



Roj: **STS 3677/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3677**

Id Cendoj: **28079110012018100590**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2018**

Nº de Recurso: **2397/2015**

Nº de Resolución: **599/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 921/2015,**  
**STS 3677/2018,**  
**AATS 13896/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 599/2018**

Fecha de sentencia: 31/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2397/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Cuarta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2397/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 599/2018**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 31 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia de 30 de marzo de 2015 dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio ordinario 5/2014 del Juzgado de Primera Instancia 8 de Oviedo, sobre nulidad contractual.

Los recursos fueron interpuestos por D. Alejandro y D.<sup>a</sup> Eva María, representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Sharon Rodríguez de Castro Rincón y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Patricia Gabeiras Vázquez.

Es parte recurrida Banco Bilbao Vizcaya S.A., representada por el procurador D. Armando Pedro García de la Calle y bajo la dirección letrada de D. José David Sánchez Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Ramón Blanco González, en nombre y representación de D. Alejandro y D.<sup>a</sup> Eva María, interpuso demanda de juicio ordinario contra Cataluña Banc S.A. (anteriormente Caixa D'Estalvis de Catalunya-Caixa Catalunya), 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 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 143.000 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros, condenando a Catalunya Banc a estar y pasar por esta declaración concurriendo con todos los gastos que de ella se derivasen, incluida la nulidad de aquellos pactos o contratos suscritos con posterioridad para el pago de cuotas atrasadas, comisiones e intereses, al traer causa del negocio nulo relativo a la multividiva.

" 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 con garantía hipotecaria suscrito por las partes en escritura pública en fecha 31 de octubre de 2006, incluida la nulidad de aquellos pactos o contratos suscritos con posterioridad para el pago de cuotas atrasadas, comisiones e intereses, al traer causa del negocio nulo relativo a la multividiva, 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 LIBOR + 1% para evitar que el fallo sea inejecutable, dado que las condiciones del mercado pueden imposibilitar que mi mandante acceda 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, condenando a Catalunya Banc a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

" c) Subsidiariamente se declare resuelto el contrato en su parte referida al instrumento financiero en el que consiste el mecanismo multividiva con condena al pago en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados, consistentes en la pérdida sufrida por razón de dicho mecanismo hasta la fecha de sentencia siguiendo los criterios establecidos en la pericial aportada por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y de buena fe que competen al banco y a la pérdida sobrevenida de causa del contrato, incluida la nulidad de aquellos pactos o contratos suscritos con posterioridad para el pago de cuotas atrasadas, comisiones e intereses, al traer causa del negocio nulo relativo a la multividiva, condenando a Catalunya Banc a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

" d) A efectos de liquidación, se considerará que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la **hipoteca** referenciada a euros, de acuerdo con la pericial que se aportará, restando de esta cantidad las cantidades en euros pagadas en concepto de principal e intereses desde aquella fecha, condonando por lo tanto el resto de la deuda que se haya incrementado por la variación de la paridad Yen/euros. Las cantidades condonadas constituirán los daños y perjuicios sufridos por mis mandantes, condenando a Catalunya Banc a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

" e) Subsidiariamente se condone parte de la deuda pendiente de pago, correspondiente a la modalidad en "multimoneda" 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, arrastrando por tanto a aquellos pactos o contratos suscritos con posterioridad al pago de cuotas atrasadas, comisiones e intereses, al traer causa del negocio nulo relativo a la multidivisa, condenando a Catalunya Banc a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

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

2.- La demanda fue presentada el 30 de diciembre de 2013 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia 8 de Oviedo, fue registrada con el núm. 5/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Victoria Vallejo Hevia, en nombre y representación de Catalunya Banc S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia 8 de Oviedo, dictó sentencia 245/2014, de 5 de diciembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales don Ramón Blanco González, en nombre y representación de doña Eva María y de Alejandro contra Catalunya Banc S.A., debo condenar y condeno a la demandada al pago de 15.000 euros, cantidad que devengará intereses respecto (sic) la interposición de la demanda; todo ello sin expresa condena en costas".

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación tanto por Catalunya Banc S.A. como por D. Alejandro y D.<sup>a</sup> Eva María .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el número de rollo 81/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 30 de marzo de 2015, cuyo fallo dispone:

"Se desestima el recurso de apelación interpuesto por D. Alejandro y Doña Eva María .

" Se estima el recurso de apelación formulado por Catalunya Banc SA, contra la sentencia de fecha cinco de diciembre de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número ocho de Oviedo, en el Juicio Ordinario 5/2014. Se revoca la sentencia de instancia.

" Se desestima la demanda presentada por D. Alejandro y Doña Eva María contra Catalunya Banc SA, absolviendo a la demandada de todos los pedimentos contra ella formulados. Se impone a los demandantes las costas de la primera instancia, así como las devengadas en sede de apelación por su recurso.

" No se hace especial imposición de las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

" En aplicación del punto octavo de la Disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, devuélvase a la recurrente Catalunya Banc SA el depósito constituido para apelar. Dese el destino legalmente previsto al depósito constituido por los apelantes demandantes".

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

1.- El procurador D. Ramón Blanco González, en representación de D. Alejandro y D.<sup>a</sup> Eva María , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- 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. Es absolutamente ilógico que la única prueba tomada en consideración para considerar probado que Catalunya Banc cumplió su obligación de informar respecto de los riesgos de fluctuación del tipo de cambio sea la testifical de su propio empleado, que es quien estaba obligado a facilitar dicha información, y por tanto responsable en caso de no haberla facilitado".

"Segundo.- 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 del art. 79 de la Ley de Mercado de Valores y del art. 14.2 del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, que establece, el primero, la obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y, el segundo, la obligación de que los contratos-tipo deberán contener, además de las características esenciales de los mismos, ajustadas en todo caso a lo dispuesto por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores. Desconocimiento de la sentencia dictada de la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la naturaleza y normativa aplicable a este producto, recogida en su sentencia de Pleno nº 323/2015, de 30 de junio".

