



Roj: **STS 773/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:773**

Id Cendoj: **28079110012019100146**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2019**

Nº de Recurso: **2233/2016**

Nº de Resolución: **158/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1247/2016,**  
**STS 773/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 158/2019**

Fecha de sentencia: 14/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2233/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta

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.: 2233/2016

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. 158/2019**

Excmo. Sr.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 14 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia de 31 de marzo de 2016 dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de los autos de juicio ordinario núm. 1888/2013 del Juzgado de Primera Instancia 18 de Sevilla, sobre nulidad parcial de un préstamo hipotecario multidivisa y otras pretensiones relacionadas con dicho préstamo.

El recurso fue interpuesto por D. Jenaro y D.<sup>a</sup> Gracia, 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 Bankinter S.A., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> María Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de D. Juan Manuel Rodríguez Cárcamo.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. Agustín Cruz Solís, en nombre y representación de D. Jenaro y D.<sup>a</sup> Gracia, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que:

" a) Se declare la nulidad parcial del acuerdo suscrito en escritura pública, en los que se refiere a la referencia 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 136.800 Euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también convertidos a Euros, condenando a Bankinter a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen. En este aspecto obligar a Bankinter a recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados en Euros y fijando el capital pendiente de pago en Euros, condenando a Bankinter a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

" 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 "multidivisa" con garantía hipotecaria suscrito por las partes en escritura pública en fecha 21 de septiembre 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 + 0,50, 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 se verían obligados a restituir por razón de la declaración de nulidad total, condenando a Bankinter 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 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 pericial 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, condenando a Bankinter a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

" 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", 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, condenando a Bankinter a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

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

2.- La demanda fue presentada el 5 de diciembre de 2013 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Sevilla, fue registrada con el núm. 1888/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.



3.- El procurador D. Joaquín Ladrón de Guevara Cano, en representación de Bankinter S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Sevilla, dictó sentencia 222/2014, de 20 de noviembre, que desestimó la demanda y condenó a los demandantes al pago de las costas causadas.

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por D. Jenaro y D.<sup>a</sup> Gracia. Bankinter S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 3619/2015 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia de 31 de marzo de 2016, en la que desestimó el recurso y condenó a los apelantes al pago de las costas.

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

1.- El procurador D. Agustín Cruz Solís, en representación de D. Jenaro y D.<sup>a</sup> Gracia, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Único.- Por infracción procesal al amparo del ordinal 4 del artículo 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.- Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo.

"Tercero.- Infracción del art. 1265 CC .

"Cuarto.- Infracción del art. 1265 en relación con la doctrina del Tribunal Supremo recogida en las STS 32/2016, STS 535/15, STS 897/04 y sentencia 825/11, en relación a la aplicación de la doctrina de actos propios en supuestos de error en el consentimiento".

"Quinto.- Infracción del art. 1269 CC . 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)".

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

"Séptimo.- 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.

"Octavo.- 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 19 de septiembre de 2018, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Bankinter 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 27 de febrero de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- D. Jenaro y D.<sup>a</sup> Gracia celebraron un contrato de préstamo hipotecario con Bankinter el 21 de septiembre de 2007. En la escritura se hizo constar que los prestatarios recibían 136.800 euros, por su contravalor en 22.444.776,00 yenes japoneses.

Ante la depreciación que el euro sufrió respecto del yen y la consiguiente elevación del importe en euros de la cuota mensual, los prestatarios optaron por cambiar del yen al euro, lo que hicieron en diciembre de 2011. Al hacerlo, consolidaron un capital pendiente de amortizar cercano a los 200.000 euros, pese a haber pagado hasta ese momento las cuotas mensuales del préstamo.

2.- En diciembre de 2013 los prestatarios interpusieron una demanda contra Bankinter. En ella solicitaron, como pretensión principal, 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. Basaban la solicitud de nulidad parcial tanto en el artículo 6.3 del Código Civil, por vulneración de normas imperativas, como en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, porque tales cláusulas no cumplen los requisitos de concreción, claridad, sencillez, respeto al equilibrio y buena fe, y existe, además, una asunción ficticia de los riesgos inherentes al producto, falta de claridad y transparencia sobre los efectos de la cláusula, así como 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 Bankinter a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en euros.

