



Roj: **SAP B 4681/2016 - ECLI:ES:APB:2016:4681**

Id Cendoj: **08019370132016100186**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **13**

Fecha: **29/04/2016**

Nº de Recurso: **324/2015**

Nº de Resolución: **190/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ISABEL CARRIEDO MOMPIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE

BARCELONA

SECCION Decimotercera

ROLLO Nº 324/2015-4ª

PROCEDIMIENTO ORDINARIO NÚM. 926/2013

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 39 BARCELONA

SENTENCIA N.º m. 190/2016

Ilmos. Sres.

D. JOAN CREMADES MORANT

Dª. ISABEL CARRIEDO MOMPIN

Dª. M. ANGELS GOMIS MASQUE

D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

Dª. M. PILAR LEDESMA IBAÑEZ

En la ciudad de Barcelona, a 29 de abril de 2016.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimotercera de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento ordinario, número 926/2013 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 39 Barcelona, a instancia de Dª. Rosalia y D. Borja, contra BANKINTER SA, los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 4 de diciembre de 2014 por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia apelada, es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo estimar y estimo la demanda formulada por Sres. Borja y Rosalia, representados por el Procurador Sr. Moratal Sendra, contra BANKINTER, S.A., representada por el Procurador Sr. Simó Pascual, y en su consecuencia, declarando la nulidad de las cláusulas relativas a las divisas contenidas en la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos y, por tanto, que la cantidad adeudada es el saldo vivo del préstamo referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 221.000 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses, también convertidos a euros, debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por dichas declaraciones y a recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados



en su contravalor a euros y fijando el capital pendiente de pago en euros, debiendo correr con todos los gastos que se deriven; sin expresa condena en costas."

SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria se opuso en tiempo y forma ; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 27 de abril de 2016 .

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

VISTO, siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. ISABEL CARRIEDO MOMPIN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia, tras estimar la demanda formulada por D. Borja y D^{ña}. Rosalia contra BANKINTER S.A., declaró la nulidad de las cláusulas relativas a las divisas contenidas en la escritura de préstamo hipotecario objeto de autos y, por tanto, que la cantidad adeudada es el saldo vivo del préstamo referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 221.000 € la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses, también convertidos a euros, condenando a la demandada a estar y pasar por dichas declaraciones y a recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor a euros y fijando el capital pendiente de pago en euros, debiendo correr con todos los gastos que se deriven, sin expresa condena en costas.

Frente a dicha resolución se alza la entidad demandada, a medio del recurso que ahora se conoce, aduciendo como motivos a) la valoración e interpretación de la prueba en cuanto a la obrante en autos permite concluir que se proporcionó a los demandantes información suficiente y relevante; b) el cumplimiento de BANKINTER de los deberes de información; c) la no abusividad de las cláusulas relativas a las divisas y la conformidad de éstas con la normativa; y d) el carácter esencial de las cláusulas del contrato relativas a las divisas y la imposibilidad de declarar la nulidad parcial en el caso concreto.

El contrato objeto de enjuiciamiento se contrae a la escritura de 28 de mayo de 2008, por la que la entidad demandada concedió a los actores un préstamo con garantía hipotecaria, por la cantidad de 221.000 €, disponible por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España, quedando inicialmente formalizado en 36.394.391 yenes japoneses a devolver en 300 meses contados a partir de la fecha de la escritura.

SEGUNDO.- 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 debe citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 16 de marzo de 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 naturaleza jurídica y el funcionamiento económico de la denominada hipoteca multidivisa está descrita en la STS de 30 de junio de 2015 , en los siguientes términos:



"Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank OfferEd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)".

"El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo".

"Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo".

El préstamo concertado el día 28 de mayo de 2008 se referenció también a divisas (yen) y la única diferencia respecto del contrato antes analizado es que en lugar de tener una garantía hipotecaria dispone de la garantía de un depósito bancario titularidad del prestatario, pero su funcionamiento y riesgos son los mismos que los explicados en el párrafo anterior y a ello nos remitimos.

TERCERO.- Los riesgos principales de la hipoteca multidivisa.

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.

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 Offerd 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 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.- 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.

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, 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 que el consumidor no adecuadamente informado supusiera que, por haber amortizado capital ha reducido su deuda, cuando realmente no sólo no es así sino que su deuda se puede ver incrementada.