"Segundo.- Infracción del art. 6.3 del Código Civil. Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencia 710/2011, de 7 de octubre que declara la nulidad absoluta ipso iure, ex art. 6.3 del Código Civil de todo acto contrario directamente (sic) norma imperativa o prohibitiva, aunque esté igualmente sancionada por norma imperativa".

"Tercero.- Infracción del art. 6.3 del Código Civil en relación con los arts. 1266, 1265 y 1300 del Código Civil. Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, Sentencia 840/2013 de Pleno de 20 de enero de 2014. En particular la sentencia recurrida desconoce la doctrina recogida en dichas sentencias en el sentido de cómo influye el incumplimiento de la normativa imperativa de contenido informativo en la válida formación del contrato".

"Cuarto.- 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 que declaran que la nulidad de este contrato también se puede llegar por el dolo omisivo ( art. 1269 CC)".

"Quinto.- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio. Infracción del art. 80.1 y 82 del TRLCU. El presente recurso se interpone por desconocimiento de la sentencia recurrida de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en Sentencias de fecha 18 de abril de 2013, 9 de mayo de 2013, Sentencia nº 464/2014 de 8 de septiembre y Sentencia nº 138/2015 de 24 de marzo".

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 20 de junio de 2018, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., como sucesora de Catalunya Banc S.A., se opuso a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de octubre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- El 31 de octubre de 2006, la Caixa d'Estalvis de Catalunya (en lo sucesivo, Caixa Catalunya), actualmente Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., de una parte, y D. Alejandro y D.<sup>a</sup> Eva María, de otra, concertaron un préstamo con garantía hipotecaria con una duración de 30 años. En la escritura se hizo constar que el capital del préstamo ascendía a 229.293,35 francos suizos, equivalentes a 143.000 euros, cantidad esta que se empleó para cancelar un préstamo hipotecario por importe de 133.000 euros que los prestatarios habían concertado escasos meses antes para adquirir su vivienda.

2.- El contrato de préstamo contenía una cláusula denominada "opción multidivisa" por la cual el prestatario podría satisfacer la cuota correspondiente en euros o en una de las divisas alternativas previstas.

El índice de referencia no era el Euribor sino el Libor.

El contrato de préstamo contenía una cláusula según la cual el prestatario se obligaba a mantener la equivalencia entre la divisa prestada y su cambio en euros existente cuando se celebró el contrato, de forma que en ningún momento el capital pendiente de amortizar en divisas podía representar un incremento de la deuda en euros. Si la desviación era superior al 5%, el prestatario se obligaba a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortizar para mantener la proporción. Si el equivalente en euros del capital pendiente



de amortizar en divisas supera en más de un 5% el que se adeudaba inicialmente, los prestatarios tenían la obligación de amortizar parcialmente el préstamo hasta eliminar ese exceso.

Se concedía asimismo al banco prestamista la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo y de exigir el pago del capital pendiente de amortizar (y ejecutar, en su caso, la **hipoteca**) en caso de que los prestatarios no realizaran esa amortización parcial y también en caso de que, como consecuencia de la fluctuación de la divisa, el valor de tasación de la finca llegara a ser inferior al del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento.

**3.-** Poco después de concertar el préstamo, la empleada de Caixa Catalunya que atendía a los demandantes les recomendó cambiar de divisa, del franco suizo al yen japonés, lo que estos hicieron. Durante dos años, los demandantes pagaron por la amortización del préstamo unas cantidades inferiores a las que habrían pagado si el préstamo hubiera sido en euros y referenciado al Euribor. Con posterioridad no se produjo ningún otro aviso ni recomendación de cambio de divisa y la depreciación del euro frente al yen provocó el aumento considerable del importe de las cuotas de amortización del préstamo. Las dificultades para pagar las cuotas, pues la situación económica de los demandantes empeoró, hizo que tuvieran que pedir otro préstamo hipotecario a Caixa Catalunya por 16.000 euros en marzo de 2011. El 31 de julio de 2013, pasados casi siete años desde la concertación del préstamo en divisas, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar superaba el importe en euros recibido cuando suscribieron el préstamo.

**4.-** Los prestatarios interpusieron una demanda contra la entidad prestamista el 30 de diciembre de 2013.

En ella solicitaron, como pretensión principal, la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa y al cambio de 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 concepto de principal y de intereses.

Basaban la solicitud de nulidad parcial, en primer lugar, en el artículo 6.3 del Código Civil, por vulneración de normas imperativas, considerando como tales la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y los artículos 79 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores, al tratarse de un derivado financiero.

Como segundo fundamento de la nulidad parcial, la demanda consideraba que la cláusula multidivisa vulnera la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, porque no cumple los requisitos de concreción, claridad, sencillez, respeto al equilibrio y buena fe y conlleva, además, la asunción ficticia de los riesgos inherentes al producto, la falta de claridad y transparencia sobre los efectos de la cláusula y la previsión de causas de resolución anticipada por efecto del riesgo de cambio que solo se establecen a favor de la entidad bancaria.

Por último, se alegaba como causa de nulidad parcial el dolo omisivo de la entidad bancaria y el error invalidante en el consentimiento prestado por los demandantes, al amparo de lo establecido en los artículos 1265, 1266 y 1269 y concordantes del Código Civil.

Para el caso de que se estimara que el préstamo no podía subsistir sin la cláusula "multidivisa", se solicitaba de modo subsidiario la nulidad total del contrato y la condena a Caixa Catalunya a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en euros con un tipo de interés equivalente al Libor más un punto.

