



Roj: **STS 2553/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2553**

Id Cendoj: **28079110012019100425**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2019**

Nº de Recurso: **1922/2016**

Nº de Resolución: **439/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 439/2019

Fecha de sentencia: 17/07/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1922/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/07/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 19

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1922/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 439/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 17 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Jaime , representado por la procuradora D.ª Gloria Rincón Mayoral, bajo la dirección letrada de D.ª Patricia Gabeiras Vázquez, contra la sentencia núm. 128/2016, de 6 de abril, dictada por la Sección 19.ª de la Audiencia

Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 108/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 612/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Madrid. Ha sido parte recurrida Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D. José Marí Olano y de Dª Vanessa Aucejo Sancho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Gloria Rincón Mayoral, en nombre y representación de D. Jaime, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa), en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

"a) Se declare la nulidad parcial del acuerdo suscrito en escritura pública, en lo que se refiere a la referencias a las divisas, declarando así mismo de manera integradora que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la **hipoteca** referenciado a Euros, resultante de disminuir al importe prestado de 301.398,95 Euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también convertidos a Euros, condenando a LA CAIXA a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen. En este aspecto obligar a LA CAIXA 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.

"b) Subsidiariamente, y para el caso de no estimarse la nulidad parcial de las referidas cláusulas, por considerar que no podría subsistir un préstamo convencional, interesa al derecho de esta parte que se declare la nulidad total del contrato de préstamo "multimoneda" con garantía hipotecaria suscrito por las partes en escritura pública en fecha 20 de marzo de 2007 y se condene a la entidad a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en Euros aplicando las mismas condiciones pactadas en la escritura en relación con los intereses, que se fijan al Euribor + 1,75, para evitar que el fallo sea inejecutable, dado que las condiciones del mercado pueden imposibilitar que mis mandantes accedan a financiación externa para devolver la suma de principal que mi mandante se vería obligado a restituir por razón de la declaración de nulidad total.

"c) Subsidiariamente se declare resuelto el contrato en su parte referida al derivado financiero con condena al pago en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados, consistentes en la pérdida sufrida por razón del derivado financiero hasta la fecha de sentencia siguiendo los criterios establecidos en la pericia! aportada, o basándose en las propias pautas establecidas en la escritura relativas a la amortización anticipada del préstamo, debido al incumplimiento de las obligaciones de diligencia y de buena fe que competen al banco y a la pérdida sobrevenida de causa del contrato.

"d) Subsidiariamente se condone parte de la deuda pendiente de pago, correspondiente a la modalidad en "multidivisa" en aplicación de la cláusula "*rebus sic stantibus*" o según las pautas indicadas anteriormente o mejor criterio del Juzgador, y eso en caso de que se considere que la entidad demandada no podía prever el cambio radical y sobrevenido de las circunstancias económicas que habían dado lugar a la suscripción del producto.

"Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 7 de mayo de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Madrid, se registró con el núm. 612/2013. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Julio Cabellos Albertos, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la condena en costas al demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Madrid dictó sentencia n.º 93/2015, de 6 de mayo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la demanda interpuesta por D. Jaime frente a CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA

"1.- Debo absolver y absuelvo a dicha demandada de los pedimentos formulados contra la misma.

"2.- Debo condenar y condeno a la parte demandante al pago de las costas".

5.- La parte demandante solicitó la aclaración o complemento de la anterior sentencia, que fue desestimada por auto de fecha 29 de junio de 2015.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Jaime .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 108/2016 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 6 de abril de 2016 , cuya parte dispositiva dispone:

"Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de D. Jaime , contra la sentencia dictada, en fecha 6 de mayo de 2015, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Madrid , debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Gloria Rincón Mayoral, en representación de D. Jaime , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Único.- Por Infracción procesal al amparo del ordinal 4 del Art. 469.1 de la LEC , citando como infringido el Art. 24.1 CE , por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión como incompatible con un pronunciamiento judicial arbitrario, ilógico o irrazonable, habiéndose infringido el Art. 218.2 de la LEC ".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción de las normas reguladoras de las obligaciones de información de las empresas que prestan servicios de inversión (Art. 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores , desarrolladas por el Real Decreto 629/1993 (Arts. 4 y 5) antes de la trasposición de la Directiva 2004/39/CE y Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, tras la trasposición de dicha Directiva.

