



Roj: **STS 3968/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3968**

Id Cendoj: **28079110012018100650**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2018**

Nº de Recurso: **665/2016**

Nº de Resolución: **669/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 14008/2015,**
STS 3968/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 669/2018

Fecha de sentencia: 26/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 665/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/11/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 13.^a

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 665/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 669/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 26 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Emiliano y D.^a Petra, representados por la procuradora D.^a Sandra Osorio Alonso bajo la dirección letrada de D.^a Beatriz Patiño Alvés y D.^a Mónica Sevil Mezquida, contra la sentencia n.º 350 dictada en fecha 23 de octubre de 2015 por la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 652/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 270/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Madrid, sobre nulidad parcial de contrato de préstamo. Ha sido parte recurrida Banco Santander S.A. representado por el procurador D. Eduardo Codés Feijoo y bajo la dirección letrada de D. Luis y D. Pablo Cazorla González-Serrano.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Emiliano y D.^a Petra interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco Santander Central Hispano S.A. (en la actualidad Banco Santander S.A.) en la que solicitaban se dictara sentencia en la que:

"a) Se declare la nulidad de la novación realizada a través del "contrato privado de novación modificativa del tipo de interés aplicable a los adquirentes subrogados" y en la escritura de novación del préstamo con garantía hipotecaria, declarando así mismo de manera integradora que el préstamo inicial en el que se subrogaron los mandantes tiene plena vigencia y eficacia y que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 226.115,10 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también convertidos a euros, condenando al BANCO SANTANDER S.A. a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

"b) Subsidiariamente se declaren los incumplimientos contractuales de BANCO SANTANDER S.A. en cuanto a obligación de cambiar el préstamo a euros según instrucciones del cliente y en cuanto a obligación de información y de diligencia. Se inste al banco a cambiar el préstamo a euros, con indemnización de los daños y perjuicios causados por dichos incumplimientos, consistentes en las pérdidas adicionales sufridas por razón de la demora en consolidar la deuda en euros, cuya liquidación deberá realizarse en ejecución de sentencia.

"c) Se condena la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 26 de febrero de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Madrid y fue registrada con el n.º 270/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Banco de Santander Central Hispano S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con condena en costas a la demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 dictó sentencia de fecha 13 de junio de 2014, con el siguiente fallo:

"Desestimando la demanda formulada por la procuradora, Sharon Rodríguez de Castro en nombre y representación de Emiliano y Petra frente a Banco Santander Central Hispano S.A., declaro no haber lugar a los pedimentos deducidos en su contra, todo ello con condena a la parte actora en las costas del procedimiento".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Emiliano y D.^a Petra.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 652/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 23 de octubre de 2015, con el siguiente fallo:

"Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D.^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón en nombre y representación de D. Emiliano y D.^a Petra contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez de 1.^a Instancia n.º 10 de Madrid con fecha 13 de junio de 2014, de la que el presente rollo dimana, debemos confirmarla y la confirmamos, con imposición a los apelantes de las costas causadas por este recurso".



3.- La petición de aclaración y/o complemento solicitada por los apelantes fue rechazada mediante auto de fecha 15 de enero de 2016.

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- D.^a Petra y D. Emiliano interpusieron recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3.º y 477.3 LEC, consistente en la infracción de la normativa de protección de los consumidores y usuarios."

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3.º y 477.3 LEC, consistente en la infracción de la normativa financiera.

"Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3.º y 477.3 LEC, consistente en la infracción de la normativa bancaria.

"Cuarto.- Al amparo del artículo 477.2.3.º y 477.3 LEC, consistente en la infracción de los artículos 1261, 1262, 1266 CC y ss".

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 11 de abril de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Emiliano y D.^a Petra contra la sentencia dictada con fecha 23 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a), en el rollo de apelación 652/2014, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 270/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Madrid".

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

4.- Por providencia de 8 de octubre de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de noviembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

El presente litigio versa sobre la validez de la novación de un préstamo hipotecario por el que las partes alteran la moneda pactada: sustituyen el euro, como moneda de pago inicialmente pactada, por el franco suizo y convierten el capital pendiente de amortizar en euros a francos suizos. En las dos instancias se ha desestimado la demanda de los prestatarios, que pedían la declaración de nulidad de la novación y consiguiente vigencia y eficacia del préstamo inicial por lo que se refiere al cambio de moneda y, subsidiariamente, la resolución contractual por incumplimiento de la demandada de la obligación de cambio del préstamo concertado a euros e indemnización de daños y perjuicios consistentes en las pérdidas adicionales sufridas por la demora en la consolidación de la deuda en euros. Recurren en casación los prestatarios.