Con carácter subsidiario a la acción de nulidad, se ejercitaba una acción de resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y buena fe de la entidad bancaria demandada, en su parte referida al derivado financiero, con la que se pretendía la condena a Caixa Catalunya a indemnizar, en concepto de daños y perjuicios, la pérdida patrimonial sufrida sobre los criterios establecidos en la prueba pericial aportada con la demanda.

La última de las acciones ejercitadas, igualmente con carácter subsidiario, pretendía la condonación de una parte de la deuda pendiente de pago en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

**5.-** El Juzgado de Primera Instancia desestimó las primeras pretensiones y estimó una subsidiaria, por la que condenó al banco demandado a indemnizar a los demandantes en 15.000 euros por el incumplimiento contractual consistente en la infracción del deber de información, tanto en el momento de la contratación como durante el desenvolvimiento del contrato, al no haber avisado a los prestatarios de la conveniencia del cambio de divisa.

**6.-** Los demandantes apelaron la sentencia del Juzgado de Primera Instancia para que se estimaran sus pedimentos principales.

El banco demandado también apeló la sentencia y solicitó que se desestimara totalmente la demanda.



7.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de los demandantes y estimó el recurso de apelación del banco demandado, por lo que revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y desestimó totalmente la demanda.

8.- Los demandantes han interpuesto contra esta sentencia un recurso extraordinario por infracción procesal, que han basado en dos motivos, y un recurso de casación, que han basado en cinco motivos.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

##### **SEGUNDO.-** *Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- En el encabezamiento del motivo, los recurrentes, por el cauce del art. 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la infracción del art. 24 de la Constitución por haberse infringido su derecho a la tutela judicial efectiva.

2.- La infracción vendría determinada porque "es absolutamente ilógico que la única prueba tomada en consideración para considerar probado que Catalunya Banc cumplió su obligación de informar respecto de los riesgos de fluctuación del tipo de cambio sea la testifical de su propio empleado, que es quien estaba obligado a facilitar dicha información y, por tanto, responsable en caso de no haberla facilitado".

En apoyo de su impugnación, los recurrentes invocan la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, dictada por esta sala.

##### **TERCERO.-** *Decisión del tribunal: el control de la valoración de la prueba cuando la sala resuelve un recurso extraordinario por infracción procesal es diferente a cuando asume la segunda instancia*

1.- Como acertadamente pone de manifiesto el recurrido, la invocación de la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, para fundamentar su impugnación no es correcta.

2.- En aquella sentencia, pusimos de manifiesto que, puesto que habíamos revocado la sentencia de la Audiencia Provincial y debíamos resolver el recurso de apelación, al actuar como órgano de instancia en la resolución del recurso de apelación, teníamos facultades plenas de revisión no solo de las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso, sino también de las fácticas, razón por la cual podíamos realizar una revisión plena de la valoración de la prueba, sin estar constreñidos por las estrictas limitaciones que en esta materia son propias del recurso extraordinario por infracción procesal.

3.- En el recurso de apelación, la Audiencia Provincial puede revisar con toda amplitud la valoración de la prueba que se hizo en primera instancia, cuando esa valoración haya sido impugnada en el recurso de apelación, de modo que a pesar de que la valoración de la prueba hecha por el juez de primera instancia no haya sido arbitraria o ilógica ni constitutiva de un error patente, la Audiencia Provincial puede sustituir esa valoración por la que considere más conveniente.

4.- Sin embargo, el recurso extraordinario por infracción procesal no constituye una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba, o el carácter ilógico o arbitrario de tal valoración, tengan relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben ser de tal magnitud que vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución.

5.- La jurisprudencia constitucional identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, "inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia".

Para que haya arbitrariedad en la valoración de la prueba, la decisión debe ser una simple expresión de la voluntad, sin fundamento en razón material o formal alguna.

6.- Las normas de valoración de la prueba testifical no son idóneas para sustentar el recurso extraordinario por infracción procesal, por ser de libre valoración, salvo supuestos de arbitrariedad o error patente ( sentencias 746/2009, de 13 de noviembre; y 215/2013 bis, de 8 de abril). Esto no ha sucedido en este caso, en que la Audiencia, dentro de sus facultades valorativas, ha decidido conceder mayor credibilidad a unos testigos respecto de otros, y explica motivadamente las razones de su decisión.

7.- Que esta sala, cuando ha actuado como tribunal de instancia, haya podido optar por otra solución en un caso diferente no convierte en arbitraria, ilógica o constitutiva de error patente una solución diferente.

8.- Por otra parte, la sentencia de la Audiencia Provincial no alcanza conclusiones precisas sobre qué información facilitó el banco a los demandantes al valorar la prueba testifical de la empleada de Caixa



Cataluña que les atendió, puesto que no precisa de qué modo o con qué alcance se les informó sobre los riesgos aparejados a la suscripción del préstamo en divisas. Solo declara que esa prueba testifical "evidencia que los demandantes fueron advertidos de esos riesgos", riesgos que la sentencia de la Audiencia Provincial ha descrito en los párrafos precedentes de forma muy genérica, y que "también era importante calibrar las posibles fluctuaciones del valor de la divisa", para luego añadir que "es cierto que no hay prueba documental escrita que nos permita calibrar el alcance de la información facilitada por la testigo", que había reconocido que las gestiones se hicieron de forma no presencial.

**CUARTO.-** *Formulación del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- En el encabezamiento de este motivo, por el cauce del art. 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la infracción del art. 24.1 de la Constitución porque se ha infringido el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- La infracción se habría cometido porque la sentencia "ha prescindido de valorar de modo absoluto los medios de prueba que pueden ser considerados fundamentales". Se alega que la valoración de la prueba ha sido errónea o absurda y que son varias las pruebas que no son mencionadas, en especial los informes periciales, algunos extremos de la escritura que fueron tomados en consideración en la primera instancia y no en la segunda, la no aportación de algunos documentos que le fueron requeridos a la demandada, valoraciones sobre el riesgo de cambio, etc.