"Segundo.- Infracción del Art. 6.3 del Código Civil . Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

"Tercero.- Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

En concreto infracción de la doctrina recogida en las Sentencias 798/2007, de 11 de julio y la 129/2012, de 5 de marzo, RJ 2010/2390 que declaran que la nulidad de este contrato también se puede llegar por el dolo omisivo (art. 1269 CC).

"Cuarto.- Infracción del art. 6.3 del Código Civil en relación con los Arts. 1266 , 1265 y 1300 CC .

"Quinto.- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio: Infracción del art. 80.1 y 82 del TRLCU.

"Sexto.- Infracción del art. 79 LMV en tanto que se ha incumplido el estándar de diligencia y buena fe e información en materia de inversiones financieras y por tanto procede imputar la responsabilidad de los daños y perjuicios producidos a la entidad financiera.

"Séptimo.- Al amparo del art. 477.1 y 477.3 LECiv , se articula el presente motivo por infracción del art. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del principio constitucional del derecho a la vivienda consagrado en el art. 47 CE , infringiendo la Sentencia en liza las resoluciones del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1998 y 18 de diciembre de 2002, y la STC 19/1982, de 5 de mayo ".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de junio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Jaime contra la sentencia dictada, el día 6 de abril de 2016, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.^a), en el rollo de apelación n.º 108/2016 , dimanante de lo juicio ordinario n.º 612/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Madrid".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, la cual presentó escrito solicitando la terminación del procedimiento por carencia sobrevenida de objeto por satisfacción extraprocesal. Conferido traslado al recurrente, se opuso a dichas pretensiones.

Citadas las partes a la comparecencia prevista en el art. 22.2 LEC , se dictó auto de 2 de abril de 2019, en el que se desestimó la carencia sobrevenida de objeto y se acordó la continuación de la tramitación de los presentes recursos.



4.- Por providencia de 14 de junio de 2019, ante la renuncia del magistrado ponente inicialmente designado, Excmo. Sr. D. Francisco-Javier Orduña Moreno, aceptada por Acuerdo de 29 de mayo de 2019, de la Comisión Permanente del C.G.P.J. (B.O.E. de 12 de junio de 2019) con efectos a partir del 30 de junio, se designó como nuevo magistrado ponente de este recurso al Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres, señalándose para votación y fallo el día 11 de julio de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 20 de marzo de 2007, D. Jaime celebró un contrato de préstamo hipotecario con La Caixa (actualmente, Caixabank S.A.). En la escritura se constaba que el prestatario recibía 301.398,05 €, equivalentes a 47.893.500 yenes japoneses.

En julio de 2012, pese a que el prestatario había amortizado 136.489,87 €, adeudaba 365.843,67 € de capital.

2.- El Sr. Jaime interpuso una demanda contra Caixabank, en la que, como pretensión principal, solicitó la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa y la declaración de que el importe adeudado era el resultado de reducir el capital prestado en euros en la cantidad ya amortizada, en euros. Y subsidiariamente, la revisión del contrato en aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

3.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que apeló el demandante, desestimaron plenamente sus pretensiones.

4.- El demandante ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que basan en un motivo, y un recurso de casación, basado en siete motivos, todos los cuales han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Único motivo de infracción procesal. Error patente y arbitrariedad*

Planteamiento :

1.- En el encabezamiento del motivo, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, se denuncia la infracción del art. 24.1 CE, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, como incompatible con un pronunciamiento judicial arbitrario, ilógico o irrazonable, por lo que se habría infringido el art. 218.2 LEC.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente razona, resumidamente, que la infracción se habría cometido al afirmar que un testigo había reconocido un hecho cuando no fue así, haciendo responsable de ese hecho al demandante, que no fue interrogado, pese a que se había reconocido por la demandada que no facilitó información esencial para comprender la carga económica del contrato.

Decisión de la Sala :

1.- El motivo no puede ser estimado, porque en su formulación se entremezclan consideraciones relativas a la valoración de la prueba y a la carga de la prueba, que no están reguladas en el art. 218.2 LEC, con otras que pretenden que esta sala realice una revisión general de la fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia de la Audiencia Provincial.

2.- Esta pretensión es incompatible con la naturaleza del recurso extraordinario por infracción procesal, que, como su propio nombre indica, es un recurso extraordinario que no permite este tipo de impugnaciones globales e indiscriminadas, en las que se mezcla lo fáctico con lo jurídico sustantivo.

