

Roj: SAP B 9119/2015 - ECLI:ES:APB:2015:9119
Id Cendoj: 08019370162015100411
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Barcelona
Sección: 16
Nº de Recurso: 239/2014
Nº de Resolución: 397/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: INMACULADA CONCEPCION ZAPATA CAMACHO
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA**

SECCIÓN DECIMOSEXTA

ROLLO Nº. 239/2014 -D

JUICIO ORDINARIO NÚM. 1294/2012

JUZGADO PRIMERA INSTANCIA 55 BARCELONA

SENTENCIA nº 397/2015

Ilmos. Sres.

DON JORDI SEGUÍ PUNTAS

DOÑA INMACULADA ZAPATA CAMACHO

DOÑA MARTA RALLO AYEZCUREN

En la ciudad de Barcelona, a 18 de Septiembre de 2015

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Decimosexta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario, número 1294/2012 seguidos por el Juzgado Primera Instancia 55 Barcelona, a instancia de Rita Y Lázaro representados por el procurador IVO RANERA CAHIS y defendidos por el abogado Eduardo Torres Lozano, contra CATALUNYA BANC, S.A. representados por el procurador IGNACIO LOPEZ CHOCARRO y defendido por el abogado Ignasi Fernández de Senespleda. Estas actuaciones penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte Lázaro y Rita , contra la Sentencia dictada el día trece de diciembre de dos mil trece por el Sr. Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

" DECISIÓ

Desestimant la demanda formulada pel Sr. Lázaro i Doña. Rita contra CATALUNYA CAIXA (actualment CATALUNYA BANC, SA), absolc la demandada i imposo el pagament de les costes als actors."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por Rita y Lázaro mediante su escrito motivado, dándose traslado a la parte contraria que se opuso en tiempo y forma legal. Elevados los autos a esta Audiencia Provincial se procedió a dar el trámite pertinente señalándose para votación y fallo el día 23 de julio de 2015.

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

Vistos siendo Ponente la lltma. Sra. Magistrada D^a. INMACULADA ZAPATA CAMACHO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Planteamiento

Solicitaron D. Lázaro y D^a Rita en la demanda origen de las presentes actuaciones la anulación de la cláusula denominada "opción multidivisa" contenida en la escritura de formalización del préstamo hipotecario que, en fecha 1 de junio de 2007, concertaron con Caixa d'Estalvis de Catalunya (en la actualidad, Catalunya Banc SA).

Como fundamento de dicha pretensión, alegaron allí (i) con carácter principal, el vicio del consentimiento prestado a consecuencia del error motivado por la deficiente información ofrecida por la entidad financiera sobre la naturaleza y los riesgos que comportaba la operación, invocándose de forma expresa la infracción de la normativa protectora de consumidores y usuarios y la específica del mercado de valores y, (ii) de forma subsidiaria, ser ilícita la causa, en referencia al incumplimiento por parte de Caixa d'Estalvis de Catalunya de las estrictas normas imperativas reguladoras de la comercialización de este tipo de productos financieros.

Ambas acciones fueron desestimadas por el Juzgado, pronunciamiento que impugnan los Sres. Lázaro y Rita en esta segunda instancia.

SEGUNDO.- Antecedentes fácticos

Los más relevantes son los siguientes:

-En fecha 1 de junio de 2007 los cónyuges D. Lázaro y D^a Rita, clientes antiguos de Caixa d'Estalvis de Catalunya (en adelante, Caixa Catalunya), con la finalidad de financiar la compra de su vivienda habitual, adquirida en la misma fecha por un precio de 162.274 euros, concertaron con la entidad un préstamo hipotecario por importe de 348.815'31 francos suizos (entonces equivalentes a 210.354 euros), con vencimiento a 30 años y liquidaciones trimestrales (v. escritura obrante a los folios 54 a 100).

A los fines de decidir la controversia, interesa destacar las siguientes cláusulas:

1/ La escritura preveía, en las cláusulas tercera y tercera bis, que durante el primer trimestre, el préstamo devengaría un interés fijo del 3'24167% y, a partir del segundo periodo, se aplicaría un diferencial de + 0'75 puntos sobre los siguientes tipos de referencia:

(i) el Euribor por un término equivalente a la duración del periodo de interés de que se trate, en caso de que el capital pendiente de amortización se hallara calculado en euros y,

(ii) el Libor (precio del dinero del mercado interbancario de Londres para depósitos no transferibles) para el resto de divisas integradas en el índice "BBVA LIBOR".