**QUINTO.-** *Decisión del tribunal: desestimación del motivo*

1.- El motivo no puede ser estimado. En él se mezclan consideraciones relativas a la valoración de la prueba, que no está regulada en el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con otras que pretenden que esta sala realice una revisión completa de toda la fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia de la Audiencia Provincial.

2.- Los recurrentes olvidan que el recurso extraordinario por infracción procesal 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.- La práctica totalidad de las impugnaciones que se contienen en este motivo se conectan con la consideración del préstamo hipotecario en divisas como un instrumento derivado financiero sujeto a la Ley del Mercado de Valores. Desde el momento en que la Audiencia Provincial (acertadamente, como veremos más adelante) descartó la aplicación de la Ley del Mercado de Valores a dicho contrato, esas impugnaciones carecen de sentido puesto que la falta de consideración de esos elementos probatorios eran lógica consecuencia de la opción que había adoptado la Audiencia Provincial en la resolución de las cuestiones sustantivas.

4.- Por último, la Audiencia Provincial no realiza en su sentencia una revisión de los elementos fácticos fundamentales fijados por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, sin perjuicio de que no haga referencia a algunos de ellos por no considerarlos relevantes, lo cual entra dentro del ámbito de soberanía de la segunda instancia. Que esa opción sea adecuada desde el punto de vista sustantivo y que la Audiencia Provincial haya podido incurrir en alguna infracción de las normas sustantivas aplicables para la resolución del litigio, es cuestión a plantear en el recurso de casación, como efectivamente han hecho los recurrentes.

**Recurso de casación**

**SEXTO.-** *Formulación del primer motivo del recurso de casación*

1.- En el encabezamiento de este primer motivo, los recurrentes denuncian que la sentencia recurrida ha infringido los arts. 79 de la Ley de Mercado de Valores y del art. 14.2 del Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, pues desconoce la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la naturaleza de este producto y a la normativa que le es aplicable, recogida en su sentencia de Pleno 323/2015, de 30 de junio.

2.- La infracción se habría producido porque la sentencia de la Audiencia Provincial no reconoce que la opción multidivisa es un instrumento de inversión (derivado) implícito y por tanto ha de encuadrarse en el art. 2.2 de la Ley del Mercado de Valores, por lo que en su comercialización han de aplicarse los deberes de información recogidos en el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores, que no habrían sido observados por el banco demandado.

**SÉPTIMO.-** *Decisión del tribunal. El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio*



1.- La sentencia del TJUE 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 dicha 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 sentencia del TJUE y modificó la doctrina sentada en la anterior sentencia 323/2015, de 30 de junio.

A los argumentos expresados en la citada sentencia 608/2017 nos remitimos, por ser plenamente aplicables al caso objeto de este recurso.

#### **OCTAVO.-** *Formulación del segundo del recurso de casación*

1.- En el encabezamiento de este motivo se denuncia la infracción del art. 6.3 del Código Civil.

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta que la infracción se ha producido porque no se ha declarado la nulidad de pleno derecho solicitada en la demanda, pese a que la actuación del banco demandado ha supuesto la infracción de la Ley del Mercado de Valores y de la Orden de 5 de mayo de 1994, que desarrolla el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de entidades de crédito.

#### **NOVENO.-** *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- Al no ser de aplicación la normativa sobre el mercado de valores, la sentencia de la Audiencia Provincial no infringe el art. 6.3 del Código Civil en relación con el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores.

2.- En el motivo se denuncia también la infracción del art. 6.3 del Código Civil con relación al art. 48.2 de la Ley de disciplina e Intervención de entidades de crédito y de la Orden de 5 de mayo de 1994.

Esta impugnación tampoco puede ser estimada puesto que, 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.

3.- El incumplimiento de los deberes de información que esta normativa impone a los bancos es relevante, como se verá más adelante, al realizar el control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores.

#### **DÉCIMO.-** *Formulación del quinto motivo del recurso de casación*

1.- Dado que los motivos tercero y cuarto denuncian infracciones que, de ser estimadas, darían lugar a la nulidad del contrato por error vicio, y que esta pretensión se formuló de forma subsidiaria a la de nulidad parcial del contrato, centrada en las cláusulas relativas a la incidencia de las divisas en el préstamo, procede analizar a continuación el motivo quinto, que se refiere al fundamento de esta pretensión formulada con carácter prioritario respecto de la de nulidad total del contrato.

2.- En el encabezamiento del motivo quinto se denuncia la infracción de los arts. 80.1 y 82 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, LGDCU) y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 18 de abril de 2013, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 24 de marzo de 2015.

3.- En el desarrollo del motivo, y en lo que finalmente resulta relevante, se alega que la falta de información a los prestatarios impide que las cláusulas del contrato relativas a las divisas puedan superar el control de incorporación y también el control de transparencia, tal como el mismo se configura en las sentencias citadas.

Se alega que la sentencia infringe también el control de transparencia que exige el art. 4.2 de la Directiva 93/13, la sentencia del TJUE 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 y estas 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, de modo que, pese a estar pagando las cuotas del préstamo, no se va a producir amortización efectiva de la deuda en euros si el contravalor en la divisa se ha revalorizado. Tampoco permite conocer las implicaciones de optar por el cambio de divisa prevista en la estipulación segunda bis.

Y, por último, la infracción se habría cometido al no declarar el carácter abusivo de las cláusulas porque de haber conocido el cliente el coste económico previsible del contrato que sí conocía el banco, jamás hubiera prestado su consentimiento.