1.- La sentencia recurrida contiene la siguiente relación de hechos probados:

"1.º) El 8 de noviembre de 2.005 los actores (D. Emiliano y D.^a Petra) firmaron un contrato con la promotora O'Donell Sector 2 S. L. para la compra de un piso en Valdemoro sito en el lugar en el que el documento 1.3 de la demanda designa, haciendo constar que la vendedora había suscrito con el Banco de Santander Central Hispano un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 195.040 euros, en el que se subrogaron (documento n.º 2 de la demanda).

"2.º) El 4 de julio de 2007 las partes suscribieron un contrato privado de novación modificativa del anterior en el que: en su Cláusula 1.^a se pactó que el interés nominal trimestral aplicable al préstamo hipotecario hasta la primera revisión sería del 3,290% y en los sucesivos periodos se determinaría mediante la adición de margen constante de 0,60% puntos al valor que represente el tipo de interés de referencia (libor) en la fecha de revisión de dicho tipo (revisiones trimestrales). El Cliente tendrá la opción al cambio de divisa del préstamo hipotecario siempre y cuando se cumplan los plazos y condiciones establecidas por el Banco. En la Cláusula 2.^a se fijaron como "Comisión conversión divisa de 0% y Comisión mensual de cambio de divisa del 0%". En la Cláusula 4.^a se pactó que la formalización del presente documento de modificación del Tipo de interés aplicable al Subrogado durante el periodo de amortización del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de referencia, no supone novación alguna de los demás términos y condiciones que figuran pactados en las



demás cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario al Promotor de referencia. Y en la Cláusula 5.^a que las partes se comprometen a elevar a público y dejar constancia en el Registro de la Propiedad de la modificación acordada al simple requerimiento de la otra parte contratante, formalizando la correspondiente Escritura de Novación Modificativa.

"3.º) Mediante escritura pública, también de 4 de julio de 2.007, en la que, entre otras, se recogen las anteriores cláusulas, las partes modificaron la escritura de préstamo con garantía hipotecaria ampliando su importe a 226.115,10 euros; alterando la moneda de pago pactada mediante la sustitución del euro por el franco suizo, convirtiendo el capital pendiente de amortizar en euros a francos suizos conforme a su contravalor en euros, equivaliendo el mismo a 51.852,34 francos suizos (cláusula 1.^a); y finalmente alterando el tipo de interés variable de aplicación por el del 3,29% trimestral hasta el 4 de octubre de 2007, y a partir del 4 de octubre de 2007 y hasta el vencimiento del préstamo, determinándolo mediante la adición de un margen constante de 0,60 puntos al valor que representara el tipo de interés de referencia en la fecha de revisión de dicho tipo, siendo el tipo de interés de referencia el tipo de interés interbancario para préstamos que rigiera en el Mercado de Eurodivisas de Londres (Libor) para depósitos al plazo del trimestre (cláusula 2.^a). En la cláusula tercera se pactaron que la comisión por modificación de las condiciones sería del 1%, y la comisión por cambio de divisa de 0 euros. En la 5.^a que la responsabilidad hipotecaria también se modificaba hasta un 20% más de los 226.115,10 euros prestados para cubrir las oscilaciones de la cotización de la divisa, así como otros 21.006 euros por intereses ordinarios, más otros 67.834,53 euros por intereses de demora, más otros 33.917,27 euros para costas y gastos de la ejecución".

2.- El 26 de febrero de 2013, D. Emiliano y D.^a Petra interpusieron demanda contra el Banco por la que solicitaron la declaración de nulidad de la novación realizada a través de documento privado y escritura pública otorgados el mismo día y la declaración de la vigencia y eficacia del préstamo inicial en el que se subrogaron en la cantidad prestada de 226.115,10 euros, descontando las cantidades ya amortizadas; subsidiariamente, solicitaron la resolución contractual por incumplimiento de la demandada de la obligación de cambio del préstamo concertado a euros.