2/ Las cuotas debían hacerse efectivas en "la mateixa divisa que s'hagi efectuat l'últim pagament"; determinándose el valor en euros "en base al canvi venedor de divises que publiqui LA CAIXA, d'acord amb la normativa vigent, dos dies hàbils anteriors a la data del venciment de la quota" (apartado A/ del pacto segundo).

3/ La cláusula segunda, apartado C/, epígrafe a/, de la escritura preveía la facultad de los prestatarios de hacer uso de la denominada "opción multidivisa", esto es, la de "satisfer la quota corresponent al pròxim PERÍODE D'INTERÈS, en euros o en una de les [no concretadas] DIVISES ALTERNATIVES (...) quin canvi hagi estat publicat per Caixa de Catalunya segons la Circular 8/90 del Banc d'Espanya".

4/ Según el epígrafe b/ del apartado C/ de la propia cláusula segunda "La quantitat de DIVISA ALTERNATIVA objecte de la present opció [multidivisa] serà la necessària per adquirir l'import equivalent del capital pendent no vençut, al tipus de canvi publicat per Caixa de Catalunya segons la Circular 8/90 del Banc d'Espanya, de dos dies hàbils (del Mercat de divises de Madrid) abans de la data en què s'iniciï cada Període d'Interessos".

5/ A tenor del epígrafe c/ de la repetida cláusula segunda C, "l'exercici d'aquesta opció haurà de ser per una DIVISA ALTERNATIVA del qual l'interès (...) no superi el tipus màxim garantit en el pacte novè", pacto éste que, a su vez y al regular la constitución de la hipoteca en garantía del capital prestado fijaba un interés máximo del 10% durante un máximo de dos años.

6/ Según el apartado D del pacto segundo, "L'exercici de l'opció multidivisa no suposa, en cap cas, l'elevació de l'import del préstec, ni reducció del risc en vigor, llevat de cas d'amortització, qualsevol que sigui la causa, inclosa la variació del tipus de canvi"; "el prestatari s'obliga a mantenir l'equivalència establerta en el pacte primer, entre la divisa prestada i el seu contravalor en euros, de manera que en cap moment el capital pendent d'amortitzar en divises, en un determinat període d'interès, representi un increment del deute en euros". Añadiendo "Constatat que el contravalor en euros, del capital en divises pendent d'amortització (en el seu contravalor en la divisa inicialment prestada), no guarda la proporcionalitat anterior i la desviació és

superior al 5%, el prestatari s'obliga a cancel.lar parcialment el capital pendent d'amortitzar del prèstec per tal de mantenir l'esmentada proporcionalitat".

-La cuota correspondiente a la liquidación del trimestre 1-6-07/31-8-2007 ascendió, al cambio, a 1.767'83 euros (folio 102).

No se ha aportado a los autos la liquidación comprendida entre el 31 de agosto y el 30 de noviembre de 2007, aunque indiscutidamente su importe fue inferior al que hubiera resultado de hallarse referenciado el préstamo al euribor.

-En octubre de 2007 ejercitaron los clientes la opción multdivisa prevista en la cláusula segunda, apartado C/, de la escritura, sustituyendo el franco suizo por la moneda japonesa (yen).

Las liquidaciones comprendidas entre el siguiente 30 de noviembre de 2007 y el 1 de junio de 2009 oscilaron, al cambio, entre los 922'93 euros y los 1.246'83 euros (folios 103 a 108).

-En fecha 1 de septiembre de 2009 giró el banco la liquidación correspondiente al periodo 1/6/09 a 1/9/09, resultando una cuota equivalente a 2.826 euros.

Las cuotas sucesivas, hasta el trimestre 1-3-2012/1-6-2012, liquidado el 1 de junio de dicho año, oscilaron entre 2.906'37 euros -la primera- y 3.702'64 euros -la última- (v. folios 109 a 122).

-El 9 de julio de 2012, por medio de letrado, dirigieron los actores a la entidad financiera comunicación escrita denunciando la insuficiente y equívoca información recibida al contratar el producto e interesando la nulidad de la cláusula multdivisa (folios 134 y 135). Ante la ausencia de respuesta, el siguiente 17 de octubre interpusieron la presente demanda.

TERCERO.- Naturaleza de la hipoteca "multidivisa" y normativa aplicable

Como razona la STS Pleno de 30 de junio de 2015 , lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multdivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda a la que se encuentra referenciada 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 sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés en cada periodo suele ser el Libor (London Interbank Offerd Rate).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica (i) en que se utiliza como referencia la divisa de un país -habitualmente, el yen o el franco suizo- cuyo tipo de interés es más bajo que el de los que tienen como moneda el euro y, (ii) en la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario.