**UNDÉCIMO.-** *Decisión del tribunal (I): desestimación de los óbices alegados respecto de la admisibilidad del motivo*

1.- El banco recurrido alega que la cuestión relativa a la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario quedó fuera del debate procesal porque la Audiencia Provincial no se pronunció sobre tal cuestión. Por tanto, al no haber interpuesto los demandantes un recurso extraordinario por infracción procesal en el que se denuncie como infracción la incongruencia omisiva de la sentencia de la Audiencia Provincial, no pueden plantear en casación ninguna infracción que se refiera a esta cuestión.

2.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de los recurrentes, en el que se impugnaba la decisión del Juzgado de Primera Instancia de desestimar, entre otras, la acción dirigida a que se declarara la nulidad parcial del contrato, circunscrita a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del capital del préstamo y a las consecuencias anudadas a tal cuestión.

Los demandantes consideraron que esta cuestión no había sido directamente abordada por la sentencia de la Audiencia Provincial y solicitaron aclaración y/o complementación de la sentencia.

La Audiencia Provincial dictó un auto en el que afirmaba:

"La sentencia dictada por este tribunal en sede de apelación trata el posible carácter abusivo de la "cláusula multidivisa" y así es objeto de estudio en el fundamento de derecho cuarto, descartando esa naturaleza abusiva al valorar que ambos contratantes se hallan en un plano de igualdad. No cabe hablar de asimetría contractual cuando a priori se desconoce el comportamiento futuro de la divisa elegida y tanto puede fluctuar en beneficio de uno como del otro contratante.

" En cuanto al conocimiento por la parte recurrente de la mecánica operativa de la cláusula multidivisa también se argumenta en el último párrafo del fundamento de derecho tercero. La parte puede discrepar de las consideraciones que allí se recogen, pero no pretender que el tribunal ha omitido pronunciarse sobre algo de lo que ya razona.

" La propia parte recurrente admite que el tribunal en el fundamento de derecho sexto vuelve a razonar en relación al cumplimiento por la entidad bancaria del deber de información, luego no hay omisión alguna sobre el tema. La vía del artículo 215 de la LEC no es la idónea para hacer valer la insatisfacción que una parte litigante pueda albergar respecto de los argumentos de las resoluciones judiciales, lo que hace decaer la pretensión de la recurrente".

3.- El auto en que se resuelve una solicitud de aclaración o complemento, cualquiera que sea su sentido, forma parte integrante de la resolución respecto de la que se dicta. En consecuencia, tomando en consideración el contenido tanto de la sentencia de la Audiencia Provincial como del auto dictado para resolver la solicitud de aclaración y/o complemento, se llega a la conclusión de que la Audiencia Provincial abordó la cuestión de la nulidad parcial del contrato, referida a las llamadas "cláusulas multidivisa" y que el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso de los demandantes y estimó el recurso del banco demandado de modo que desestimó plenamente la demanda, abarcaba también la desestimación de la acción en la que se solicitaba la nulidad de las "cláusulas multidivisa", por lo que la misma no ha quedado fuera del debate procesal y puede ser objeto de un motivo del recurso de casación.

**DUODÉCIMO.-** *Decisión del tribunal (II): desestimación de las alegaciones relativas a la infracción de las normas sobre incorporación de las condiciones generales*

1.- La infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en lo sucesivo, LCGC) podría constituir el objeto de un motivo del recurso de casación si en la demanda se hubiera ejercitado una acción encaminada a declarar que las cláusulas relativas a la denominación en divisa no estaban incorporadas al contrato de préstamo hipotecario por no reunir los requisitos de incorporación exigidos en esos preceptos y la Audiencia Provincial se hubiera pronunciado sobre tal cuestión.

2.- Pero al no haber sido formulada esa pretensión, no haber existido pronunciamiento sobre la aplicación o inaplicación de los arts. 5 y 7 LCGC, no es admisible un motivo de casación fundado en la infracción de preceptos legales distintos de los que sirven de fundamento a la acción ejercitada.



**DECIMOTERCERO.-** *Decisión del tribunal (III): las "cláusulas multividiva" del contrato celebrado por las partes son condiciones generales de la contratación*

1.- El banco recurrido alega que no es posible declarar la nulidad de las "cláusulas multividiva" del contrato de préstamo hipotecario por aplicación de los arts. 80.1 y 82 LGDCU y del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (en lo sucesivo, la Directiva), porque las cláusulas en cuestión no son condiciones generales sino cláusulas negociadas.

Los argumentos que usa el banco demandado para fundar esta afirmación consisten en que fueron los demandantes quienes tuvieron la iniciativa de la contratación (la codemandante había tenido conocimiento del producto en la intranet de los empleados de la empresa en la que trabajaba). Y que no hubo imposición porque existía una "alternativa a la contratación", pues los demandantes habían acudido antes a otro banco que ofertaba este tipo de préstamos hipotecarios, esto es, podían haber contratado el préstamo con otro banco.

2.- Los argumentos del banco no son correctos. Que fueran los demandantes quienes acudieron al banco para contratar un préstamo hipotecario en divisas o que otros bancos ofrecieran también ese tipo de préstamos, y los demandantes hubieran acudido antes a otro banco para interesarse por este producto, no elimina el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran la reglamentación contractual, a menos que el banco pruebe que hayan sido el fruto de la negociación con el cliente, lo que en este caso no ha sucedido, y por otra parte no sería creíble a la vista de la complejidad de las "cláusulas multividiva" y de que los prestatarios eran simples consumidores, sin poder de negociación.

3.- En la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, tratamos extensamente esta cuestión y a ella nos remitimos, porque los argumentos allí expresados son plenamente aplicables a este recurso.

De lo dicho en esa sentencia nos basta con recordar que "la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente".

Asimismo, afirmamos en dicha sentencia:

"b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

" c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios".

