de su actividad que no es gratuita, los productos financieros al informar al cliente, precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente* . O, en palabras de la SAP Baleares, sección 3, de 13 de noviembre de 2012 (ROJ SAP IB 2185/2012) : *en el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor, la información es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual. Por ello el legislador obliga al empresario, el banco o la entidad financiera a desarrollar una determinada actividad informativa* .

Los parámetros de la "buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato": (i) se vieron vulnerados por el desajuste apreciado en la forma en que la entidad bancaria redactó sin previa negociación con los demandados los elementos contractuales que le protegían del riesgo de fluctuación, con importantísimos efectos sobre los derechos de los demandantes, que podían ver resuelto de un día para otro un contrato programado con veintiocho años de duración y por circunstancias completamente ajenas a su comportamiento contractual. Esa autoprotección del banco no fue acompañada de una información honesta y leal sobre la forma en que ese mismo riesgo afectaba a los prestatarios; y (ii) si entramos en el análisis comparativo exigido por el TJUE para valorar si -y, en su caso, en qué medida- estas cláusulas dejan a los consumidores en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente, la diferencia es sustancial. El artículo 1.753 CC , regulador del contrato de préstamo, establece que el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor *otro tanto de la misma especie y calidad* . Y el artículo 1170 establece que el pago de las deudas en dinero debe hacerse en la especie pactada. Por tanto, el derecho aplicable en defecto de pacto impide que el acuerdo sobre la especie afecte a la clase de divisa en que se ha efectuado el préstamo y sobre todo, y esto es esencial, no puede modificarse el "tanto" de lo prestado.

Los medios de los que disponen los consumidores con arreglo a la normativa nacional para el cese de este tipo de cláusulas abusivas son limitados. La ejecución hipotecaria se ha tramitado, de hecho, y no puede destacarse la posibilidad de que el análisis de los posibles motivos de abusividad vinculados a la cláusula multidivisa se remita al procedimiento declarativo, lo que evidencia que los consumidores no siempre pueden promover el cese de estas cláusulas cuando son demandados por el banco, o al menos no en condiciones de una razonable seguridad jurídica, por lo que se ven obligados a acudir a un proceso declarativo y se encuentran, finalmente, en una situación similar a la de los deudores hipotecarios demandados de ejecución antes de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y de la reforma introducida en la LEC por la Ley 1/2013.

En la comprobación de " *si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual* ", este tribunal considera que ha quedado suficientemente justificado que la respuesta sería negativa. Es evidente que un consumidor cuyos ingresos y gastos lo son exclusivamente en euros, que carece de formación académica y financiera y de cualquier relación con el mercado de divisas y que necesita financiación para conservar un bien básico, como lo es la vivienda, no asumiría conscientemente la posibilidad de deber más de

lo que recibe y de obligarse a pagar cuotas cuya cuantificación no puede conocer sobre razonables parámetros de certeza si recibe una información completa, leal y equitativa sobre las consecuencias y riesgos que ello supone.

El desequilibrio apreciado perjudica al consumidor, por la precaria situación jurídica que ocupa en el contrato ante el riesgo de fluctuación de moneda y porque, como resulta de la prueba pericial, existe un perjuicio económico real que ha supuesto (i) el incremento de las cuotas, hasta el punto de no poder hacer frente a su pago; (ii) la constatación de que a 30 de julio de 2013, con un préstamo tradicional en euros, el principal pendiente de pago sería inferior en 75.730,57.- euros a lo realmente debido con la aplicación de la cláusula multidivisa.

c). En particular, resulta abusiva la cláusula de asunción de riesgos, que se considera ficticia

. El ya citado artículo 89 del TRLGDCU establece que, en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato. Es interesante, sobre esta concreta cuestión, la SAP Baleares, sección 3, de 13 de noviembre de 2012 (ROJ SAP IB 2185/2012), que después de señalar que " *en la práctica, se suele hacer constar en los contratos que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, manifestaciones formales de haber sido, efectivamente, informados, con lo que se pretende que quede acreditado documentalmente el cumplimiento de las obligaciones legales de información a cargo de las entidades* " (...) explica " *que la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia en tal sentido en el caso del inversor, básicamente, que conoce los riesgos de la operación- no significa, sin embargo, que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituye un presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información* ". Distingue a continuación dos contenidos diferentes de los contratos, estrechamente vinculados porque " *las declaraciones de ciencia iluminan el curso del proceso mental que concluye con la formación de la voluntad interna expresada en la correspondiente declaración* ".