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 toda la vida del préstamo, de una información difícilmente accesible. En teoría, cada una de las 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.

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

Señala la antedicha Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 :

"6.- La determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico para determinar cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista no es una cuestión pacífica.

La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley.

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.

7.- No es obstáculo para lo anterior que el art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores establezca que el art. 79.bis no será 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.

Dicho art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores desarrolla el art. 19.9 de la Directiva MiFID, conforme al cual «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».

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., declaró que para aplicar la excepción del artículo 19.9 de la Directiva es necesario que el servicio de inversión haya 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, constitutivas de legislación de la Unión Europea o de normas europeas comunes. Se dará este caso únicamente si el servicio de inversión 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. Y precisó, asimismo, que lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto de la Directiva MiFID, y que determinaría la no sujeción a las obligaciones establecidas en dicha Directiva, 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.

En consecuencia, no existiendo, cuando se concertó la operación, normativa comunitaria ni normas europeas comunes para entidades de crédito que establecieran unas obligaciones de información para las entidades financieras en relación a la concesión de préstamos en los que la determinación del importe de la cuota de amortización y el cálculo del capital pendiente de amortización en cada momento estuviera referenciado a una divisa extranjera, y que permitieran a los clientes la adecuada valoración del riesgo, la normativa reguladora de estos extremos era la normativa MiFID.

8.- Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar. 9.- En el presente caso, la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores, en concreto las relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando. La demandada ha sostenido a lo largo de todo el litigio que no estaba obligada a facilitar esa información porque la operación estaba excluida del ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores, lo que, como se ha visto, esta Sala no acepta.

10.- La siguiente cuestión que hay que resolver es la relativa a cuáles deben ser las consecuencias de esta infracción. La sentencia de esta Sala núm. 716/2014, de 15 diciembre, ha afirmado que la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró 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 la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias» y que, 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 (TJCE 2012, 218)), apartado 27]».

Decíamos en nuestra sentencia que, de acuerdo con esta doctrina del TJUE, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información



impuestos por el art. 79.bis Ley del Mercado de Valores , al amparo del art. 6.3 del Código Civil . Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79. bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 .bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores).

Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 , pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato.

11.- Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero , y 716/2014 de 15 diciembre , ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, 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.

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril (RJ 2015, 1863)). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente".

QUINTO.- Identificación del tipo de cliente al que va destinado el producto.

Cuestión de evidente trascendencia para determinar el alcance del deber de informar que la ley atribuye a las entidades de crédito, es la determinación del perfil del cliente.

El artículo 79 e) de la ley 24/1988, del Mercado de Valores exigía a las entidades de crédito el deber de asegurarse de disponer de toda la información necesaria sobre sus clientes así como mantenerlos siempre informados, y por el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, se estableció un código de conducta, en el que se exige a las entidades que soliciten de sus clientes toda la información necesaria para su correcta identificación, situación financiera y experiencia inversora (art. 4).

Con mayor precisión se manifiesta la LMV tras la reforma operada por la ley 47/2007 citada.

En efecto, el artículo 78 bis de la ley 47/2007, de 19 de diciembre , por la que se modifica la ley 24/1988 del Mercado de Valores, dispone que las empresas de servicios de inversión "clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas" e "igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios". El artículo 78 ter regula las operaciones con contrapartes elegibles.

Según el art. 78 bis "Tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se presuma experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos". En particular, y conforme al texto legal, tendrán la consideración de cliente



profesional, las entidades financieras (i), los Estados y Administraciones regionales (ii), los empresarios que reúnan al menos dos de las siguientes condiciones, que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros, que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o superior a 40 millones de euros, que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros (iii), los inversores institucionales (iv), los demás clientes que lo soliciten con carácter previo y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas (v).

A contrario sensu, se consideran clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales.

Pues bien en el caso no existe prueba alguna de que los actores fuera unos avezados inversores que estuviera familiarizado con el comportamiento del mercado de divisas y que supieran, ya antes de ser informados por la demandada, de los riesgos de tal mercado, pues consta en los autos que el Sr. Borja es mecánico mientras que la Sra. Rosalia es administrativa, encontrándose en la actualidad de baja por incapacidad laboral permanente, sin que se les conozca formación financiera ni inversión en productos de riesgo.