4.- Que hayan sido los demandantes quienes, atraídos por las ventajas que se predicaban de las **hipotecas en divisa extranjera**, acudieran al banco a interesarse por el producto tampoco enerva el carácter de condición general de las cláusulas del contrato, puesto que no elimina las características de este tipo de cláusulas como son la generalidad, la predisposición y la imposición. Naturalmente, lo que ha de ser objeto de imposición para que estemos ante una condición general no es la celebración misma del contrato (estaríamos en tal caso en un supuesto de vicio del consentimiento) sino la concreta reglamentación contractual que integra tal contrato, y eso tiene lugar en estos supuestos de contratación en masa tanto cuando es el empresario quien tiene la iniciativa de dirigirse al potencial cliente como cuando es este quien acude al empresario a interesarse por su producto o servicio.

5.- De aceptar el razonamiento del banco recurrido se llegaría al absurdo de negar en todo caso el carácter de condiciones generales a las cláusulas de los contratos predispuestos por los empresarios para la contratación en masa cuando fuera el cliente el que acude al establecimiento a interesarse por el producto y ha examinado las ofertas de otros competidores, lo que es frecuente en los sectores en los que hay un consenso sobre el carácter de condiciones generales de las cláusulas utilizadas en los contratos suscritos entre el empresario y el cliente, como es el caso de los contratos bancarios, de seguros, suministro eléctrico o telefonía.

6.- En definitiva, como dijimos en nuestra anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo (la que los prestatarios necesitaban refinanciar), el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento "**divisa extranjera**" que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento "**divisa extranjera**" en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado



en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato.

**DÉCIMOCUARTO.-** *Decisión del tribunal (IV): el control de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisa y al cambio de una divisa a otra*

1.- El banco demandado alega conocer la doctrina establecida en la sentencia del pleno de esta sala 608/2017, de 15 de noviembre. Pero, alega, las circunstancias fácticas que rodearon la contratación del préstamo objeto de este recurso serían diferentes, por lo que la solución que debería darse es distinta.

2.- El análisis de las sentencias de instancia (la sentencia de la Audiencia Provincial no introduce cambios trascendentes en los hechos fundamentales fijados por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia) muestra que los hechos relevantes no presentan diferencias sustanciales entre uno y otro litigio.

3.- El análisis conjunto de los razonamientos de la Audiencia Provincial muestran que la afirmación relativa a la suficiencia de la información suministrada a los demandantes sobre la naturaleza y los riesgos del préstamo hipotecario "multidivisa" que ofertaba Caixa Catalunya no tiene naturaleza fáctica sino jurídica sustantiva. También tiene esta naturaleza la afirmación del plano de igualdad y de la ausencia de asimetría contractual que se contiene en esta sentencia.

La Audiencia Provincial ha aplicado un criterio incorrecto. Considera que los riesgos fundamentales de un préstamo hipotecario en divisas de los que debe ser informado un cliente coinciden sustancialmente con los de un préstamo hipotecario normal; que el riesgo de este préstamo, además del riesgo de variación del índice de referencia, es la variación del tipo de cambio entre el euro y la divisa elegida, y que de ese riesgo no puede aducirse ignorancia, sigue afirmando la Audiencia, "porque hablamos de unos conocimientos que posee cualquier ciudadano medio" y bastaba con una mínima diligencia para desvirtuarlo mediante la lectura de cualquier periódico, que informa sobre las fluctuaciones de las divisas; y porque la Audiencia considera suficiente la información que previamente se le había suministrado en Bankinter, cuando el examen de la documentación que contiene tal información muestra con claridad que no se les informó de ninguno de los riesgos relevantes de este tipo de préstamo, pues apenas se contenían unos datos sobre el importe de las comisiones, el tipo de interés aplicable según la divisa elegida, los documentos que debían presentar, y poco más.

Y, en contra de lo afirmado por la Audiencia Provincial, concurre la asimetría en la información entre las partes, puesto que mientras que el profesional predisponente, el banco, es conocedor de los riesgos específicos que entraña la concertación del préstamo en divisas, el consumidor medio no los conoce adecuadamente en toda su extensión.

4.- De hecho, aunque la Audiencia considera que la declaración testimonial de la empleada de Caixa Catalunya prueba que los demandantes fueron advertidos "de esos riesgos", este razonamiento ha de conectarse con el contenido del párrafo precedente, en el que la Audiencia describe los riesgos relevantes, que se limitarían a los propios de todo préstamo hipotecario y a las "fluctuaciones de la divisa elegida en cada momento" que pueden determinar que el importe de las cuotas periódicas sufra oscilaciones.

Es significativo que la Audiencia añada que "es cierto que no hay prueba documental escrita que nos permita calibrar el alcance de la información facilitada por la testigo", lo que es indicativo de que para la Audiencia Provincial basta con una información somera. Este criterio no es correcto de acuerdo con los criterios que sentamos en la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, y con los establecidos por el TJUE en sus sentencias de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso *Andriuc*, y de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, caso *OTP Bank*.

5.- El motivo del recurso de casación se basa en la infracción legal que se habría cometido en la aplicación de los preceptos legales que regulan el control de abusividad de las cláusulas no negociadas y, más precisamente, el control de transparencia, en concreto, los arts. 80.1 y 82 LGDCU, que desarrollan las previsiones de la Directiva sobre cláusulas abusivas, como son las del art. 4.2 de la Directiva.

6.- Las sentencias del TJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Kásler y Káslerné Rábai*, de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso *Andriuc*, y de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, caso *OTP Bank*, declaran la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en los contratos de préstamo denominados en divisas.



7.- Una vez fijada la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores y usuarios que desarrolla la Directiva sobre cláusulas abusivas, el apartado 35 de la STJUE *Andriuc* afirma que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, a las que hace referencia el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan. Y en el apartado 38 añade:

"[...] mediante un contrato de crédito, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este último se compromete, a su vez, principalmente a reembolsar, generalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos. Las prestaciones esenciales de este contrato se refieren, pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. Por lo tanto, como el Abogado General ha señalado en los puntos 46 y siguientes de sus conclusiones, el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo".

