



Roj: **STS 3003/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3003**

Id Cendoj: **28079110012020100463**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2020**

Nº de Recurso: **4988/2017**

Nº de Resolución: **486/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 7737/2017,**
STS 3003/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 486/2020

Fecha de sentencia: 22/09/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4988/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/09/2020

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 14

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4988/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 486/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 22 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Juan Ignacio y D.^a Andrea, representados por la procuradora D.^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón, bajo la dirección letrada de D.^a Patricia Gabeiras Vázquez, contra la sentencia de 26 de mayo de 2017, dictada por la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 989/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 151/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcobendas. Ha sido parte recurrida Caixabank S.A. (antes Barclays Bank S.A), representada por la procuradora D.^a María del Rosario Larriba Romero y bajo la dirección letrada de D.^a Laura del Campo Rato.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Esther Lucia Calatrava Gil, en nombre y representación de D. Juan Ignacio y de D.^a Andrea, interpuso demanda de juicio ordinario contra Barclays Bank 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 adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciados a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 250.000 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros, condenando a BARCLAYS 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 "multimoneda" con garantía hipotecaria suscrito por las partes en escritura pública en fecha 5 de mayo de 2008 y se condene a la entidad a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en euros aplicando las mismas condiciones pactadas en la escritura en relación con los intereses, que se fijan al LIBOR+0,70, para evitar que el fallo sea inejecutable, dado que las condiciones del mercado pueden imposibilitar que mis mandantes accedan a financiación externa para devolver la suma de principal que mi mandante se vería obligado a restituir por razón de la declaración de nulidad total.

"c) Subsidiariamente se declare resuelto el contrato en su parte referida al instrumento financiero en el que consiste el mecanismo multimoneda 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 la sentencia siguiendo los criterios establecidos en la pericial aportada por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y de buena fe que competen al banco y a la pérdida sobrevenida de causa del contrato.

A efectos de liquidación, se considerará que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, de acuerdo con la pericial 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 mis mandantes, condenando a BARCLAYS a estar y asar 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 "multimoneda" en aplicación de la cláusula "*rebus sic stantibus*" o según las pautas indicadas anteriormente o mejor criterio del Juzgador, y eso en caso de que se considere que la entidad demandada no podría prever el cambio radical y sobrevenido de las circunstancias económicas que habían dado lugar a la suscripción del producto.

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

2.- La demanda fue presentada el 30 de enero de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcobendas, se registró con el núm. 151/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a María del Rosario Larriba Romero, en representación de Barclays Bank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la condena en costas a la parte demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcobendas dictó sentencia n.º 183/2016, de 14 de junio, con la siguiente parte dispositiva:



"Estimo la demanda presentada por D. Juan Ignacio y D^a Andrea representado por la procuradora Sra. Calatrava contra Barclays Bank S.A. (Caixa Bank) representada por el procurador Sr. Larriba.

Se declara la nulidad parcial del acuerdo suscrito en escritura pública, en lo que se refiere a las divisas, declarando así mismo de manera integradora que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado de 250.000 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros.

La entidad Bancaria correrá con todos los gastos que de ella se derivasen de esta sentencia.

Se condena en costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Caixabank S.A. La representación de D. Juan Ignacio y de D.^a Andrea se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 989/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 26 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva establece:

"Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por CAIXABANK, S.A, como sucesora de BARCLAYS BANK, S.A., representada por la Procuradora DOÑA MARÍA DEL ROSARIO LARRIBA ROMERO, contra la sentencia dictada en fecha 14 de junio de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Alcobendas en el procedimiento de juicio ordinario registrado con el número 151/2014, debemos **REVOCAR** la citada resolución en el sentido de **DESESTIMAR** la demanda interpuesta por DON Juan Ignacio Y DOÑA Andrea contra BARCLAYS BANK, S.A., absolviendo a la demandada de los pedimentos del suplico de la misma, y sin hacer declaración sobre las costas causadas en primera instancia y en esta alzada".