3.- El planteamiento de cuestiones jurídico-sustantivas (como sería, por ejemplo, la adecuación de la información suministrada o la valoración del perfil del demandante) es, en todo caso, inadecuado en un recurso extraordinario por infracción procesal, pues solo pueden plantearse en el recurso de casación.

4.- En cuanto a la vulneración del art. 218.2 LEC (que debe denunciarse por el ordinal 2º del art. 469.1 LEC, al tratarse de una norma procesal reguladora de la sentencia), que el recurrente basa en que la motivación de la sentencia es arbitraria, ilógica e irrazonable, es reiterada la jurisprudencia (por todas, sentencias 484/2018, de 11 de septiembre, y 158/2019, de 14 de marzo), que declara que:

"[l]a lógica a que se refiere el art. 218.2 LEC es la de la argumentación -entramado argumentativo-, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda al acierto o desacierto de las mismas, ni quepa al socaire de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal

el debate sobre las cuestiones de fondo, dentro de las que se comprenden los juicios de valor en relación con la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados, que corresponden al ámbito del recurso de casación".

Recurso de casación

TERCERO.- *Formulación de los motivos primero, segundo, sexto y séptimo*

1.- El encabezamiento del primer motivo del recurso de casación tiene este contenido:

"Infracción de las normas reguladoras de las obligaciones de información de las empresas que prestan servicios de inversión (Arts. 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores) desarrolladas por el Real Decreto 629/1993 (Arts. 4 y 5) antes de la trasposición de la Directiva 2004/39/CE y Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, tras la trasposición de dicha Directiva".

La infracción se habría cometido porque la opción multidivisa, incluida en los préstamos hipotecarios denominados multidivisa o multimonedas, es un instrumento de inversión (derivado) implícito y, por tanto, incardinable en el art. 2.2 LMV, de tal modo que en su comercialización deben aplicarse los deberes de información recogidos en el art. 79 y concordantes LMV.

2.- El segundo motivo del recurso de casación se encabeza así:

"Infracción del art 6.3 del Código Civil".

Esta infracción legal se habría cometido al no haber declarado la Audiencia Provincial la nulidad de pleno derecho del contrato, pese a haberse infringido normas imperativas tales como la Ley del Mercado de Valores (varios párrafos de los arts. 79 y 79.bis), art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de entidades de crédito, Orden de 5 de mayo de 1994, art. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 47 de la Constitución .

3.- El sexto motivo del recurso de casación se encabeza así:

"Infracción del Art. 79 LMV en tanto que se ha incumplido el estándar de diligencia y buena fe e información en materia de inversiones financieras y por tanto procede imputar la responsabilidad de los daños y perjuicios producidos a la entidad financiera".

En el desarrollo de este motivo se alega que la sentencia de la Audiencia Provincial sería contraria a la doctrina jurisprudencial que afirma que el incumplimiento de los deberes de información y observancia de la buena fe en materia de inversiones financieras constituye la causa jurídica de los daños y perjuicios producidos.

4.- El encabezamiento del motivo séptimo alega la infracción del art. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del principio constitucional del derecho a la vivienda consagrado en el art. 47 CE .

La infracción se habría producido porque la colocación de un producto como la **hipoteca** multidivisa ha sido un acto de irresponsabilidad por las entidades bancarias, porque el pago de las cuotas no evita el riesgo de pérdida de la vivienda, dado que el aumento desmedido del pasivo contraído para adquirir la vivienda pone en riesgo evidente la capacidad de pago del prestatario.

5.- La conexión entre las infracciones legales denunciadas en estos motivos aconseja su resolución conjunta.

CUARTO.- *Decisión del tribunal sobre los motivos primero, segundo, sexto y séptimo: el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores*

1.- La STJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank* , asunto C-312/14 , posterior a la sentencia de esta sala 232/2015, de 30 de junio , declaró que el art. 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que "no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad".

2.- Este tribunal, en su sentencia 608/2017, de 15 de noviembre , asumió la doctrina sentada en la citada STJUE y modificó la anterior de su sentencia 323/2015, de 30 de junio. Así lo hemos confirmado también en las sentencias 599/2018, de 31 de octubre, y 158/2019, de 14 de marzo.