8.- Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte de los prestatarios, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.

9.- De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

10.- En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE *Andriuc*, declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas:

"El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que 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".

En un sentido similar está redactado el apartado 3 del fallo de la sentencia dictada posteriormente en el caso *OTP Bank*.

11.- La jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 LGDCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE.

Esta línea jurisprudencial se inicia a partir de la sentencia 834/2009, de 22 de diciembre, y se perfila con mayor claridad a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, hasta las más recientes sentencias 171/2017, de 9 de marzo, y 367/2017, de 8 de junio.

12.- En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato.

Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente 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.



**13.-** 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.

Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

**14.-** Que la normativa MiFID 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 la comprensión de algunos de sus riesgos.

**15.-** En nuestras sentencias 323/2015, de 30 de junio, y 608/2017, de 15 de noviembre, hemos explicado por qué los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Dijimos 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.

"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".

**16.-** La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva 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*.

También lo hizo la STJUE *Andriciuc*, cuyo apartado 48 declara:

"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).

**17.-** Los apartados 49 de la sentencia *Andriciuc* 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 *Andriciuc*, 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, *Andriciuc* y otros, C 186/16, EU:C:2017:703, apartado 50)".

**18.-** En el presente caso, no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo.

Caixa Catalunya no les entregó ninguna información por escrito sobre estos riesgos con anterioridad a la suscripción del préstamo, pues las gestiones fueron telefónicas. No hay prueba de que las informaciones verbales fueran más allá de advertencias genéricas sobre el riesgo de fluctuación de la divisa.

No hay prueba de que se les entregara con la antelación exigida la oferta vinculante. Requerida Caixa Catalunya para que la aportara al proceso, no lo hizo, y el hecho de que en la escritura pública se afirmara la coincidencia de las condiciones de la escritura con la oferta vinculante, como menciona la Audiencia Provincial en su sentencia, no prueba que la misma hubiera sido entregada a los demandantes con la debida antelación, como ya afirmamos en la anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, menos aún que en ella se informara adecuadamente sobre los riesgos específicos que presenta este tipo de préstamo.

Además, la información que previamente les había suministrado Bankinter tampoco informaba sobre estos riesgos, al limitarse a informar sobre algunas de las condiciones del préstamo (comisiones, tipo de referencia y diferencial según el préstamo fuera en francos suizos, en yenes, o en euros, documentación a presentar por el cliente).

**19.-** Para determinar la información que Caixa Catalunya debió suministrar a los demandantes tiene especial relevancia la diferenciación entre la divisa en que se denominó el préstamo, pues en ella se fijaba el capital prestado y el importe de las cuotas de amortización (respecto del que habría que determinar su equivalente en euros en cada vencimiento), a la que podemos llamar "moneda nominal", y la moneda en la que efectivamente se entregó a los demandantes el importe del préstamo y se pagaron por estos las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar "moneda funcional". En la cláusula en la que se especificaba, denominada en divisa, el capital prestado, se fijaba también su equivalencia en euros.

**20.-** Era exigible a Caixa Catalunya que hubiera informado a los prestatarios sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, primero el franco suizo y posteriormente el yen japonés, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución (esto es, la entrega efectiva del capital a los prestatarios y el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización).

**21.-** En concreto, Caixa Catalunya no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la **divisa extranjera** respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa.

Esa información era necesaria para que los prestatarios pudieran haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudieran haber comprendido los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda en la que recibían sus ingresos. Así lo declaran las sentencias del TJUE *Andriciuc* y *OTP Bank*.

**22.-** Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, 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. Hasta aquí, el razonamiento de la Audiencia Provincial sobre esta cuestión es correcto.



Pero, a diferencia de lo afirmado por la Audiencia Provincial, 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 sentencias del TJUE *Andriuc* 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.

**23.-** Caixa Catalunya tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos. 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.

En relación con este riesgo, es significativo que, transcurridos siete años desde la concertación del préstamo, pese a que los prestatarios habían abonado las cuotas de amortización del préstamo, comprensivas de capital e intereses, la equivalencia en euros del capital adeudado fuera superior al adeudado al inicio del préstamo.

Este riesgo afecta a la obligación del prestatario de devolver en un solo pago la totalidad del capital pendiente de amortizar, bien porque el banco haga uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo cuando concurra alguna de las causas previstas en el contrato (entre las que se encuentran algunas no imputables al prestatario y asociadas al riesgo de fluctuación de la divisa, como veremos más adelante), bien porque el prestatario quiera pagar anticipadamente el préstamo para cancelar la **hipoteca** y enajenar su vivienda libre de cargas, bien porque quiera contratar el préstamo hipotecario con otra entidad y subrogar a esta como acreedor hipotecario en lugar de Caixa Catalunya.

**24.-** Este riesgo de recálculo al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar por las oscilaciones del cambio de divisa traía asociados otros, sobre los que tampoco se informó a los demandantes.

Tales riesgos estaban relacionados con la obligación de los prestatarios de amortizar parcialmente el préstamo si el equivalente en euros del capital pendiente de amortizar en divisas superaba en más de un 5% el que se adeudaba inicialmente, y la facultad que se otorgaba al banco prestamista de resolver anticipadamente el préstamo y exigir el pago del capital pendiente de amortizar en caso de que los prestatarios no realizaran esa amortización parcial y también en caso de que, como consecuencia de la fluctuación de la divisa, el valor de tasación de la finca llegara a ser inferior al del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento.

El impago del capital pendiente de amortizar en caso de que el banco ejercitara esa facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente permitía al banco promover la ejecución hipotecaria, que podía suponer que los demandantes perdieran su vivienda.