- Las manifestaciones de voluntad, como " *exteriorización de un hecho psíquico interno destinado a producir efectos jurídicos de manera que cuando éstos son los queridos por el agente nos hallamos ante una declaración de voluntad* ".

- La declaración de ciencia, que está dirigida a " *dejar constancia de una serie de hechos, situaciones o características que han de acompañar a la declaración de voluntad para que ésta produzca efectos jurídicos* ". Lo que distingue la declaración de voluntad de la de ciencia es que esta última, contiene una referencia a la realidad que la primera no precisa: " *una declaración de ciencia es, en efecto, una expresión de que el negocio se ha realizado en un determinado contexto, bajo una situación, o tomando en consideración ciertos hechos* ".

Y continúa la sentencia que se analiza: " *esta diferencia entre declaración de voluntad y declaración de ciencia, tiene una repercusión en cuanto a los vicios que pueden afectar a una u otra. Así, la declaración de voluntad puede verse afectada por el error vicio de la voluntad que da lugar a la anulabilidad del contrato. En cambio, las declaraciones de ciencia pueden perder eficacia, además de por vicios en el consentimiento, si se demuestra que la correspondencia con la realidad que contienen es inexistente, si el hecho al que se refieren no se dio, si el dato influyente en la conclusión del contrato no existía o era distinto del que se tuvo en cuenta en el momento de celebrarlo* ".

Todo ello conduce a considerar que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refieren son inexistentes o "ficticios", como sucede en este caso, en el que la presunción de que la correspondencia con la realidad que indican que se genera ha quedado desvirtuada por las pruebas practicadas.

2.- La entidad bancaria vulneró las normas legales aplicables, en el siguiente sentido :

a). El **TRLDCU** en los términos explicados en el fundamento jurídico anterior.

b). El **artículo 48 de la Ley 26/1988** , al incumplir obligaciones básicas de las entidades de crédito para la protección de los legítimos intereses de su clientela y, en particular (i) su obligación de asegurar el contrato reflejara de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos y las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios; (ii) su obligación de incluir en la publicidad de las hipotecas multidivisa (documento 3 de la demanda) todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones. (iii) La obligación de facilitar la información

realmente necesaria sobre la hipoteca multidivisa con antelación razonable para permitir a los demandantes conocer sus características esenciales y sus riesgos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera.

c). La **Orden de 5 de mayo de 1994** porque no ha garantizado la adecuada información y protección de los deudores hipotecarios, ni hizo entrega del folleto informativo regulado en el artículo 3, ni de la oferta vinculante regulada en el artículo 5

d). La **Ley 36/2003** , en su artículo 19 , por no ofrecer un producto de cobertura de los riesgos del préstamo hipotecario.

e). La **Ley del Mercado de Valores** , por incumplimiento de los deberes de diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios -artículo 79 LMV-, de la obligación de prestar información imparcial, clara y no engañosa y de la obligación de asegurarse de que disponía de toda la información necesaria sobre sus clientes -artículo 79 bis-.

f). El **Real Decreto 217/2.008** , en sus artículos 60 (sobre las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa), 64 (información sobre riesgos) y 72 y 74 (test de idoneidad y de conveniencia).

