



Roj: **STS 3627/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3627**

Id Cendoj: **28079110012019100581**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2019**

Nº de Recurso: **961/2017**

Nº de Resolución: **607/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 14636/2016,**
STS 3627/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 607/2019

Fecha de sentencia: 14/11/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: **961/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/10/2019

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 19

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: **961/2017**

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 607/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres



En Madrid, a 14 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la Asociación de Usuarios Financieros, en nombre de Dña Bárbara y D. Pedro Jesús, representada por la procuradora D.ª Sharon Rodríguez de Castro Rincón bajo la dirección letrada de D.ª Patricia Gabeiras Vázquez, contra la sentencia núm. 431/2016, de 1 de diciembre, dictada por la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 749/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 104/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 56 de Madrid, sobre préstamo multdivisa. Ha sido parte recurrida Banco Popular Español S.A., representado por la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Manuel Machado Rubiño.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- La procuradora D.ª Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en representación de la Asociación de Afectados por Permutas y Derivados Financieros y en nombre de Dña. Bárbara y D. Pedro Jesús, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español 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 lo que se refiere a las divisas, declarando así mismo de manera integradora que la cantidad adeuda es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 392.000 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros, condenando a Banco Popular 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 11 de mayo 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 +0,65, 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 se verían obligados a restituir por razón de la declaración de nulidad total, condenando a BANCO POPULAR 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 multidivisa 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 aportado por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y de buena fe que competen al banco y a la pérdida sobrevenida de causa del contrato.

A efectos de liquidación, se considerará que la cantidad adeuda es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, de acuerdo con la pericial aportada, 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 mi mandante, condenando a Banco Popular 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*" 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 que habían dado lugar a la suscripción del producto.

"e) Se proceda a declarar nulo cualquier procedimiento de ejecución de la garantía hipotecaria que recaer sobre los bienes objeto de la presente Litis, estén ya iniciados o por iniciar.

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

2.- La demanda fue presentada el 29 de enero de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia se registró con el núm. 104/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª María José Bueno Ramírez, en representación de Banco Popular Español S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:



"[...] dicte en su día resolución por la que: (i) se declare incompetente para conocer de la acción de abusividad; y (ii) desestime íntegramente la demanda, absolviendo de todas las pretensiones a mi representada, con expresa imposición de las costas a la demandante; y todo ello con los demás pronunciamientos a que en Derecho hubiere lugar."

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 56 de Madrid dictó sentencia n.º 131/2016, de 9 de mayo, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta a instancia de la ASOCIACIÓN DE AFECTADOS POR PERMUTAS FINANCIERAS Y DERIVADOS FINANCIEROS (ASUPEDEFIN), en representación de dos de sus asociados DÑA. Bárbara y D. Pedro Jesús contra la mercantil BANCO POPULAR ESPAÑOL, declaro la nulidad por error como vicio de consentimiento de la cláusula 1.3 del contrato de préstamo hipotecario de 11 de mayo del 2007, con la eliminación de toda referencia a las divisas extranjeras, quedando integrado el contrato con la referencia al Euribor y el diferencial señalado en el contrato. Así mismo, se debe de recalcular la cantidad debida por los actores, con las cantidades entregadas, calculándolo con el Euribor y el diferencial, debiendo correr la parte demandada con todos los gastos que genere esta novación y condena al pago de las costas procesales a la entidad demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Popular S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 749/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 1 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva establece:

"Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., contra la Sentencia de nueve de mayo de dos mil dieciséis n.º 131/2016, dictada en el Procedimiento Ordinario 104/2015, del Juzgado de 1ª Instancia n.º 56 de Madrid, que revocamos, por lo que desestimamos la demanda, sin imposición de las costas causadas en ambas instancias a ninguna de las partes litigantes".

3.- La parte apelada solicitó la aclaración y/o complemento de dicha sentencia que fueron denegadas mediante auto por la Audiencia Provincial.

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

1.- La procuradora D.ª Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en representación de Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), 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 2 del artículo 469.1 de la LEC, por haberse infringido las normas reguladoras de las sentencias. Vulneración de los arts. 208 y 215 de la LEC.

"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 que no supera el test de la razonabilidad a la vista de las pruebas practicadas.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del art. 2.2 de la Ley del Mercado de Valores.

"Segundo.- Infracción de las normas reguladoras de las obligaciones de información de las empresas que prestan servicios de inversión (art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y art. 5 Real Decreto 629/1993.

"Tercero.- Infracción del art. 6.3 del Código Civil.

"Cuarto.- Infracción del art. 1269 CC.

"Quinto.- Infracción de los arts. 1.266, 1.265 y 1.300 del Código Civil.

"Sexto.- Infracción del art. 7 CC.

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

"Octavo.- 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.