En palabras de la antedicha STS , utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, esta modalidad de préstamo dificulta "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 multdivisa" se han apreciado, por lo que los prestatarios 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".

Según aclara la repetida STS, los riesgos de este tipo de préstamo exceden por tanto de los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros pues, al de variación del tipo de interés, se añade el de fluctuación de la moneda. Riesgo este último que supone no únicamente que el importe en euros de la cuota de amortización periódica pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro, sino también que el prestatario pueda llegar a adeudar al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Porque las fluctuaciones de la moneda extranjera implican un recálculo constante del capital pendiente de amortización, al servir el tipo de cambio de la divisa para fijar su importe en euros.

Califica, en fin, la STS de 30 de junio de 2015 la "hipoteca multdivisa" como un instrumento financiero derivado por cuanto "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".

Nos encontramos, pues, ante un instrumento financiero complejo por contraposición a los "no complejos". Así aparecen configurados en el actual artículo 79.bis.8 en relación con el artículo 2.2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en lo sucesivo, LMV), pues no figurando incluidos entre los productos no complejos, tampoco cumplen los requisitos que para estos últimos prevé la norma (los desprovistos de riesgo, las acciones cotizadas como valores ordinarios cuyo riesgo es de "general conocimiento" y en los que existen posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación a precios públicamente disponibles para los miembros de mercado u ofrecidos o validados por sistemas de evaluación independientes del emisor; los que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición, y aquellos respecto de cuyas características exista a disposición del público información suficiente).

Aparte de la obligada sujeción a las reglas comunes de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y, en su caso, a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para su comercialización, debe observarse, pues, no únicamente la normativa bancaria sino también y, en concreto en materia de información, la LMV y las disposiciones que la desarrollan.

Cierto que en la fecha de contratación del aquí discutido préstamo hipotecario no se había promulgado la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que modificó la LMV y traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, ni el Real Decreto 217/2008, 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. Como después se verá, ello no significa sin embargo que no se hallara obligada Caixa Catalunya a informar a los clientes en los términos que, aun de forma menos detallada, ya preveía la normativa sectorial vigente para la contratación de este tipo de productos financieros.

CUARTO.- Consideraciones generales sobre el error como vicio del consentimiento

Según razona la STS de 21 de noviembre de 2012, para que el error pueda invalidar el consentimiento prestado es preciso (1) que se muestre como suficientemente seguro y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias; (2) que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (arts. 1261-2 y 1266 CC); (3) que concurra en el momento de la perfección o génesis del contrato y, (4) que sea excusable, no cabiendo conferir protección a quien, con el empleo de la diligencia que, según las circunstancias, le era exigible, hubiera podido conocer lo que al contratar ignoraba (en el mismo sentido, SSTS de 13 de mayo de 2009, 6 de mayo y 10 de junio de 2010, 15 de noviembre de 2012).

Precisando que no cabe una equiparación sin matices entre uno y otro, la propia STS de 21 de noviembre de 2012 admitió sin embargo que "en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba".

Es más, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, aun aclarando que lo que vicia el consentimiento no es, propiamente, el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar sino la falta de conocimiento por el cliente (como aquí, minorista) del producto contratado y de sus riesgos (en el caso analizado, también un producto financiero complejo), concluyó que cabrá presumir el error -con los requisitos de esencial y excusable- ante la omisión de la imprescindible información previa.

Doctrina reiterada en la STS de 8 de julio de 2014, según la cual "El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa 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 lo demás y, como aclaran las SSTS de 18 de abril de 2013, resolviendo los recursos 1979/2011 y 2353/2011, si bien los llamados "códigos de conducta" regulan principalmente aspectos jurídico-públicos relacionados con la actuación de las empresas que actúan en el mercado, integran también el contenido preceptivo de los contratos para los que están previstos. Tienen, por tanto, incidencia directa en aspectos tales como la imparcialidad, buena fe y nivel de diligencia exigibles al profesional o la información previa que ha de recabar y, a su vez, facilitar a los clientes.

En palabras de la sentencia de 18 de abril de 2013, rec. 2353/2011, constituyen tales códigos de conducta "estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos, por la buena fe, a las prestadoras

de tales servicios [de inversión] y, al fin, deberes exigibles a la misma por el otro contratante - artículos 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio -".