Nos remitimos a los argumentos expresados en las citadas sentencias, por ser plenamente aplicables al caso objeto de este recurso.

3.- La consecuencia de lo expuesto es que no se han infringido los arts. 79 y 79 bis LMV y los preceptos reglamentarios que los desarrollan, ni el art. 6.3 CC , en relación con la infracción de estos preceptos LMV.

4.- La infracción del art. 6.3 CC, en relación con el art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de entidades de crédito y de la orden de 5 de mayo de 1994 no puede ser estimada, porque, al igual que declaramos en las sentencias 716/2014, de 15 de diciembre, 323/2015, de 30 de junio, y 608/2017, de 15 de noviembre, con relación al incumplimiento de las normas que imponen los deberes de información respecto de los productos y servicios de inversión, la Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito y la Orden de 5 de mayo de 1994 no prevén la nulidad de los contratos bancarios en cuya concertación el banco haya incumplido los deberes de información, sino sanciones administrativas. En la sentencia 599/2018, de 31 de octubre, lo hemos reiterado en un asunto relativo a un préstamo multidivisa.

5.- El incumplimiento de los deberes de información exigibles a las entidades bancarias es relevante, como se verá más adelante, al realizar el control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores.

6.- Respecto del derecho a la vivienda digna que se recoge en los arts. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 47 CE, se trata de un derecho social de configuración legal. No estando discutido que tal derecho se encuentra efectivamente desarrollado por el ordenamiento jurídico infraconstitucional aplicable en este litigio, y que este respeta su contenido esencial, no puede analizarse su infracción independientemente de la infracción de esas normas legales que los desarrollan.

QUINTO.- *Quinto motivo de casación. Infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLGCU*

Planteamiento :

1.- El motivo quinto de casación denuncia la infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLGCU y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias 244/2013, de 18 de abril, 241/2013, de 9 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, y 138/2015, de 24 de marzo.

2.- En el desarrollo del motivo, y en lo que resulta relevante, se alega que la sentencia infringe el control de transparencia que exige el art. 4.2 de la Directiva 93/13, la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13) y la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, pues faltaba la información clara y comprensible sobre las consecuencias de las cláusulas multidivisa, que no permiten conocer al consumidor su posición jurídica, ni la carga económica que realmente asume.

En concreto, no permite entender que el capital que se amortiza no es el que le fue entregado en euros, sino el calculado en la divisa elegida en cada caso, por lo que el importe a devolver podrá ser revaluado y recalculado de manera constante en función de la evolución del tipo de cambio. Tampoco permite conocer las implicaciones de optar por el cambio de divisa prevista en la escritura de préstamo hipotecario, porque en esa cláusula no se ha incorporado la información sobre cómo funcionaba el mecanismo y sobre las consecuencias jurídicas y económicas que implicaban.

Decisión de la Sala :

1.- El motivo se basa en la infracción legal que se habría cometido en la aplicación de los preceptos legales que regulan el control de transparencia de las cláusulas no negociadas, en concreto, los arts. 80.1 y 82 TRLGCU (más exactamente, los arts. 10.1 y 10.bis.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que era la numeración de tales preceptos antes de la refundición), que desarrollan las previsiones de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, como son las del art. 4.2 de la Directiva.

2.- La Audiencia Provincial considera que el demandante estaba suficientemente informado sobre la singularidad propia del préstamo hipotecario contratado y que, en su caso, su error no fue inducido, sino propio, al considerar que el yen japonés se iba a mantener estable y el resultado de la conversión de moneda le iba a resultar favorable.

3.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso *RWE Vertrieb*, párrafos 44 y 49 a 51, de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13, párrafo 70, y de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, caso *OTP Bank*.

4.- En lo que se refiere a la **hipoteca** multidivisa, la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso *Andriuc*, declaró en su apartado 48:

"Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones

contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50)".

Los apartados 49 de la sentencia *Andriuc* y 74 de la sentencia *OTP Bank* precisan cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas:

"En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1)".

El apartado 75 de la sentencia *OTP Bank*, en los mismos términos que lo hizo el apartado 50 de la sentencia *Andriuc*, añade:

"Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc* y otros, C 186/16, EU:C:2017:703, apartado 50)".

5.- De acuerdo con esta jurisprudencia del TJUE, en nuestras sentencias 323/2015, de 30 de junio, 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, hemos explicado por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que oferta este producto. Declaramos en esas sentencias:

"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 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".