La demanda considera que estos incumplimientos deben conllevar la aplicación del artículo 6.3 del CC , cuestión discutida y discutible. Uno de los pronunciamientos más recientes sobre ella es la STS de 17 de febrero de 2014 (ROJ: STS 1353/2014), que después señalar lo innecesario que resulta *destacar la importancia que una adecuada información del inversor tiene, además de para el transparente funcionamiento de los mercados financieros, para una correcta formación de la voluntad de quien contrata con el prestador de los servicios de inversión* , señala que *omitir esa información - que ha de ser imparcial, suficiente, clara y, en ningún caso, engañosa - puede dar lugar a distintas infracciones. En primer término, a la de las normas que la imponen. También puede constituir una actuación contraria a la buena fe que ha de presidir la contratación - sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 -; en la sentencia 243/2013, de 18 de abril , destacamos que los llamados códigos de conducta, impuestos por normas jurídicas a las empresas de servicios de inversión, integran el contenido preceptivo de la llamada " lex privata " o " lex contractus " que nace al celebrar, con sus clientes, los contratos para los que aquellos están previstos, pues se trata de estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos por la buena fe, a las prestadoras de tales servicios y, al fin, de deberes exigibles a la misma por el otro contratante. Para esas, y otras, infracciones está el ordenamiento dotado de los correspondientes remedios. Pero no aclara, en realidad, si la vulneración de las normas que aquí se consideran infringidas conllevaría el remedio de la nulidad absoluta del artículo 6.3.*

Como señala la SAP Barcelona, sección 15, del 20 de noviembre de 2013 (ROJ: SAP B 11785/2013), la jurisprudencia se ha ocupado con cierta reiteración de la cuestión de la relación existente entre una norma administrativa que impone unas determinadas obligaciones de forma imperativa y la validez de acuerdos civiles que contradigan esta regulación. La STS de 11 de Junio del 2010 (ROJ : STS 3061/2010) se refiere a ella en los siguientes términos: " (l)a sentencia de 9 octubre 2007 , con cita de otras, ha declarado que " (...) en relación con el art. 6.3 (...) "el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público "; con cita de la STS 24-4-96 , dice que " cuando la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez "; y también, que a la nulidad no es obstáculo el que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto. La sentencia de 30 de noviembre de 2006 (recurso núm. 5670/00), citando otras anteriores, declara que la ilicitud administrativa puede comportar la nulidad civil del contrato que incurra en la misma. Otras sentencias ratifican la doctrina general de la de 25 de septiembre de 2006 , [...]" . Asimismo la sentencia de 22 diciembre 2009 señala que "no es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC , invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007). En sentido similar se pronuncia el TS en sus sentencias de 22 de Diciembre del 2009 (ROJ: STS 8533/2009) y 17 de junio de 2010 (ROJ: STS 4216/2010) .

La citada SAP de Barcelona establece que, en la aplicación de la jurisprudencia del TS, para determinar los efectos de la irregularidad en la que se ha incurrido, es preciso analizar si los actos realizados resultan compatibles o incompatibles con la norma administrativa, juicio que debe hacerse a partir de la consideración de la finalidad perseguida por la norma infringida y por el propio negocio realizado a su amparo.

Ahora bien, son pocas las resoluciones que aplican la nulidad radical ex artículo 6.3 CC . Lo admiten las recientes SAP Las Palmas, sección 4, de 27 de marzo de 2014 , la SAP de Barcelona citada, si bien aprecia también error en el consentimiento y concluye que *concurren todos los presupuestos para que deba estimarse la acción de nulidad , tanto al amparo del art. 6.3 CC como del 9.2 LCGC, en relación con el art. 1261 CC , y la SAP de Huelva, sección 3, del 05 de diciembre de 2013 (ROJ: SAP H 1338/2013) , que considera que las normas de la LMV integran de modo imperativo la actividad contractual, tanto la fase precontractual como el acto mismo de contratación como el desenvolvimiento del contrato, y su infracción puede dar lugar a la nulidad del contrato. Y se pronuncia en contra de esta posibilidad las SAP Zaragoza, sección 5, de 19 de julio de 2013 . La STS de enero de enero de 2014, ya citada, reseña el apartado 57 de la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil (C-604/2011) que pone de relieve que, " si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de las Directiva 2004/39 , ni cuáles podrían ser esas consecuencias ". En consecuencia, " a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]" .*

Considerando que en esa sentencia de 20 de enero de 2014 el TS consideró que el incumplimiento de la norma más imperativa de las aquí reseñadas (la omisión de un test, en ese caso de idoneidad) no se utiliza como base de la nulidad apreciada, y que en todo caso procederá la nulidad solicitada por efecto de la abusividad razonada en el apartado anterior y por los efectos del error y del dolo que a continuación se explicarán, no se vinculará esa nulidad a la aplicación del artículo 6.3, por tratarse de una cuestión jurisprudencialmente dudosa y no decisiva para el contenido de esta resolución.