Estaba, en consecuencia, obligada Caixa Catalunya a informar con claridad a los actores de la naturaleza y contenido del producto financiero ofrecido de modo tal que fuesen capaz de entenderlo y, muy particularmente, de percatarse de los riesgos potenciales que comportaba. Si tal información no cubrió las exigencias del control de inclusión previstas en los artículos 5 y 7 LCGC o las que se derivan de las específicas normativas reguladoras del mercado de valores y protectora de los derechos de los consumidores y usuarios, cabrá apreciar por tanto un error excusable en la formación de su voluntad que justificaría la postulada invalidación por vicio en el consentimiento prestado (arts. 1266 y 1300 CC y SSTS de 21 de noviembre de 2012 y 30 de junio de 2015).

QUINTO.- Obligaciones en materia de información de las entidades que prestan servicios de inversión

Como razona la STS del Pleno de 20 de enero de 2014 , la complejidad de este tipo de productos justifica la especial protección conferida al inversor minorista en su asimétrica relación con el proveedor de los servicios; necesidad de protección que se acentúa porque, al comercializarlos, las entidades financieras "prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros", en la medida en que, auxiliándole en la interpretación de dicha información, le ayudan a tomar la decisión de contratar (en el mismo sentido, SSTS de 8 de julio y 8 de septiembre de 2014 y 30 de junio de 2015).

Partiendo de la redoblada protección de la que, conforme a la entonces vigente LGDCU, goza el cliente bancario que, al tiempo, tenga la consideración de consumidor, recordaremos a continuación las específicas obligaciones que, en materia de información, imponía a las entidades financieras la normativa del mercado de valores en vigor en las fechas en que se concertó la discutida operación:

-La propia LMV, en su redacción anterior a la Ley 47/2007, ya establecía en su título VII las reglas fundamentales del comportamiento de las empresas prestadoras de servicios de inversión. Así, el artículo 78 les imponía el respeto tanto a las normas de conducta contenidas en el Capítulo, como a los códigos que, en desarrollo de la propia Ley, aprobara el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En lo que aquí nos interesa, según el artículo 79, debían aquellas empresas:

a/ comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes;

b/ organizarse de forma que se redujesen al mínimo el riesgo de conflictos de intereses;

c/ cuidar de los intereses de los clientes como si fuesen propios y,

d/ asegurarse de disponer de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados.

-El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, concretaba la diligencia y transparencia exigidas a las entidades que operaran en dichos mercados, incorporando como Anexo un código de conducta y, en concreto,

(i) el artículo 4 del RD 629/1993 prescribía que las órdenes de los clientes sobre valores debían ser claras y precisas en su alcance y sentido, de forma que tanto el ordenante como el receptor conocieran con exactitud sus efectos;

(ii) el artículo 15 de la propia norma preveía la documentación que debía ser objeto de entrega, entre la que se encontraba el documento contractual y una copia de las comisiones y gastos repercutibles, así como las normas de valoración y de disposición de fondos y valores aplicables a la operación concertada;

(iii) el artículo 16 disponía que las entidades debían facilitar a sus clientes en cada liquidación que practiquen por sus operaciones o servicios relacionados con los mercados de valores un documento en que se expresen con claridad los tipos de interés y comisiones o gastos aplicados, con indicación concreta de su concepto, base de cálculo y período de devengo, los impuestos retenidos y, en general, cuantos antecedentes sean precisos para que el cliente pueda comprobar la liquidación efectuada y calcular el coste o producto neto efectivo de la operación" (apartado 1), así como informar "con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones", a cuyo efecto "dispondrán y difundirán los folletos de emisión, informarán sobre la ejecución total o parcial de órdenes, fechas de conversión, canjes, pagos de cupón y, en general, de

todo aquello que pueda ser de utilidad a los clientes en función de la relación contractual establecida y del tipo de servicio prestado" (apartado 2).

(iv) el artículo 4.1 del Anexo imponía el deber de recabar información sobre la situación financiera, experiencia y objetivos de inversión de los clientes cuando fuera relevante para los servicios que se fuesen a proveer y,

(v) el artículo 5 del código de conducta obligaba a ofrecer la información precisa para que los inversores adoptaran sus decisiones, recabando de inmediato nuevas instrucciones en caso de ser necesario a sus intereses, información que debía hacer hincapié en los riesgos que cada operación conllevase "muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata" y ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación, haciendo hincapié en los riesgos, debiendo "representar la opinión de la entidad sobre el asunto de referencia y estar basada en criterios objetivos, sin hacer uso de información privilegiada", a cuyo efecto imponía la conservación de forma sistematizada de "los estudios o análisis sobre la base de los cuales se han realizado las recomendaciones".