"Noveno.- Al amparo del art. 477.1 y 477.3 LEC, 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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la Asociación de Usuarios Financieros (Asufin) en representación de sus asociados D^a Bárbara y D. Pedro Jesús, contra la sentencia dictada, el día 1 de diciembre de 2016, por la Audiencia Provincial".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 16 de septiembre de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 17 de octubre de 2019, en que ha tenido lugar.

Cuando el asunto estaba ya deliberado, votado y fallado, esa misma mañana, las partes presentaron un escrito conjunto en el que manifestaban que habían llegado a un acuerdo y solicitaban el archivo de las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 11 de mayo de 2007, D^{ña}. Bárbara y D. Pedro Jesús celebraron un contrato de préstamo hipotecario con el Banco Popular S.A. (actualmente, Banco de Santander S.A.). En la escritura constaba que los prestatarios recibían 63.513.408 yenes japoneses, equivalentes a 392.000 €.

Pese a que los prestatarios han abonado todos los plazos previstos para la amortización del préstamo, no solo no ha disminuido el capital pendiente, sino que se ha incrementado.

2.- La Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), en nombre de los Sres. Bárbara y Pedro Jesús, interpuso una demanda contra el Banco Popular, en la que, como pretensión principal, solicitaron la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa y la declaración de que el importe adeudado era el resultado de reducir el capital prestado en euros en la cantidad ya amortizada, en euros. Y subsidiariamente, la revisión del contrato en aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

3.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda, declaró la nulidad por error vicio del consentimiento de la cláusula del contrato referida a la divisa extranjera y la sustituyó por el Euribor más el diferencial previsto en el contrato. Asimismo, ordenó el recálculo de la cantidad debida por los prestatarios, ajustándola a tales parámetros.

4.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de la entidad prestamista y desestimó la demanda. En lo que ahora interesa, consideró que el banco había ofrecido una información suficiente y había ilustrado a los prestatarios sobre las características esenciales del préstamo y los riesgos que asumían, en particular, que, junto al riesgo de variación del tipo de interés, se unía el de la fluctuación del tipo de cambio de la divisa extranjera.

5.- Los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- *Cuestión preliminar. Inadmisión del desistimiento del recurso después de que esté deliberado y resuelto*

1.- Como se ha dicho en los antecedentes de hecho, la deliberación, votación y fallo de los recursos interpuestos por los Sres. Bárbara y Pedro Jesús estaba señalada para el día 17 de octubre pasado, a las 10,30 horas. Y cuando ya se había resuelto el recurso, a las 12,20 horas de esa mañana, se presentó un escrito conjunto de ambas partes, en el que anunciaban que habían llegado a un acuerdo y los demandantes renunciaban a la acción ejercitada.

2.- Una vez que un recurso ha sido resuelto mediante la correspondiente votación y fallo (arts. 253 a 255 LOPJ y 196 a 201 LEC), el proceso únicamente puede acabar mediante el dictado de la correspondiente sentencia, como se desprende del art. 450.1 LEC, que establece que "Todo recurrente podrá desistir del recurso antes de que sobre él recaiga resolución".



Es decir, como quiera que la resolución se adopta cuando el recurso está votado y fallado, aunque todavía no se haya documentado por escrito la sentencia, debe entenderse que, una vez concluida la deliberación y votación, ya no cabe el desistimiento del recurso. Sin perjuicio de que, una vez dictada la sentencia, las partes puedan acordar lo que estimen pertinente sobre su ejecución.

Solución ésta que, en otro orden jurisdiccional, ha encontrado acogida en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015.

3.- En consecuencia, debe dictarse la presente sentencia, a fin de plasmar lo deliberado, votado y fallado el día señalado al efecto.

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- *Primer motivo de infracción procesal. Normas reguladoras de la sentencia*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción de los arts. 208 y 215 LEC.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la Audiencia Provincial analiza una cláusula de un contrato diferente, que se había aportado a título de ejemplo.

En concreto, la de la escritura suscrita por los recurrentes con el Banco Popular decía:

"La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio [...]".

Mientras que la examinada por la sentencia recurrida dice:

"La transformación de la moneda, en caso de que la parte prestataria elija en cualquiera de tales periodos una moneda distinta a la del anterior, no constituye novación o modificación alguna del presente préstamo. La parte prestataria deberá reintegrar las cuotas comprensivas de pago de capital e intereses en la moneda en que esté representado el préstamo en cada momento".

Decisión de la Sala:

1.- Lleva razón la parte recurrente al afirmar que la confusión sobre la cláusula objeto de enjuiciamiento puede afectar al juicio de transparencia, pero ello no es un problema de infracción procesal, sino sustantivo, sobre la superación del control de transparencia de la cláusula de referenciación del préstamo en divisas en un contrato celebrado con consumidores.