3.- *Los hechos probados acreditan la existencia del error del consentimiento prestado por los demandantes y del dolo omisivo de la entidad bancaria en los contenidos relacionados con la multividiva . Por todo ello, como la prestación del consentimiento en supuestos como el que nos ocupa sólo puede considerarse libre y voluntariamente efectuada tras haber cumplido la entidad bancaria sus obligaciones de información, debe concluirse que nos hallamos ante un supuesto de nulidad por vicio en el consentimiento de la parte demandante y dolo omisivo de la entidad bancaria demandada, porque el consentimiento formalmente prestado quedó invalidado por un error tan relevante y excusable, en los términos que describe el art. 1266 CC , que lo convirtieron en inoperante. Desde luego, ese error no pudo ser salvado por la formación personal ni por la experiencia financiera de los demandantes, completamente insuficientes para entender la naturaleza y funcionamiento de hipoteca multividiva, ni los riesgos asociados. El error es excusable precisamente porque está causado por la conducta omisiva de la entidad bancaria y tiene la entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de la parte demandante, porque recae sobre un elemento esencial de las obligaciones económicas y jurídicas asumidas, no le es imputable y no pudo ser salvado por una diligencia media atendidas todas las circunstancias expuestas.*

Resulta de aplicación, en este punto, la doctrina expuesta en la STS de 20 de enero de 2014 sobre la omisión de los test regulados en la LMV, sobre la que el TS considera que, si bien no impide que en algún caso el cliente goce del conocimiento necesario y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, presunción que en este caso se convierte en prueba por el efecto de los restantes medios probatorios y del conjunto de los hechos acreditados.

4.- El sentido de esta resolución no puede verse alterado por la argumentación expuesta por la parte demandada en las páginas 9 y siguientes de su contestación acerca del contexto económico y de las previsiones disponibles en 2007 y 2008 sobre la evolución del LIBOR, del Euríbor y del tipo de cambio euro/yen. Al margen de que la comercialización de la hipoteca lo fue en francos suizos y no existe ninguna prueba de los motivos por los que se acabó firmando en yenes, cabe precisar que si se entiende que la hipoteca multividiva,

como producto de elevado riesgo, era un producto inadecuado al perfil de los demandantes no es porque el devenir posterior de los hechos haya desembocado en la pérdida patrimonial que actualmente sufren. La reflexión debe ser otra: no era inadecuado porque haya salido mal. Es inadecuado porque ante perfiles que conservadores la entidad bancaria no debe aconsejar ni comercializar inversiones de riesgo, por beneficiosas que parezcan en el momento de su contratación. Como indica la STS de 17 de abril de 2013, como un perfil conservador no es compatible con inversiones de riesgo, la pérdida o depreciación de la inversión por circunstancias no conocidas a la fecha en que se realizó no puede ser calificada como caso fortuito del artículo 1105 del CC si la entidad bancaria hace correr al patrimonio del cliente un riesgo que éste no deseaba. Si las normas expuestas le obligaban a respetar ese perfil conservador y, por tanto, a no invertir su patrimonio en productos de riesgo, no puede luego oponer la materialización de un riesgo que nunca debió existir.

DÉCIMO.- Las consecuencias de la nulidad apreciada

Sobre las consecuencias que debe tener la nulidad apreciada, su efecto no puede volcarse sobre la totalidad del contrato, ya que:

1.- La apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE y al fin de protección de los consumidores. La STJUE de 14 de junio de 2012, entre otras muchas, ha declarado que la Directiva 93/13 /CEE " *se opone al artículo 83 [en la redacción vigente a la fecha de la demanda que dio lugar a este procedimiento] que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Ello pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por ello hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor*".

2.- Resulta de aplicación, mutatis mutandi, la doctrina expuesta por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la nulidad parcial de los contratos. Después de recordar 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]*, se indica en el apartado 265 que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del *favor negotiioen 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 (SSTS 488/2010 de 16 julio. RC 911/2006 ; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007 ; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009 ; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009)*.