-La Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993 (derogada por la Orden EHA/1665/2010, de 11 de junio) establecía en su sección quinta un conjunto de reglas sobre información con la finalidad de facilitar al inversor un conocimiento completo y fácilmente comprensible del resultado de las operaciones, disponiendo el artículo 9-1 que "Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones", información que "deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión (...)".

Debe hacerse notar por último que, aunque no resulta aplicable al caso, 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, se refiere de manera expresa en su considerando cuarto a los problemas detectados en el sector por "la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos", en concreto, en los "suscritos en moneda extranjera (...) en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban". Por ello, en el considerando trigésimo, se explica la necesidad de "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 (...)", medidas que, en forma de importantes limitaciones para reducirlo, prevén los artículos 13.f y 23 estableciendo reforzadas obligaciones de información a las entidades que comercialicen este tipo de productos.

SIXTO.- Premisas para decidir la controversia

-Aunque sin duda a los actores incumbía la carga de probar el invocado error en el consentimiento prestado, debía por su parte Catalunya Banc SA acreditar que su antecesora Caixa Catalunya cumplió con la obligación de ofrecerles una información adecuada, suficiente y previa a la contratación (art. 217 LEC).

-A diferencia del caso analizado en la STS de 30 de junio de 2015 , no es posible concluir que los aquí demandantes dispusieran de los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del instrumento financiero contratado y los riesgos asociados al mismo.

Según se afirmaba en la demanda, se dedicaban los Sres. Lázaro y Rita al sector de la hostelería y hasta la fecha del debatido préstamo únicamente habían realizado operaciones bancarias propias de una "economía doméstica". No otra cosa consta en los autos y, para desmentirlo, ninguna prueba ha practicado Catalunya Banc SA que, incomprensiblemente, se abstuvo de proponer el interrogatorio de los actores. No cabe, pues, sino reconocerles la condición de inversores minoristas, carentes de preparación específica en materia económica o financiera o experiencia en esos campos.

-Como antes se ha apuntado, ninguna consecuencia favorable a la ahora apelada cabe derivar del hecho de que la operación se contratara con anterioridad a la trasposición al ordenamiento interno de la Directiva 2004/39/CE.

Ya la STS del Pleno de 18 de abril de 2013, recurso num. 1979/2011 , citada en la de 8 de julio de 2014 y recaída en un proceso que versaba sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión concertado también antes de aquella trasposición, se refería al elevado estándar de la información exigible a las empresas que prestan este tipo de servicios respecto del inversor no experimentado, como obligación que tiene su último fundamento en el principio de la buena fe negocial.

Con cita de la de 8 de noviembre de 1996 y remisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en concreto, a la STJUE de 8 de octubre de 1987, caso "Kolpinghuis Nijmegen", asunto 80/86), recuerda, además, la mencionada STS de 18 de abril de 2013 que las normas de derecho interno han de ser interpretadas a la luz de la letra y finalidad de las directivas en lo relativo al elevado estándar de actuación de buena fe, prudencia y deberes de información que incumben a las empresas de servicios de inversión y, en concreto, en cuanto a la obligación de informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones, sus objetivos y de transmitirles de forma adecuada toda la información que proceda en el marco de las negociaciones que con ellos mantengan, obligación que ya contemplaba el artículo 4.1 del Anexo al Real Decreto 629/1993 .

Es indiferente, pues, que en junio de 2007 no regulara formalmente la normativa en vigor los denominados test de idoneidad y conveniencia que prevén los actuales artículos 79 bis. 6 y 7 de la LMV y 72 y 73 del RD 217/2008 .

-Consideramos que prestó Caixa Catalunya a los Sres. Lázaro / Rita un auténtico servicio de asesoramiento en materia de inversión, según los criterios que prevé el artículo 52 de la Directiva 2006/73 que aclara la definición de tal tipo de servicios contenida en el artículo 4.4 de la Directiva MiFID .

La STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 SL (C-604/2011) calificó como asesoramiento en materia de inversión toda recomendación de suscribir (en ese caso, un swap) realizada por la entidad financiera "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (en el mismo sentido, SSTS de 7 y 8 de julio de 2014).