En síntesis, alegaron: i) que habían concertado un préstamo multdivisa, cuya verdadera naturaleza es la de un producto financiero complejo, sin que la demandada cumpliera los deberes que impone la legislación del mercado de valores ni informara sobre los riesgos derivados del tipo de cambio de divisa y de los tipos de interés para que pudieran valorar la idoneidad del producto contratado; alegaron también que se había infringido la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia financiera de los préstamos hipotecarios, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de cliente de servicios bancarios, y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, sobre contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; denunciaron incumplimiento de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y de la Ley de condiciones generales de la contratación; consideraron que, en consecuencia, debía declararse la nulidad de la novación por aplicación del art. 6 CC e incumplimiento de toda la normativa referida; ii) también alegaron dolo omisivo por parte de la entidad y error invalidante del consentimiento, lo que justificaron con el argumento de que los demandantes contrataron como consecuencia de la falta de información sobre los riesgos de la hipoteca, la oscuridad de las cláusulas del contrato y su falta de experiencia y conocimientos sobre el funcionamiento real de este contrato, adecuado para empresas o personas con inversiones en el extranjero o ingresos en moneda extranjera, pero no para personas del perfil de los demandantes, en los que no se daban esas condiciones y que profesionalmente era policía y funcionaria administrativa.

En su demanda, los demandantes explicaron que el segundo semestre de 2007 se inició una fuerte depreciación del euro respecto del franco suizo, por lo que se vieron en la obligación de poner en venta el piso; que, habiendo solicitado del Banco información sobre los gastos que conllevaría cambiar el capital a euros, este respondió a los seis meses diciendo que un hipoteca no era multdivisa porque no tenía prevista la opción de cambio; los demandantes razonaron que, por el contrario, el préstamo concertado era un préstamo multdivisa, como se desprendía del hecho de que el importe prestado se utilizara para comprar el piso, y que la comisión de cambio fuera de "0" euros; que, además, el Banco demandado conocía la evolución de las divisas con apoyo en sus previsiones como entidad financiera, así como la previsible caída del euríbor a partir del mes de septiembre de 2008, de las que no informó a los actores; que, conforme al dictamen pericial que aportaban, el producto suscrito por los demandantes no era aconsejable, porque en la fecha de su comercialización la evolución de los tipos era a la baja, y si se hubiera convertido el préstamo a euros en la fecha en que se pidió, la diferencia sería de solo 43.074,28 euros en lugar de los 80.379,64 euros en que se cifró en el mes de octubre de 2012; que, además de que no se informó de que la previsión era la de disminución del euríbor, se omitieron otras informaciones y que la complejidad del producto hacía que no se adaptara al perfil de los clientes (respectivamente funcionario de policía y funcionaria de asuntos sociales).



La demandada se opuso alegando, también en esencia: i) que se estaba en presencia de un "préstamo en divisa" y no de un "préstamo multdivisa" y, por tanto, en ningún caso se trataba de un derivado financiero; ii) reconocía que, efectivamente, los actores habían suscrito el 8 de noviembre de 2005 un contrato de compraventa con la promotora O'Donnell Sector 2 S.L., subrogándose en el préstamo hipotecario que el Banco había concedido años antes a dicha promotora y que el 4 de julio de 2007 firmaron un contrato privado, y una escritura pública de compraventa y de novación del préstamo en la que, a petición de los actores, se modificó la cláusula relativa a la divisa del préstamo que pasó a ser de euros a francos suizos, habiendo sido informados de manera clara y precisa del riesgo que asumían con el cambio, tal y como resultaba del documento n.º 2 que aportaban con la contestación, por lo que no podían alegar desconocimiento del riesgo; iii) que, en cualquier caso, la escritura de novación dejaba muy claro en su cláusula 1.ª que el préstamo se otorgaba en francos suizos, y en su cláusula 2.ª que el tipo de interés de referencia era el libor y no el euribor; iv) alegó que, a la consulta que hicieron los demandantes el 26 de abril de 2010 sobre los gastos que aparejaría el cambio de divisa, se contestó en el mes de agosto de ese mismo año (tal y como se desprendía del contenido del documento n.º 3.2 de la demanda), y que el Banco nunca se opuso al cambio si este se hacía mediante la correspondiente escritura de novación; v) insistió en que lo acordado el 4 de julio de 2007 era un préstamo hipotecario en divisa extranjera y no un préstamo multdivisa pues ni el contrato privado, ni la escritura de novación (mera elevación a público de dicho contrato) contenían la denominada "cláusula de opción", aunque el régimen jurídico aplicable a uno y otro contrato era el mismo (el de los préstamos bancarios y no el de los instrumentos financieros como expresamente decía la Ley del Mercado de Valores de 14 de mayo de 2013); vi) negó las imputaciones de los actores sobre la naturaleza compleja del producto, el conocimiento previo sobre la evolución de los tipos de interés, y la similitud entre los préstamos en divisa y los derivados financieros; vii) finalmente, anunció la aportación de un dictamen pericial, que entregó luego el 16 de diciembre de 2013.