2.- No obstante, este tribunal no aprecia tal confusión, pues tal y como aclaró la Audiencia Provincial en su auto posterior a la sentencia, lo sucedido es que, al citarse otros pronunciamientos precedentes del propio tribunal, se hace mención a diferentes cláusulas.

En todo caso, la mencionada confusión, incluso aunque hubiera existido, no supondría infracción de los preceptos legales que se citan como infringidos, pues el art. 208 LEC se refiere a la forma de las resoluciones judiciales y el art. 215 LEC al complemento de las sentencias.

3.- Por estas razones, el primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

CUARTO.- *Segundo motivo de infracción procesal. Error patente y arbitrariedad*

Planteamiento:

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

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente razona, resumidamente, que la infracción se habría cometido al afirmar que no es razonable afirmar que los prestatarios estaban informados de los riesgos del préstamo en divisas cuando obraban en autos dos informes periciales que certificaban que, ya en el momento de suscripción del contrato, las pérdidas eran altamente probables.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo no puede ser estimado, porque, en su caso, el error de la Audiencia Provincial no sería de valoración probatoria, sino de valoración jurídica.



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

3- En consecuencia, este motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

Recurso de casación

QUINTO.- *Formulación de los motivos primero, segundo, tercero y noveno*

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

"Infracción del art. 2.2 de la Ley del Mercado de Valores".

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 LMV, como determinó la sentencia de esta sala 323/2015, de 30 de junio.

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

"Infracción de las normas reguladoras de las obligaciones de información de las empresas que prestan servicios de inversión (Art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y Art. 5 Real Decreto 629/1993".

La supuesta infracción legal derivaría de la falta de consideración de la hipoteca multidivisa como producto financiero complejo, en cuya comercialización deben aplicarse los deberes de información recogidos en el art. 79 y concordantes LMV, en los términos recogidos por la sentencia 692/2015, de 10 de diciembre.

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

"Infracción del art 6.3 del Código Civil".

Esta infracción legal se habría cometido al no haber declarado la Audiencia Provincial la nulidad de pleno derecho del contrato, pese a haberse infringido normas imperativas tales como la Ley del Mercado de Valores (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.

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

4.- El noveno motivo de casación dice en su encabezamiento:

"Al amparo del art. 477.1 y 477.3 LEC, 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".

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

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

1.- La STJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14 , posterior a la sentencia de esta sala 232/2015, de 30 de junio, declaró que el art. 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que:

"no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad".

2.- Este tribunal, en su sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, asumió la doctrina sentada en la citada STJUE y modificó la anterior de su sentencia 323/2015, de 30 de junio. Así lo hemos confirmado también en las sentencias 599/2018, de 31 de octubre, 158/2019, de 14 de marzo, y 439/2019, de 17 de julio, en los que nos hemos hecho eco de nuevas resoluciones del TJUE, a las que haremos también referencia en esta resolución.



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

3.- La consecuencia de lo expuesto es que no se han infringido los arts. 2.2, 79 y 79 bis LMV y los preceptos reglamentarios que los desarrollan, ni el art. 6.3 CC, en relación con la infracción de estos preceptos LMV.

4.- La infracción del art. 6.3 CC, en relación con el art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de entidades de crédito y de la orden de 5 de mayo de 1994 no puede ser estimada, porque, al igual que declaramos en las sentencias 716/2014, de 15 de diciembre, 323/2015, de 30 de junio, y 608/2017, de 15 de noviembre, con relación al incumplimiento de las normas que imponen los deberes de información respecto de los productos y servicios de inversión, la Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito y la Orden de 5 de mayo de 1994 no prevén la nulidad de los contratos bancarios en cuya concertación el banco haya incumplido los deberes de información, sino sanciones administrativas. En las sentencias 599/2018, de 31 de octubre, y 439/2019, de 17 de julio, lo hemos reiterado en un asunto relativo a un préstamo multidivisa.

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

6.- Respecto del derecho a la vivienda digna que se recoge en los arts. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 47 CE, se trata de un derecho social de configuración legal. Aunque no es 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.

SÉPTIMO.- *Motivo séptimo de casación. Infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLGCU*

Planteamiento. Admisibilidad. Resolución anticipada a otros motivos:

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

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

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

3.- La parte recurrida, al oponerse al recurso de casación, alega que este motivo es inadmisibile, puesto que la sentencia recurrida no aplica los arts. 80.1 y 82 TRLGCU, por lo que no puede haberlos infringido. Es más, esta cuestión ni siquiera fue objeto de debate en ninguna de las dos instancias, puesto que lo que se trató en los dos grados de jurisdicción fue la nulidad por vicio del consentimiento.