Por tanto, los demandantes tienen la condición de minoristas y como tales han de ser tratados y protegidos, sin que sea admisible la referencia contenida en los contratos suscritos con la entidad en los que el cliente bancario refiere exonerar a BANKINTER de cualquier responsabilidad derivada del riesgo del cambio de divisas porque para ello sería preciso que el cliente hubiera solicitado su calificación de profesional en los términos y con las formalidades del artículo 61 del RD 217/2008, y ni hay escrito alguno del cliente solicitando ser clasificado como profesional, ni existe una advertencia clara y también por escrito de la entidad demandada acerca de las protecciones y posibles derechos de los que podría ser privado, y finalmente tampoco existe manifestación escrita del cliente, en un documento distinto del contrato, indicando que conoce y acepta las consecuencias de su renuncia a la condición de minorista.

SEXTO.- 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.

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 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 precontractual 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, 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 mandato 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:

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 (...) 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.

5.- Más recientemente la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, justifica su promulgación señalando los problemas existentes "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", así como que "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". En el considerando trigésimo, la Directiva añade que "[d]ebido 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 los arts. 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.

Finalmente, el TJUE ha dictado una sentencia en 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, que tiene por objeto una de estas hipotecas multidivisa en la que aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, que sirve asimismo de orientación para resolver el caso de autos porque como hemos explicado, los demandantes tienen la condición de consumidores.

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".

Por otra parte 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, 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.

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.



Respecto a 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.

Debe citarse, en este punto, la STJUE dictada el 30 de abril de 2014 en el asunto C-26/13, 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.

En cuanto a 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 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 multidivisa 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 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 el aparente beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés (LIBOR) puede quedar neutralizado con el riesgo de sobrecoste de amortización del capital si éste queda sometido al mencionado sistema de recálculo permanente.

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.

**SEPTIMO.-** 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.

1.- La información precontractual escrita es sencillamente inexistente. No consta que se realizara oferta vinculante. 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.

2.- La información que el Banco recabó de los demandantes es también inexistente pese a que la entidad bancaria 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.

3.- Sobre la información precontractual verbal. Las declaraciones de la empleada de la demandada no tienen, a juicio de este Tribunal, la credibilidad suficiente para entender que ese proceso de información verbal supliera las carencias de la información precontractual escrita. Y en cualquier caso, aunque la iniciativa fuera de los demandantes, eso no exonera la entidad bancaria del cumplimiento de su deber de informar, máxime teniendo en cuenta el perfil de los demandantes, su edad, su profesión y su experiencia en este tipo de productos.

Por tanto, a juicio de esta Sala la entidad demandada no practicó ninguna prueba acreditativa de que hubiera obrado con la diligencia que legalmente le viene impuesta de informar a su cliente sobre la naturaleza del producto concertado, toda vez que si las entidades financieras tienen el deber de informar a sus clientes de los productos financieros que suscriben, es de su cargo acreditar que efectivamente han cumplido con el expresado deber, y al no haberse demostrado por la demandada que remitiera información de la hipoteca multidivisa antes de su firma ni al tiempo de su suscripción, y mucho menos que lo hiciera con la claridad y exactitud que le es legalmente exigible, hemos de concluir que esta información no fue correcta y que la demandada incumplió el deber que legalmente le corresponde, sin que sea lícito desplazar en la parte actora la exigencia de una diligencia que excede de su cualificación, y que supondría, en la práctica, vaciar de contenido la normativa que regula las obligaciones que tienen en este concreto extremo las entidades financieras.

Además, y como ha señalado el TS en la sentencia citada de 30 de junio de 2015, "Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante, la suscripción de este tipo de préstamos".

OCTAVO.- Las consecuencias jurídicas aplicables.

Los hechos probados no sólo acreditan la infracción por la demandada de normas imperativas como razona la sentencia apelada sino también la existencia del error del consentimiento prestado por los demandantes y del dolo omisivo de la entidad bancaria en los contenidos relacionados con la multidivisa. Del incumplimiento de estos deberes de información pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas. En este caso, atendido el objeto del litigio, debemos centrarnos en cómo influye este incumplimiento sobre la válida formación del contrato, partiendo de la regulación (arts. 1266 CC , en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss) y de la doctrina jurisprudencial que desarrolla el error vicio (SSTS 21.11.12 y 29.10.13 entre las más recientes).

Desde esta perspectiva la antedicha STS 20.1.2014 declara: "12. El deber de información y el error vicio. Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información 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.