A continuación, la sentencia analiza el principio *utile per inutile* en condiciones generales (cuya legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir) para explicar en el apartado 268 su aplicación en contratos con consumidores: *La LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "[s]erán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo . La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia" y que en el artículo 6.1 dispone que "[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Finalmente, razona en el apartado 274 que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" del contrato y que el tratamiento dado a las cláusulas suelo es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa", para concluir que *la nulidad de las cláusulas**

suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia .

3.- La inaplicación de los contenidos multidivisa es perfectamente posible en la práctica, porque el contrato permite entender que el préstamo lo fue de 260.755.- euros y las partes pactaron como una de las posibilidades de ejecución del contrato que las amortizaciones pudieran realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (LIBOR a un mes + 0,82), conforme a lo explicado en esta resolución. Ahora bien, no es posible acudir a un tipo de interés de referencia distinto del LIBOR, como parece pretender la demanda en su página 56, salvo acuerdo de las partes.

4.- La solución de la nulidad total del contrato es contraria a la finalidad de protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13/CEE y el TRLGDCU, ya que produciría un efecto mucho más perjudicial para los demandantes-consumidores que para la entidad bancaria demandada-profesional, al verse obligados a devolver es una sola vez la totalidad de un préstamo cuya devolución estaba programada en veintiocho años. El caso analizado por la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13) es, en este extremo, diferente al que aquí se enjuicia, porque el préstamo hipotecario no podía subsistir sin la cláusula de conversión de la divisa que se considera abusiva. Pero, incluso, en ese supuesto, el TJUE modula la interpretación del apartado 6.1 de la Directiva, que impide al juez nacional que constata la nulidad de una cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, para posibilitar la nulidad parcial que podía arbitrarse como solución mediante la aplicación de una disposición supletoria del derecho nacional.

Recuerda el TJUE que el artículo 6.1 de la Directiva impide al juez nacional que constata la nulidad de una cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, lo que se justifica; (i) por el interés público que se anuda a la protección de los consumidores; (ii) por la obligación de los Estados miembros de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas; y (iii) porque si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas se pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 , pues esa facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen (...los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de dichos profesionales.- Apartado 79).

Ahora bien, ello no impide que el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional, que se presume no contiene cláusulas abusivas. Esa medida se justifica, en primer lugar, porque es acorde con la finalidad de la Directiva: reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (apartado 82). Y en segundo lugar, porque en el caso analizado por la sentencia, si se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de su capacidad económica) de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse, porque ese efecto penaliza al consumidor más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca (apartado 84).

5.- No resulta de aplicación la doctrina citada por la parte demandada en el turno de conclusiones sobre la imposibilidad de aplicar la nulidad parcial de los contratos cuando se aprecia vicio del consentimiento, porque en este caso concurre la peculiaridad de que la nulidad resulta, en primer lugar, de la vulneración del TRLDCU.

DECIMOSEGUNDO.- Costas

En virtud de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , corresponde a la parte demandada el pago de las costas procesales.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLO

Estimo la demanda presentada por D. Miguel Víctor Y D^a Sandra Josefa contra **BARCLAYS BANK S.A.**, y en consecuencia:



Declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 31 de julio de 2008 identificada en esta resolución, en todos los contenidos relativos a la opción multdivisa.

Declaro que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (260.755.- euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de 260.755.- euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (LIBOR a un mes + 0,82), conforme a lo explicado en esta resolución.

Condeno a la demandada **BARCLAYS BANK S.A.** a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

Condeno a la demandada al pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes en forma legal, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que se presentará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación. Para la presentación de dicho recurso es necesaria la constitución de depósito en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado, 2980, con los datos relativos al recurso y a la cuenta expediente, por importe de 50 euros, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ y por el importe previsto en tal norma, lo que deberá ser acreditado a la formulación del recurso.

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

E/.

PUBLICACIÓN .- Extendida y firmada esta sentencia por la Magistrada-Juez que la ha dictado, se notifica y archiva en la oficina judicial, dándole publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