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 la parte referida al derivado financiero, con la que se pretendía la condena a Bankinter a indemnizar, en concepto de daños y perjuicios, la pérdida patrimonial sufrida por los demandantes.

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*.

3.- Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que apelaron los demandantes, desestimaron plenamente las pretensiones de estos.

4.- Los demandantes han 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 ocho motivos, todos los cuales han sido admitidos.

### Recurso extraordinario por infracción procesal

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

1.- En el encabezamiento del motivo, al amparo del ordinal 4 del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del art. 24.1 de la Constitución, 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- En el desarrollo del motivo se razona que la infracción se habría cometido en los razonamientos relativos a la no exigibilidad de previsiones verosímiles al banco, la consideración de que la información suministrada fue suficiente, no haberse valorado que el banco no solicitó la prueba de interrogatorio de parte de los demandantes y haberse valorado incorrectamente los actos de los demandantes posteriores a la suscripción del préstamo.

#### TERCERO.- *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 y a la carga de la prueba, que no están reguladas en el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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 de los demandantes) 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que debe denunciarse por el ordinal 2.º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tratarse de una norma procesal reguladora de la sentencia), que los recurrentes basan en que la motivación de la sentencia es arbitraria, ilógica e irrazonable, es reiterada la jurisprudencia que declara que "la 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" (sentencia 232/2012, de 23 de abril, y las que en ella se citan).

### Recurso de casación

#### **CUARTO.-** *Formulación de los motivos primero, segundo, séptimo y octavo*

- 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 ( 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".

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

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

"Infracción del art 6.3 del Código Civil".

- 4.- 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 .

- 5.- El séptimo 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".

- 6.- 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.

- 7.- En el encabezamiento del motivo octavo se 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 de la Constitución .

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





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

**QUINTO.-** *Decisión del tribunal: el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores*

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 anterior de su sentencia 323/2015, de 30 de junio. Así lo hemos confirmado también en la sentencia 599/2018, de 31 de octubre.

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

3.- La consecuencia de lo expuesto es que no se han infringido los artículos 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y los preceptos reglamentarios que los desarrollan, ni el art. 6.3 del Código Civil en relación con la infracción de estos preceptos de la Ley del Mercado de Valores.

4.- En el segundo 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.

5.- Esta impugnación no 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. En la sentencia 599/2018, de 31 de octubre, lo hemos reiterado en un asunto relativo a un préstamo multdivisa.

6.- 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.

7.- Respecto del derecho a la vivienda digna que se recoge en los arts. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 47 de la Constitución, 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.

**SEXTO.-** *Formulación del motivo sexto*

1.- Dado que en los motivos tercero, cuarto y quinto se denuncian infracciones que, de ser estimadas, darían lugar a la nulidad del contrato por error vicio o dolo, y que esta pretensión se formuló de forma subsidiaria a la de nulidad de las cláusulas relativas a la incidencia de las divisas en el préstamo por infringir las exigencias del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), procede analizar a continuación el motivo sexto, que se refiere a esta pretensión.

2.- En el encabezamiento de este motivo se denuncia la infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLCU 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.

3.- 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 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 multdivisa y estas no permiten conocer al consumidor su posición jurídica ni la carga económica que realmente asume.

4.- 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.

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

1.- Bankinter alega que el motivo debió ser inadmitido porque los preceptos legales invocados ( arts. 80.1 y 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ) no estaban en vigor cuando se firmó la escritura de préstamo hipotecario, pues en aquel momento se encontraba en vigor la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2.- La alegación debe ser desestimada, por cuanto los preceptos invocados provienen de la refundición de un texto anterior, vigente en el momento en que se firmó el contrato, en el que existían preceptos equivalentes, como es el caso de los arts. 10.1 y 10.bis.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en el texto vigente cuando se suscribió el préstamo. Por otra parte, tanto unos como otros constituyen la trasposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo art. 4.2 , y la interpretación que del mismo ha hecho el TJUE, resulta decisivo para resolver este recurso.

3.- Respecto de la nueva valoración de la prueba que, alega Bankinter, pretenden hacer los recurrentes, la revisión de las valoraciones jurídicas de determinados hechos, que en lo esencial no resultan cuestionados, no supone una revisión de la prueba.