Lo relevante, pues, no es tanto la naturaleza del instrumento financiero en sí como la forma en que es ofrecido al cliente. Ofrecimiento que, en el caso de autos y, dadas las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la contratación (préstamo solicitado para la adquisición de vivienda habitual, falta de conocimientos financieros y relación de confianza con la entidad de la que eran clientes los actores hacía años), no cabe sino calificar como una "recomendación personalizada" del empleado bancario.

En cualquier caso y, aun cuando entendiéramos que no prestó la Caja un servicio de asesoramiento, debió recabar los precisos datos sobre la situación financiera de los demandantes, experiencia y objetivos de inversión, deber que ya contemplaba el artículo 4.1 del Anexo al Real Decreto 629/1993 .

SÉPTIMO.- Información ofrecida por Caixa Catalunya

Partiendo de las expuestas bases fáctica, jurisprudencial y normativa, no cabe sino coincidir con los recurrentes en que no ha acreditado Catalunya Banc SA el cumplimiento por su antecesora de la obligación de suministrarles una adecuada información, ni previa ni simultáneamente a la debatida contratación y al cambio de divisa decidido en octubre de 2007. Así:

1/ Con anterioridad a la firma, no hay en los autos prueba de la entrega de documentación informativa del producto y sus riesgos (ni siquiera de una copia de la escritura) ni de que se expusieran a los clientes posibles escenarios de variación de los tipos y de cotización de la divisa.

2/ Las declaraciones del comercial -como testigo- y del entonces director de la sucursal bancaria -en representación de la entidad-, Sres. Javier y Romualdo , no permiten concluir que la información verbal previa ofrecida se ajustara a los exigibles parámetros. Y es que ni uno ni otro detallaron las concretas advertencias de riesgos explicitadas y, más allá de sus obviamente interesadas afirmaciones acerca de que fue solicitado de forma expresa e insistente por el actor, ambos admitieron que, por su naturaleza compleja y carácter especulativo, el producto va dirigido a clientes de cultura financiera avanzada.

No podemos dejar de reiterar aquí la significativa circunstancia de que se abstuvo la ahora apelada de proponer el interrogatorio de los demandantes, en especial, del Sr. Lázaro a quien se atribuye la decisión de contratar el producto y de quien se predicen los avanzados conocimientos financieros, privando primero al Juzgado y, después, a esta sala de un medio de prueba esencial.

3/ Incumplió la Caja, en cuanto prestadora de un servicio de asesoramiento en materia de inversiones mediante una recomendación personalizada, el deber de recabar del matrimonio actor los precisos datos sobre su situación financiera, experiencia y objetivos de inversión, deber que ya contemplaba el artículo 4.1 del Anexo al Real Decreto 629/1993 . Omisión que permite presumir (obviamente, no consta fuera de otro modo) la invocada falta de conocimiento suficiente del producto contratado y de sus riesgos asociados por ausencia

de la obligada información previa, por tanto, el error-vicio en el consentimiento prestado por los clientes (SSTS del Pleno, de 20 de enero de 2014 , 7 de julio de 2014, recursos 892/2012 y 1520/2012 y 8 de julio de 2014).

4/ Buena prueba de la ligereza con la que -en el mejor de los casos- actuó el banco es que ni siquiera se documentó el cambio de divisa a pesar de que, según el Sr. Javier , el propio Lázaro le habría reconocido que adoptó semejante decisión haciendo caso omiso de las advertencias del director de la sucursal respecto al incremento de riesgo que suponía, dada la mayor estabilidad del franco suizo.

5/ Tampoco cabe concluir, en fin, que quedaran debidamente informados los actores través del contenido del propio documento contractual:

(i) En primer lugar, porque la información se debía ofrecer en la fase precontractual (art. 5 del código de conducta anexo al RD 629/1993 y STS de 8 de julio de 2014).

(ii) En cualquier caso, porque con la información contenida en la escritura (v. tenor del pacto segundo, transcrito en el precedente fundamento jurídico segundo) difícilmente pudieron los Sres. Lázaro / Rita hacerse una idea cabal (" posibilidad real de conocimiento") acerca del funcionamiento de la opción multidivisa y del modo en que operaría tanto en la economía del contrato como en su obligación de pago, por tanto, de los riesgos asumidos (v. art. 80-1 del vigente Real Decreto Legislativo 1/2007 -anterior art. 10 LGDCU -, vigésimo considerando y art. 5 de la Directiva 93/13/CEE , SSTS de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013 y STJUE de 30 de abril de 2014).