El error que, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, en este caso afecta a los concretos riesgos asociados con la contratación del swap. El hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV



imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por las partes, 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.

Pero conviene aclarar que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis.3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Al mismo tiempo, la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera 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 qué consiste el error, le es excusable al cliente".

Igualmente dicha resolución resalta que, en los supuestos en que el servicio prestado fue de asesoramiento, pesa sobre la entidad financiera el deber de efectuar los test de conveniencia e idoneidad (en los términos y con las finalidades más arriba reseñadas), de tal manera que en caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento 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, concluye, la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

La aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos lleva al tribunal a la conclusión, de que concurre en la emisión del consentimiento de la parte demandante un error esencial excusable motivado porque la demandada no informó adecuadamente de las características del producto contratado en cumplimiento de los específicos deberes de información a cargo del prestador del servicio de inversión establecidos en la normativa del sector y en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, amén de las reglas comunes del Código civil, de tal modo que esta falta de información comportó que el cliente se hiciera una representación errónea del producto contratado, lo que determina la prestación del consentimiento esté viciada de nulidad.

Así las cosas, y según reiterada doctrina del Tribunal Supremo iniciada con la sentencia de 20 de enero de 2014 y mantenida en resoluciones posteriores, hace que el error se presuma. Así las SSTS de 10 de septiembre de 2014 y 12 de enero de 2015 declaran: "En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la sentencia número 840/2013 de 20 de enero de 2014 "

Por ello pesa sobre la entidad que presta el servicio de inversión la carga de desvirtuar tal presunción, teniendo en consideración que ésta está obligada a proporcionar una información clara y suficiente sobre los mismos, no sólo porque se trate de una exigencia derivada de la buena fe en la contratación, sino porque lo impone la normativa sobre el mercado de valores, que considera que estos extremos son esenciales y que es necesario que la empresa de inversión informe adecuadamente sobre ellos al cliente.

En el caso enjuiciado, esta Sala considera que no ha resultado probado que el cliente recibiera una información suficiente y adecuada sobre los riesgos de la inversión. En consecuencia y teniendo en cuenta el perfil del inversor la concurrencia del error ha de presumirse, sin que obre en autos elemento probatorio alguno que permita desvirtuar tal presunción.

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 multidivisa, 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 atendida todas las circunstancias expuestas. Acerca de este extremo resulta esclarecedora la STS de 20 de enero de 2014, al destacar que "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", añadiendo que la "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 expresada resolución concluye que "La existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera 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 qué consiste el error, le es excusable al cliente",

Y así, como antes se ha dicho, ha señalado el TS en la antedicha sentencia de 30 de junio de 2015 "Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo".

Por tanto, y como se ha explicado, la condición de minorista de los demandantes, la ausencia de formación financiera y la escasa información facilitada permiten fundamentar la existencia de error invalidante y excusable en la formación de la voluntad contractual, en los términos explicados.

Además la hipoteca multidivisa, como producto de elevado riesgo, era un producto inadecuado al perfil de los demandantes no porque el devenir posterior de los hechos haya desembocado en la pérdida patrimonial que actualmente sufren. Es inadecuado porque ante perfiles 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. El producto no era idóneo en la medida en que se ofrecía a un cliente conservador (ya hemos visto que no se prueba formación financiera ni inversiones arriesgadas), y en una coyuntura que no parecía favorable, puesto que en el periodo 2000-2008 el euro se había apreciado frente al yen, lo que supone que ya desde sus inicios la paridad no era favorable al cliente.

NOVENO.- 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 *negotio* en 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 "serán 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 "los 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 221.000 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 más el correspondiente diferencial).

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 veinticinco.

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.

DECIMO.- Costas.

Lo expuesto comporta la desestimación del recurso lo que conlleva la expresa imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada (art. 398 LEC).

FALLAMOS

DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación de BANKINTER S.A. contra la sentencia de fecha 4 de diciembre de 2014 dictada en el procedimiento ordinario nº 926/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Barcelona, SE CONFIRMA dicha resolución con expresa imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación si concurre interés casacional, así como, conjuntamente con el mismo, recurso extraordinario de infracción procesal, si concurren los requisitos legales para ello, que deberán interponerse ante este tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de ésta, debiendo constituirse el oportuno depósito conforme a la D.A. 15ª de la LOPJ .

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Barcelona,

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de la fecha, por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.