**OCTAVO.-** *Decisión del tribunal (II): 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 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 transparencia de las cláusulas no negociadas, en concreto, los arts. 80.1 y 82 TRLCU (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 sobre cláusulas abusivas, como son las del art. 4.2 de la Directiva.

2.- La Audiencia Provincial considera suficiente la información suministrada por Bankinter, en concreto la contenida en el documento 12 acompañado con la contestación a la demanda, en la que se comparan las cuotas del préstamo según se solicite en euros, en francos suizos o en yenes japoneses, y se advierte a los prestatarios de que existe el "riesgo de cambio" y han de pagar comisiones que no pagarían en un préstamo hipotecario "ordinario".

Asimismo, considera relevante que los prestatarios fueran personas con estudios universitarios, que uno de ellos tuviera una cartera de valores y que hubieran sido ellos quienes se pusieron en contacto con el banco para interesarse por el producto.

Por último, considera relevante la conducta posterior de los prestatarios, en concreto que consultaran en la web de Bankinter la evolución del yen, que cuando no había pasado un año desde la concertación del préstamo abrieran una cuenta en yenes para comprar yenes con los que pagar las cuotas del préstamo y que al cabo de unos cuatro años cambiaran la divisa del préstamo del yen al euro.

Bankinter, en su oposición al recurso, considera adecuada la tesis de la sentencia recurrida y confirma que la información sobre la naturaleza y riesgos del producto que se suministró a los demandantes, contenida en el documento núm. 12 aportado con la contestación a la demanda, es adecuada.

3.- El análisis de los razonamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial muestra 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 Bankinter, y el correlativo conocimiento y comprensión de tales extremos por los prestatarios, no tiene naturaleza fáctica, sino que constituye una valoración jurídica sustantiva, pues la Audiencia considera adecuada y suficiente la información suministrada en el documento 12 acompañado con la contestación a la demanda, cuya autenticidad y recepción por los demandantes (que sí son elementos de naturaleza fáctica) no resultan cuestionados.

También tienen naturaleza jurídica, y no fáctica, las afirmaciones relativas al perfil de los consumidores demandantes que se contiene en esta sentencia y las relativas a su trascendencia en la comprensión de los riesgos del producto.



4.- 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* .

5.- También lo hizo la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso *Andriuc* , 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)".

6.- 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)".

7.- 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)".

8.- 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. 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".

9.- El criterio empleado en la sentencia recurrida para valorar la suficiencia de la información suministrada no se ajusta a estos parámetros. La información relevante contenida en el documento 12 de la contestación a la demanda, cuyo contenido ha sido considerado adecuado y suficiente por la Audiencia, se circunscribe a una comparación entre las cuotas a pagar según que el préstamo se concertara en euros o en alguna de las divisas utilizadas por Bankinter en los préstamos hipotecarios multdivisa; a una advertencia genérica sobre





la existencia de un "riesgo de cambio"; y a la existencia de comisiones por la utilización de las divisas distintas del euro.

Se trata de un documento que resalta las ventajas del préstamo en divisas (el importe de la cuota inicial del préstamo en yenes era de poco más de la mitad que el de la cuota del préstamo en euros y sin embargo se amortizaba casi el doble de capital), pero no informa sobre la naturaleza del "riesgo de cambio" o las consecuencias de la fluctuación de la divisa a que hace mención.

**10.-** En cuanto al perfil de los prestatarios, es cierto que, como se afirma en la sentencia recurrida, la formación universitaria de los prestatarios y el hecho de que la esposa tuviera, junto con otros familiares, una cuenta de valores, permite presumir que tenían capacidad suficiente para entender la información recibida de la entidad bancaria. El problema estriba en que esta información fue claramente insuficiente y la formación y experiencia de los prestatarios no permitía que conocieran, por sí solos, los riesgos que suponía la contratación del préstamo hipotecario en divisas.

**11.-** Tampoco el hecho de que fueran los demandantes quienes, al conocer el producto por un familiar que lo había contratado, acudieron a la entidad bancaria a solicitar información, excluye la insuficiencia e inadecuación de la información obtenida.