3.- La parte apelada solicitó la aclaración y/o complemento de la anterior sentencia, que fue denegada por 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 D. Juan Ignacio y de D.^a Andrea , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del ordinal 4 del Art. 469.1.4º de la LEC, por vulneración de derechos civiles reconocidos en el Art. 24.2 de la Constitución, citando como infringidos el Art. 96 CE y el Art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, al no elevar cuestión prejudicial ante el TJUE estando la Audiencia Provincial obligada a ello.

"Segundo.- Al amparo del ordinal 4 del Art. 469.1.4º de la LEC, citando como infringido el Art. 24.1 CE, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como incompatible con un pronunciamiento judicial que no supera el test de la razonabilidad a la vista de las prueba practicada relativa a las previsiones que tenían el mercado financiero mundial".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del Art. 2.2 de la Ley del Mercado de Valores, en relación con la norma novena de registro y valoración de los instrumentos híbridos recogida en el punto 5.1 del RD 1514/2007 (que es Reflejo de la Norma Internacional de Contabilidad 39 incorporada al acervo comunitario mediante Reglamento de la Comisión 1126/2008, de 3 de noviembre de 2008) en el que se califican y definen los derivados financieros implícitos.

"Segundo.- Infracción del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y del art. 5 Real Decreto 629/1993.

"Tercero.- Infracción del art. 1266 CC en relación con el art. 14 CE.

"Cuarto.- Infracción del artículo 1266 Código Civil.

"Quinto.- Infracción del art. 1269 CC interpretado según el Artículo 4:107 de los Principios de derecho europeo de los contratos.

"Sexto.- Infracción del Art. 1301 del CC.

"Séptimo.- Infracción de los artículos 80.1. a) del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, y 7 y 80 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación".



2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de mayo de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Juan Ignacio y D.ª Andrea contra la sentencia dictada, el día 26 de mayo de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª), en el rollo de apelación n.º 989/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 151/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Alcobendas, con imposición de las costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido del referido recurso.

"2º) Admitir el recurso de casación interpuesto frente a la referida sentencia.

"3.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría".

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

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de septiembre de 2020 en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 15 de mayo de 2008, D. Juan Ignacio y Dña. Andrea celebraron un contrato de préstamo hipotecario con la entidad Barclays Bank S.A. (actualmente, Caixabank S.A.), en la modalidad denominada multimonedada (multidivisa). En la escritura constaba que los prestatarios recibían 40.605.000 yenes japoneses, equivalentes a 250.000 €.

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 (en concreto, a julio de 2013, pese a haber amortizado 69.554,03 € siguen debiendo 286.677,09 €).

2.- Los Sres. Juan Ignacio y Andrea interpusieron una demanda contra la entidad prestamista, en la que 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, con el consiguiente recálculo del cuadro de amortización. Subsidiariamente, ejercitaron una acción de nulidad total, para que se declarase nulo el préstamo y se condenara a la demandada a conceder otro préstamo con intereses de LIBOR + 0,70. Subsidiariamente, solicitaron la resolución del contrato por incumplimiento. Y subsidiariamente, que se condone la parte de deuda pendiente resultante de la aplicación de la cláusula multidivisa.

3.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de la cláusula del contrato referida a la divisa extranjera y ordenó la sustitución de todas las menciones en divisas a menciones en euros.

4.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de la entidad prestamista y desestimó la demanda. En lo que ahora interesa, consideró que se satisfacían las exigencias de transparencia, en cuanto que los prestatarios podían conocer que el riesgo provenía de la oscilación del valor de las divisas.

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

SEGUNDO.- *Primer a sexto motivos de casación. El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores*

Planteamiento:

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 2.2 de la Ley del Mercado de Valores (LMV), en relación con el art. 5.1 del Real Decreto 1514/2007 y la sentencia de esta sala núm. 323/2015, de 30 de junio.