3.- El juzgado desestimó la demanda razonando, en síntesis: i) que ni en el contrato privado ni en la escritura de 4 de julio de 2007 se pactó un préstamo multdivisa, sino un préstamo hipotecario en divisa extranjera, con posibilidad de cambiar la misma, siempre y cuando lo fuera mediante novación, ya que en ninguno de tales documentos figuraba "cláusula de opción" alguna; ii) que no hubo error alguno invalidante del consentimiento prestado por los actores; iii) que no eran aplicables ni la normativa MIFID, ni la Ley del Mercado de Valores, ni la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre (esta última por no estar entonces en vigor) y no faltó la debida información, habiendo tenido los actores desde el primer momento perfecto conocimiento de lo que contrataban y a lo que se exponían; iv) finalmente, que tampoco hubo incumplimiento que pudiera determinar la resolución del contrato. Añadió que tampoco procedía la resolución por incumplimiento dado que la demandada no estaba obligada a aceptar el cambio a euros sin ningún coste para los demandantes.

4.- La Audiencia desestimó el recurso de apelación de los prestatarios demandantes.

Su decisión se basó en los siguientes razonamientos: i) que, de acuerdo con la interpretación literal de la escritura de novación, no estamos ante un préstamo multdivisa sino ante un préstamo hipotecario en divisa extranjera, porque los prestatarios no tenían la opción de cambiar de una divisa a otra, lo que solo es posible si se acude a la novación, que requiere la anuencia del prestamista; ii) no es un derivado financiero y no es de aplicación la Ley del mercado de valores; iii) por la cuantía del préstamo, no es aplicable la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1999 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; tampoco la Ley 2/2009, de 31 de marzo, sobre contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, por ser posterior a la contratación; tampoco es aplicable la Directiva 2014/17/UE, Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, también por ser posterior al contrato; iv) no obstante, el Banco no estaba exento de su deber de informar, pues los demandantes son consumidores y el préstamo se destinaba a la adquisición de una vivienda; v) en el caso, hubo información, como resulta del documento 2 aportado con la contestación a la demanda, firmado por los demandantes y en el que "manifiestan tener pleno conocimiento del riesgo de cambio que puede generarse en la operación a lo largo de la vida de la misma, al haber decidido su formalización en divisa distinta del euro. Riesgo de cambio que trataré de paliar, llegado el caso, cambiando a otra divisa cuando los plazos y el condicionado del contrato me lo permitan. Por ello les informo que asumo (sic.) mencionado riesgo de cambio, que por la propia volatilidad de las divisas o por la evolución de los mercados pudiera generarse y reconozco que la decisión de formalizar la presente operación en divisa distinta del euro la he tomado libre y voluntariamente, sin influencia o recomendación alguna de su Entidad"; que lo mismo resulta de la declaración de la directora de la sucursal en la que se novó el préstamo, que declaró que les explicó los riesgos de contratar como moneda de pago una divisa extranjera y que no les aconsejó ni indujo a contratarlo; vi) no concurrió en los demandantes a la hora de suscribir el 4 de julio de 2007 tanto el contrato privado, como la escritura pública de novación, error alguno invalidante del consentimiento prestado; razonó que no solo no resulta probado por los demandados el invocado error (carga de probar que no resulta incompatible con lo dispuesto en el art. 10.2 de la LGDCU 1984, que consagra el principio de que en caso