Sin embargo, ello no es así. En el fundamento jurídico sexto de la sentencia de la Audiencia Provincial se enumeran las causas de nulidad invocadas en la demanda y objeto de enjuiciamiento, entre las que cita expresamente la existencia de cláusulas abusivas. Y al descartar la concurrencia de todas esas causas (aunque se extienda con mayor profundidad en el análisis del error vicio del consentimiento), conoce de la alegación de abusividad. Por lo que, como mínimo desde el punto de vista de su inaplicación, no es extemporáneo alegar la infracción de los preceptos legales en la que se basa este motivo.

4.- Dado que en los motivos cuarto a sexto 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.

Decisión de la Sala:



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

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

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

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

"Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50)".

Los apartados 49 de la sentencia *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)".

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

"Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de



pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que, pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros, sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo".

6.- Además, la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-260/18, *Dziubak*) introduce un matiz interesante, al examinar las cláusulas que establecen que el capital del préstamo se entregue en moneda nacional, conforme al precio de compra de la divisa extranjera, mientras que las cuotas mensuales tendrán un importe a calcular en función del precio de venta de la misma divisa. Según el TJUE, esta diferencia otorga un margen de beneficio para el prestamista, al tiempo que supone un mayor coste para el consumidor que es indeterminado y queda a la discreción del propio prestamista, sin que el prestatario pueda evitarlo.

Si la entidad prestamista no realiza realmente las operaciones de compra y venta de las divisas, sino que únicamente las utiliza como un índice para concretar el capital pendiente de amortizar y el importe de cada cuota mensual, no debería aplicar un tipo comprador de la divisa en un caso y un tipo vendedor en otro, pues obtiene una ganancia injustificada, al cargar en cada recibo mensual el margen correspondiente a una compra de divisas que realmente no se ha realizado.

Y, en todo caso, el capital prestado se incrementa ya en ese margen desde el momento de la constitución del préstamo.

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

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

A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

9.- 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.

10.- 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.

La Audiencia Provincial incide específicamente en que los prestatarios estaban debidamente informados de los riesgos que asumían, que eran de doble naturaleza, pues al riesgo de variación del tipo de interés (propio de cualquier préstamo a interés variable), se unía el de la fluctuación del tipo de cambio de la divisa extranjera. Sin embargo, no repara en que no consta que fueran debidamente informados del riesgo principal de este tipo de préstamos referenciados a divisas, que es que el cumplimiento de sucesivos plazos de amortización no supone que el capital prestado vaya disminuyendo, sino que incluso puede suceder lo contrario.

Que uno de los prestatarios fuera japonés (el Sr. Pedro Jesús) y recibiera parte del capital para la amortización del préstamo en yenes donados por su familia puede tener influencia a efectos de la comprensión de la fluctuación del tipo de cambio y de la incidencia que puede tener en la variabilidad del tipo de interés, pero



no significa que deba conocer que el capital prestado puede aumentar pese a realizar las amortizaciones periódicas pactadas.

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

12.- 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.

Volvemos a insistir en que el hecho de que el Sr. Pedro Jesús recibiera una donación en yenes únicamente servía para pagar una parte inicial del préstamo, pero no consta probado en la instancia que ello convirtiera al yen en la moneda funcional del préstamo. Puesto que también consta que reside en España, trabaja en nuestro país y recibe sus ingresos en euros.

13- 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.

14.- Como afirmamos en las anteriores sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros.

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

15.- 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.

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

La nulidad total del contrato de préstamo supondría en este caso un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (SSTJUE de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13, apartados 83 y 84; de 14 de marzo de 2019, caso *Dunai*, C-118/17 , apartados 48 y 52; y de 3 de octubre de 2019, caso *Dziubak*, asunto C-260/18, apartado 45).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda



determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

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

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

17.- Lo resuelto supone, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación de Banco Popular y la confirmación de la sentencia de primera instancia, aunque por razonamientos jurídicos diferentes, puesto que lo relevante es que la consecuencia jurídica (lo ordenado en el fallo de primera instancia) es la misma que la resultante de esta sentencia.

OCTAVO. - *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 arts. 394 y 398 LEC.

2.- Respecto de las costas del recurso de apelación, como consecuencia de esta sentencia, debe ser desestimado, por lo que deben imponerse sus costas a la parte apelante (art. 398.1 LEC).

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

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuestos por la Asociación de Usuarios Financieros, en representación de Dña. Bárbara y D. Pedro Jesús contra la sentencia núm. 431/2016, de 1 de diciembre, dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 749/2016.

2.º- Casar la expresada sentencia y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Popular Español S.A. contra la sentencia núm. 131/2016, de 9 de mayo, del Juzgado de Primera Instancia núm. 56 de Madrid, que confirmamos.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.

4.º- Imponer a Banco Popular Español S.A. las costas del recurso de apelación.

5.º- Imponer a ASUFIN las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

6.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y la pérdida de los constituidos para la interposición de los recursos de apelación y 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.