**25.-** Si bien el riesgo de un cierto incremento del importe de las cuotas de amortización, en los casos de préstamos denominados en divisas o indexados a divisas, por razón de la fluctuación de la divisa, podía ser previsto por el consumidor medio de este tipo de productos sin necesidad de que el banco le informara, no ocurre lo mismo con los riesgos que se han descrito en los anteriores párrafos.

Como dijimos en la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, la percepción propia de un consumidor medio que concierta 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 los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor.

El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que, pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la **hipoteca** conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo y ejecutar la **hipoteca** como consecuencia de la fluctuación de la divisa.

**26.-** 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.

**27.-** Por estas razones es esencial que la información que el banco dé al cliente verse 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.

También debe ser informado de la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la **divisa extranjera**, porque supone también un serio riesgo para el consumidor que, pese a no haber incurrido en incumplimiento contractual, se vería obligado a devolver de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar, bajo el riesgo de que, de no hacerlo, el banco pudiera ejecutar la **hipoteca** y subastar su vivienda.

**28.-** La información omitida era fundamental para que los demandantes hubieran valorado si les interesaba concertar el nuevo préstamo, apenas unos meses después de haber concertado un préstamo hipotecario "ordinario" en euros a un tipo de interés superior al que inicialmente tuvo el préstamo multidivisa, pero en el que no existía ese riesgo de fluctuación de la divisa, o suscribir un nuevo préstamo hipotecario, en la modalidad "multidivisa", para cancelar el anterior. Además, de haber mantenido el anterior préstamo, se hubieran ahorrado los gastos en que incurrieron al concertar el nuevo préstamo hipotecario.

**29.-** Como afirmamos en la anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, 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 pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener el préstamo que ya tenían concedido y que fue cancelado con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.

La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron considerablemente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas.

También se agravó su situación jurídica, puesto que incurrieron en el riesgo de que concurrieran causas de vencimiento anticipado del préstamo previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

**30.-** Por más que Caixa Catalunya alegue la diferencia existente entre las circunstancias concurrentes en el préstamo objeto de este recurso y las concurrentes respecto de los que fueron objeto de la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso *Andriiciuc*, y la sentencia de este tribunal 608/2017, de 15 de noviembre, la doctrina establecida en esas sentencias, y en la posterior sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, caso *OTP Bank*, respecto del control de transparencia de las cláusulas sobre denominación en divisa del préstamo, es aplicable al caso objeto de este recurso.

Y la conclusión que se desprende de esta aplicación es, como se ha expuesto, que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013, de 9 de noviembre, hemos fundado en los arts. 60.2, 80.1 y 82.1 LGDCU y el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, porque los prestatarios no han 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 los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

**31.-** 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 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 (sentencia del TJUE 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.

**32.-** Lo realizado en esta sentencia, como ya se hizo en la anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo.

**33.-** Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas.

Así lo ha declarado el TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13), apartados 76 a 85.

**34.-** Sin embargo, no es procedente declarar la nulidad del préstamo suscrito con posterioridad entre las partes para el pago de las cuotas atrasadas, comisiones e intereses, por cuanto que en la sentencia de primera instancia se afirma que la situación de impago del préstamo hipotecario multidivisa que hizo necesaria la solicitud de un nuevo préstamo no vino determinada únicamente por la fluctuación de la divisa sino porque los demandantes perdieron su empleo y necesitaron incurrir en nuevos gastos para iniciar un negocio.

Estas afirmaciones fácticas, no desvirtuadas por la sentencia de la Audiencia Provincial, rompen la vinculación, en el grado de intensidad necesario, entre la celebración del segundo negocio y las consecuencias de la falta de transparencia de las cláusulas multidivisa, exigible para que la nulidad de determinadas cláusulas del primer negocio se propague y determine la nulidad del negocio posterior.

#### **DECIMOQUINTO.-** Costas y depósitos

**1.-** La estimación del recurso de casación conlleva que no se haga expresa imposición de las costas de ese recurso. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal trae consigo la condena a los recurrentes al pago de las costas de ese recurso

La estimación del recurso de casación supone la estimación en parte del recurso de apelación de los demandantes y la consiguiente desestimación del recurso de apelación de la demandada, por lo que procede condenar a esta al pago de las costas de su recurso de apelación y no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación interpuesto por los demandantes.

Todo ello en aplicación de los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**2.-** Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y a la pérdida del constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **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 interpuesto por D. Alejandro y D.ª Eva María contra la sentencia de 30 de marzo de 2015, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el recurso de apelación núm. 81/2015.

**2.º-** Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos:

**2.1.-** Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Alejandro y D.ª Eva María, contra la sentencia 245/2014, de 5 de diciembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Oviedo, y desestimar el recurso interpuesto por Catalunya Banc S.A., hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., contra dicha sentencia.

**2.2.-** Revocar la sentencia 245/2014, de 5 de diciembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Oviedo, y en su lugar acordar la estimación parcial de la demanda interpuesta por D. Alejandro y D.ª Eva María contra Catalunya Banc S.A., hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., y acordar:



- a) Declarar la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 31 de octubre de 2006, en todos los contenidos relativos a las menciones a las divisas distintas del euro.
- b) Declarar que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la **hipoteca** referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (143.000 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de 143.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (LIBOR a un mes + un punto).
- c) Condenar a Catalunya Banc S.A., hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.
- 3.º**- Condenar a los recurrentes al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. Condenar a Catalunya Banc S.A., hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. al pago de las costas de su recurso de apelación. No imponer las costas del recurso de casación, del recurso de apelación interpuesto por D. Alejandro y D.<sup>a</sup> Eva María, ni de la primera instancia.
- 4.º**- Acordar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y a la pérdida del constituido para la interposición del 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.