6.- El criterio empleado en la sentencia recurrida para valorar la suficiencia de la información suministrada no se ajusta a estos parámetros. Como han resaltado las SSTJUE citadas, una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

7.- Conforme a constante jurisprudencia de esta sala, el control de transparencia tiene por objeto que el consumidor pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga

económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

8.- Que la normativa que regula el mercado de valores no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene representarse algunos de sus riesgos si no recibe la información adecuada, lo que supone que el predisponente debe facilitar una información adecuada y con suficiente antelación.

9.- En el presente caso, no existió esa información precontractual necesaria para que el prestatario conociera adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo porque la que se les facilitó no explicaba adecuadamente en qué consistía el riesgo de cambio del préstamo hipotecario en divisas. Asimismo, la lectura de la escritura y la inclusión en ella de menciones predisuestas en las que el prestatario afirma haber sido informado y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual.

10.- Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera, pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero este consumidor no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que las SSTJUE *Andriciuc* y *OTP Bank* exijan una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa.

11.- Caixabank tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos y que resultan aún menos evidentes. La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional -el euro- del importe en la moneda nominal -la divisa extranjera- del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar. De ahí que, en julio de 2012, varios años después de celebrar el contrato, pese a que el demandante había pagado las cuotas de amortización mensuales en una cuantía considerable, el capital pendiente de amortización era muy superior al recibido cuando celebró el contrato.

12.- Como dijimos en las sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, la percepción propia de un consumidor medio que concierne un préstamo consiste en que, a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo.

Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que el prestatario ha pagado las cuotas de amortización durante varios años, puede ocurrir que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se haya incrementado y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor.

13.- Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario, puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros.

14.- Por estas razones, es esencial que el banco informe al cliente sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización, como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo, o la trascendencia que el incremento del capital pendiente de amortizar, computado en euros, le supondrá en caso de que pretenda cambiar desde la divisa al euro.

También debe ser informado de que la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera otorga al banco la facultad de exigir nuevas garantías, así como de las consecuencias de no prestar esas garantías suplementarias.

15.- Como afirmamos en las anteriores sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el

consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros.

Esta falta de transparencia también agrava su situación jurídica, puesto que ignora el riesgo de infra-garantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

16.- Como conclusión de lo expuesto, las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia porque el prestatario no ha recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que el prestatario recibe sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

17.- Por tales razones, este motivo del recurso debe ser estimado, al concurrir la infracción legal denunciada. Procede, en consecuencia, declarar la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

La nulidad total del contrato de préstamo supondría en este caso un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (STJUE de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerné Rábai* , asunto C-26/13 , apartados 83 y 84).

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

Esta solución supone la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establecía desde un principio la posibilidad de que el capital esté denominado en euros, como de hecho lo estuvo a partir de un determinado momento) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 CC y 312 CCom , que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

Por ello, no existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo.

SEXTO.- Costas y depósitos

1.- Procede condenar al recurrente al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido desestimado, y no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación, que ha sido estimado, de conformidad con los arts. 394 y 398 LEC .

Respecto de las costas del recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de costas pues, como consecuencia de esta sentencia, resulta estimado. Y procede condenar a Caixabank al pago de las costas de primera instancia, al resultar estimada la demanda.

2.- Asimismo, procede la devolución de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos de apelación y casación y la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido :

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuestos por D. Jaime contra la sentencia núm. 128/2016, de 6 de abril, dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 108/2016 .

2.º- Casar la expresada sentencia y, en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Jaime contra la sentencia núm. 93/2015, de 6 de mayo, del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Madrid , que revocamos.



3.º- Estimar la demanda interpuesta por Jaime contra Caixabank S.A. y declarar la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 20 de marzo de 2007, en todos los contenidos relativos a las menciones a las divisas distintas del euro.

3.1.- Declaramos que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por el demandante es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo lo fue de 301.398,05 ? y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés el fijado en la escritura para el préstamo en euros.

3.2.- Condenar a Caixabank S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

4.º- No hacer expresa imposición de las costas de los recursos de apelación y casación.

5.º- Condenar a D. Jaime al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

6.º- Condenar a Caixabank S.A. al pago de las costas de primera instancia.

7.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para interponer los recursos de apelación y casación y la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.