OCTAVO.- Consideraciones adicionales

A efectos meramente dialécticos y, para agotar el debate, conviene aclarar que tampoco de la aplicación de la normativa estrictamente bancaria cabría derivar consecuencia alguna favorable a Catalunya Banc SA.

En efecto, ya en la versión vigente en la fecha de la debatida contratación, el artículo 48-2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (derogada mediante la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito), se refería a la precisa protección de "los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva", disponía el contenido mínimo de la información que habían de facilitar las entidades bancarias y facultaba al Ministerio de Economía y Hacienda, por lo que aquí nos interesa, para que pudiera "dictar las normas precisas para asegurar que los ... [contratos] 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"; "determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos" (apdo. a/); "[d]ictar 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, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización" (apdo. d/).

Aun sin necesidad de acudir a la invocada Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 1994, derogada por la de 28 de octubre de 2011 (el artículo 1, apartado c/ exigía que "el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25 millones de pesetas, o su equivalente en divisas"), de conformidad con el artículo 48-2 de la propia Ley 26/1988 -a cuyo amparo se dictó la mencionada OM-, sería palmario por tanto el déficit de la información ofrecida a los actores por Caixa Catalunya.

NOVENO.- Conclusión

En definitiva, incumplió Caixa Catalunya la obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, de suministrarles de manera comprensible con carácter previo a la debatida contratación y al cambio de divisa operado en octubre de 2007 una información imparcial, clara y no engañosa de la naturaleza, características y riesgos del instrumento financiero, a los fines de que pudieran decidir con pleno conocimiento de causa y, en fin, la de evaluar -como prestadora de un servicio de asesoramiento- que en atención a la situación financiera y al objetivo perseguido, era el que más les convenía; circunstancias que, por lo razonado a lo largo de la presente resolución, permiten afirmar el error invencible en el consentimiento prestado.

DÉCIMO.- Acerca de la nulidad parcial de los contratos

Consideró inviable el Juzgado la nulidad meramente parcial del contrato (en concreto, de la "cláusula que contiene la opción multidivisa") postulada en la demanda, apreciación que tampoco podemos compartir.

Aunque, como recuerda la STS de 9 de mayo de 2013 , nuestro ordenamiento positivo carece de disposición expresa que, con carácter general, recoja el principio *utile per inutile non vitiatur*, el fenómeno de la nulidad parcial sí es contemplado en la normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación cuando, pese a la supresión de las condiciones ilícitas, el contrato puede subsistir (v. art. 9-2 en relación con el 10 de la LCGC).

También la legislación de consumidores prevé que el efecto de la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente es, sencillamente, que se tendrán por no puestas. Así se deduce del originario artículo 10.4 LGDCU ("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"), del artículo 10 bis, tras la modificación operada mediante la Disposición Adicional 1.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y del primigenio 83-2 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que, manteniendo la nulidad de las cláusulas, admitían la integración del contrato tratando de restablecer el equilibrio interno, reservando su ineficacia para supuestos en los que no fuera posible la reconstrucción equitativa para ambas partes ("sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato").

Por último, tras declarar la STJUE de 14 de junio de 2012 contraria al Derecho de la Unión dicha posibilidad de integración y reconstrucción "equitativa" del contrato por el juez, el actual artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 , tras la reforma operada mediante la Ley 3/2014 de 27 marzo, dispone que "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

Por lo demás, de forma reiterada la jurisprudencia, en los términos que a continuación se verá, ha afirmado la vigencia del principio del favor negotii que obliga a mantener el negocio, en su integridad si es posible y, en otro caso, de manera reducida eliminando las cláusulas ilícitas (SSTS de 16 de julio de 2010 , 20 de abril de 2011 , 18 de mayo y 23 de octubre de 2012).

UNDÉCIMO.- Consecuencias de la declaración de nulidad de la debatida cláusula multidivisa

Partiendo de las precedentes consideraciones, no cabe sino concluir la viabilidad de la postulada nulidad parcial del controvertido préstamo hipotecario. Así:

1/ Nos parece indiscutible la justificación material del alcance limitado de la apreciación del vicio en el consentimiento prestado por los Sres. Lázaro / Rita . Como aducen estos últimos, de otro modo, las consecuencias serían "devastadoras" para ellos pues habrían de restituir a la entidad financiera, sin aplazamiento alguno, la totalidad del capital pendiente de amortización.