**12.-** En cuanto a los actos posteriores a que la sentencia recurrida hace mención, debe recordarse que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, atendiendo a todas las circunstancias del caso.

Además, la consulta en la web de Bankinter de la evolución del yen, la apertura, meses después de la celebración del contrato, de una cuenta en yenes y el cambio de divisa pasados cuatro años desde la concertación del préstamo, no supone que en el momento de la celebración del contrato los demandantes tuvieran información sobre la naturaleza de los riesgos asociados al préstamo hipotecario en divisas y seguramente tiene mucho más que ver con el incremento de las cuotas por la depreciación del euro frente al yen.

**13.-** De acuerdo con 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 *Andriciuc*, y de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, caso *OTP Bank*, no solo es necesario que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato 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.

**14.-** En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE *Andriciuc*, 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*.

**15.-** La jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, y los preceptos de Derecho interno que lo desarrollan, ha exigido 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.

**16.-** En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, 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.

**17.-** 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.

**18.-** 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.

**19.-** 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.

**20.-** 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 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 predispuestas en las que los prestatarios afirman haber sido informados y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual.

**21.-** 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 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.

**22.-** Bankinter 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 diciembre de 2011, varios años después de celebrar el contrato, cuando los demandantes habían pagado las cuotas de amortización mensuales en una cuantía considerable y decidieron cambiar del yen al euro ante la constante apreciación del yen frente al euro y el consiguiente incremento de las cuotas, el capital pendiente de amortizar en la moneda funcional, el euro, fuera de casi 200.000 euros, muy superior al que recibieron cuando celebraron el contrato, que era de 136.800 euros.

**23.-** 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 riesgos, sobre los que tampoco se informó a los demandantes, como es la concesión al banco del "derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en EUROS, todas las disposiciones al cambio del día excedan en un 10,00 % del límite actual del préstamo".

**24.-** 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 los prestatarios han 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.



**25.-** 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 exigir garantías adicionales en caso de devaluación de la moneda funcional respecto de la nominal.

**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 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.

**28.-** 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.

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

**30.-** En el presente caso, este riesgo se materializó cuando los prestatarios optaron por cambiar la moneda nominal del yen al euro, ante el incremento constante del importe de las cuotas del préstamo, y al hacerlo consolidaron un capital pendiente de amortizar muy superior al que recibieron al contratar el préstamo, pese a haber estado pagando las cuotas de amortización durante varios años.

**31.-** Como conclusión de lo expuesto, las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia 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.

**32.-** 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.

**33.-** 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 perjudicarlo 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.

**34.-** Lo realizado en esta sentencia, como ya se hizo en las anteriores sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, constituye, en realidad, 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 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.

**35.-** 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.

#### **NOVENO.** - *Costas y depósitos*

**1.-** Procede condenar a los recurrentes 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 artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 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 Bankinter al pago de las costas de primera instancia, al resultar estimada la demanda.

**2.-** Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con la disposición adicional 15.<sup>a</sup>, 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 interpuestos por D. Jenaro y D.<sup>a</sup> Gracia contra la sentencia de 31 de marzo de 2016, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 3619/2015.

**2.º-** Casar la expresada sentencia y, en su lugar, acordar estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Jenaro y D.<sup>a</sup> Gracia contra la sentencia 222/2014, de 20 de noviembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Sevilla, que revocamos, y en consecuencia acordamos:

**2.1.º-** Estimamos la demanda interpuesta por D. Jenaro y D.<sup>a</sup> Gracia contra Bankinter S.A.

**2.2.º-** Declaramos la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 21 de septiembre de 2007, en todos los contenidos relativos a las menciones a las divisas distintas del euro.

**2.3.º-** Declaramos que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes 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, entendiéndose que el préstamo lo fue de 136.800 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés el fijado en la escritura para el préstamo en euros.

**2.4.º-** Condenar a Bankinter S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

**3.º-** No imponer las costas del recurso de casación ni del recurso de apelación. Condenar a D. Jenaro y D.<sup>a</sup> Gracia al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal. Condenar a Bankinter S.A. al pago de las costas de primera instancia.

**4.º-** Devolver a los recurrentes el depósito constituido para interponer el recurso de casación y acordar 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.