El segundo motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 79 LMV, en relación con el art. 5 del Real Decreto 629/1993.

El tercer motivo de casación alega la infracción del art. 1266 CC, en relación con el art. 14 CE.



El cuarto motivo de casación denuncia la infracción del art. 1266 CC.

El quinto motivo de infracción alega la infracción del art. 1269 CC, interpretado según el 4:107 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

El sexto motivo denuncia la infracción del art. 1301 CC.

2.- Todos los anteriores motivos de casación tienen como elemento común que parten de la base de que la contratación de hipotecas multidivisa está sometida a la normativa del mercado de valores y puede pedirse su nulidad por vicios del consentimiento.

Decisión de la Sala:

1.- La STJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14, posterior a la sentencia de esta sala 323/2015, 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 las 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 preceptos legales citados en los seis primeros motivos de casación, por cuanto no resultaban aplicables al caso.

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.

4.- Por tanto, deben desestimarse los seis primeros motivos de casación.

TERCERO.- Séptimo motivo de casación. Falta de transparencia de la cláusula multidivisa. Consecuencias

Planteamiento:

1.- El motivo octavo de casación denuncia la infracción de los arts. 80.1 a) del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU) y 7 y 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), en relación con 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 la legislación protectora de los consumidores y la jurisprudencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo, 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 la referenciación del interés del préstamo a una divisa fluctuante puede influir en el aumento del capital pendiente de amortización. Es decir, que afectaba al principal y no solo a los intereses.

3.- La parte recurrida, al oponerse al recurso de casación, alegó que este motivo, al igual que los anteriores, era inadmisibile, por no justificar el interés casacional, ni explicar en qué consiste la infracción legal y jurisprudencial.

Esta alegación no puede ser atendida. El motivo explica que considera que la infracción se ha cometido al no aplicar el control de transparencia debidamente y razona porqué. Y en cuanto al interés casacional, se cumple con la cita de las sentencias de esta Sala que considera infringidas y, además, resulta patente, una vez que la propia Sala tuvo que cambiar su criterio de enjuiciamiento a raíz de la jurisprudencia del TJUE.

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 TRLGCU y 7 y 8 LCGC.

2.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, 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*.

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

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

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

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

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

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

4.- 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".

5.- Además, la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-260/18, *Dziubak*), de la que nos hicimos eco en nuestra sentencia 607/2019, de 14 de noviembre, introdujo 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.

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

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

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

8.- En el presente caso, no existió la 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. No basta, como parece entender la Audiencia Provincial, con considerar que quien solicita un préstamo de esta naturaleza conoce que las divisas fluctúan. Porque junto a ello, lo relevante es que los prestatarios fueran debidamente informados del riesgo principal de este tipo de préstamos referenciados en divisas, que es que el cumplimiento de sucesivos plazos de amortización no supone que la equivalencia en euros del capital prestado vaya disminuyendo, sino que incluso puede suceder lo contrario; como de hecho sucedió.

9.- 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.

10.- Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es lo 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.

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, en su caso, 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.

11.- 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 compararse 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.

12.- 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.

13.- Por tales razones, este motivo del recurso debe ser estimado, al concurrir la infracción legal denunciada. Procede, en consecuencia, desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia.

QUINTO. - *Costas y depósitos*

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.

2.- Respecto de las costas del recurso de apelación, como consecuencia de esta sentencia debe ser desestimado, por lo que deben imponerse 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 del constituido para la interposición del recurso de apelación, 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- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Andrea y D. Juan Ignacio contra la sentencia de 26 de mayo de 2017, dictada por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 989/2016.

2.º- Casar la expresada sentencia y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. contra la sentencia de 14 de junio de 2016, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alcobendas, que confirmamos.

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

4.º- Imponer a Caixabank S.A. las costas del recurso de apelación.

5.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y la pérdida del constituido para la interposición del recurso de apelación.

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

Notifíquese esta resolución a las partes.

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

Así se acuerda y firma.