2/ Es verdad que una nulidad parcial como la aquí pretendida exige que, aun sin la parte afectada, sigan concurriendo los elementos esenciales para que, como negocio independiente, el contrato pueda subsistir pues, de otro modo, la nulidad habría de ser total (SSTS de 30 de abril y 4 de diciembre de 1986 , 8 de julio de 1988 , 25 de junio y 23 de octubre de 1990 , 23 de junio de 1992 , 30 de junio de 1993 , 2 de junio de 2000 , 13 de noviembre de 2001 , 30 de octubre de 2007 , 20 de noviembre de 2008 , 15 de abril de 2009).

Según recuerda la STS de 9 de enero de 2015 , con cita de la de 30 de junio de 2009 , con arreglo al aforismo *utile per inutile non vitiatur*, cabe declarar la nulidad meramente parcial de un contrato siempre que los contenidos afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para afirmar que, aun con la amputación y sin necesidad de una nueva voluntad concorde, las partes lo hubiesen querido igualmente. Concurriendo tales condiciones, el negocio puede por tanto subsistir como se deduce de la doctrina plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 -entendió que la nulidad de las cláusulas suelo en el caso analizadas no había de comportar la de los contratos en los que se insertaban, por no imposibilitar "su subsistencia"- y del TJUE de 30 de abril de 2014 -en relación, precisamente, a un préstamo hipotecario multidivisa- (en el mismo sentido, SSTS de 12 de noviembre de 1987 , 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015).

Sin duda la aquí debatida cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato. No formando parte inescindible de su objeto y causa, no cabe concluir sin embargo que nos encontremos ante una condición esencial toda vez que, con los precisos ajustes (como préstamo en euros y referenciado al euríbor), el negocio puede subsistir; posibilidad que significativamente preveía la propia escritura. No hay motivo, por tanto, para

eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial.

En consecuencia, se tendrá por no puesta la repetida cláusula contractual, debiendo proceder las partes a la restitución recíproca de las prestaciones que de ella hubieran traído causa (artículo 1303 CC), a cuyo fin se habrá de practicar la consiguiente liquidación/recálculo de las cuotas satisfechas por los prestatarios y del capital pendiente de amortización en euros, aplicando el euribor como tipo de interés de referencia desde el inicio de la relación.

DECIMOSEGUNDO.- Costas

Conforme al artículo 394-1 LEC , dado que la demanda ha sido estimada, a la entidad demandada se impondrán las costas causadas en primera instancia, sin que quepa efectuar especial pronunciamiento sobre las devengadas en esta alzada (art. 398-2 LEC).

DECIMOTERCERO.- Recursos

A los efectos del artículo 208 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se indica que contra la presente sentencia -dictada en un juicio ordinario de cuantía inferior a 600.000 #- cabe recurso de casación siempre que la resolución del mismo presente interés casacional y recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo, o ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya si la casación se funda, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán, de conformidad con los artículos 477.2 , 3º y 478.1 y la disposición final 16ª LEC , en su redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, y los artículos 2 y 3 de la Llei 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil en Catalunya.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que, acogiendo el recurso de apelación interpuesto por D. Lázaro y Dª Rita , revocamos la sentencia dictada en fecha 13 de diciembre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 55 de Barcelona .

En consecuencia, estimando la demanda origen de las presentes actuaciones interpuesta por D. Lázaro y Dª Rita contra CATALUNYA BANC SA, declaramos la nulidad de la cláusula segunda, apartado C/ ("Opción Multidivisa") de la escritura de préstamo hipotecario otorgada en fecha 1 de junio de 2007, debiendo restituirse recíprocamente las partes las prestaciones que trajeran causa de la misma, a cuyo efecto se habrá de practicar la consiguiente liquidación/recálculo de las cuotas satisfechas por los prestatarios desde el inicio de la relación y del capital pendiente de amortización en euros, aplicando como tipo de interés de referencia el euribor.

Se imponen a CATALUNYA BANC SA las costas causadas en primera instancia, sin que quepa efectuar especial pronunciamiento sobre las devengadas en esta alzada.

Devuélvase a los apelantes el depósito en su día constituído de conformidad con lo establecido en los apartados 3b / y 8 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ .

La presente sentencia no es firme y contra ella caben recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, a interponer por escrito presentado ante este tribunal en el término de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación.

Firme esta resolución expídase testimonio de la misma que con los autos originales se remitirá al Juzgado de procedencia a los efectos oportunos.

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

PUBLICACIÓN.- Barcelona, en el mismo día de su fecha, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.