de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor) porque no hay duda sobre la interpretación de sus cláusulas, sino que además el citado documento n.º 2, aportado con la contestación a la demanda así lo acredita, y así también se desprende del hecho de que fueran los mismos demandantes los que solicitaron al Banco el cambio de moneda, y finalmente del mismo contenido de la escritura de novación; vii) ni por lo pactado en el contrato, donde no aparece ningún deber de asesoramiento o información específico a cargo de la demandada, ni por las condiciones implícitas que pudieran considerarse existentes en él de acuerdo con su naturaleza, aplicando a tal efecto lo dispuesto en el art. 1258 CC, cabe entender que la demandada haya incumplido deber alguno; viii) para rechazar la subsidiaria petición indemnizatoria por incumplimiento contractual, razona la sentencia que, al no apreciar error alguno en el consentimiento prestado por falta o defectuosa información, no puede pedirse la resolución del contrato; añade que, en último término, lo que pretenden los apelantes, en su pretensión de recuperar las pérdidas, sobre la base de los mismos argumentos, es que se declare al menos la resolución del contrato con la consiguiente declaración de daños y perjuicios, cuando no hay infracción alguna de los deberes contractuales, y la negativa del Banco demandado a modificar el cambio de divisa de pago, salvo que se hiciera por medio de una novación, no comporta infracción contractual alguna porque el contrato no contiene "cláusula de opción" a la que se negara la demandada.

5.- Los demandantes interponen recurso de casación. En su escrito de oposición, el Banco alega causas de inadmisibilidad.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Admisibilidad.*

1.- El recurso se funda en cuatro motivos.

En el primer motivo se invoca la infracción de la normativa de protección de los consumidores y usuarios sobre deberes de información y cláusulas abusivas. En el motivo segundo se invoca la infracción de la normativa financiera, en especial de la Ley del mercado de valores. En el motivo tercero, se invoca la infracción de la normativa bancaria, en concreto de la Orden de 5 de mayo de 1994. En el motivo cuarto se invoca la infracción de los arts. 1261, 1262 y 1266 CC.

2.- En su escrito de oposición, el Banco argumenta que el recurso debió ser inadmitido porque hace supuesto de la cuestión, no respeta los hechos probados y no acredita el interés casacional. Añade que la sentencia 323/2015, de 30 de junio, invocada para defender la aplicación de la normativa financiera, ha sido superada por la sentencia de 608/2017, de 15 de noviembre y que la cita de sentencias de audiencias que se contiene no cumple los requisitos requeridos por el Acuerdo de la sala de 27 de enero de 2017.

El Banco se opone, además, porque considera que ha quedado acreditado en la instancia y la apelación que los recurrentes no sólo fueron informados adecuadamente, sino que tenían conocimiento suficiente de la naturaleza, riesgos y funcionamiento del préstamo en divisa. Razona, como ha venido haciendo en la instancia, que las cláusulas del contrato que, según dice, es comprensible con los mínimos niveles culturales, son claras, que los demandantes firmaron el mismo día que el contrato un documento en el que reconocían que conocían los riesgos, que en el contrato se dijera que el cambio había sido iniciativa suya y que durante la vigencia del contrato pidieran un nuevo cambio a euros. Añade que ello impide apreciar vicio del consentimiento o vulneración de la normativa de consumidores y usuarios de aplicación, entendiéndose superado, muy en particular, el conocido como "doble control de transparencia". Argumenta que el Banco ha satisfecho y cumplido tanto la normativa de consumidores y usuarios como la bancaria de aplicación por lo que no procede ni la apreciación de un vicio del consentimiento ni de abusividad (aunque no sea esta última la pretensión de las partes).

3.- En primer lugar, debemos ocuparnos de los óbices de inadmisibilidad para rechazarlos.

Según criterio del auto del pleno de esta sala de 6 de noviembre de 2013, reiterado en sentencias posteriores (entre las más recientes, sentencias 727/2016, de 19 de diciembre, 667/2016, de 14 de noviembre, y 222/2017, de 5 de abril), puede ser suficiente para superar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso.

En este caso, el planteamiento del recurso no suscita duda sobre su interés casacional porque no solo plantea la cuestión del incumplimiento de la normativa del mercado de valores. Si así fuera, en efecto, el recurso carecería de interés casacional, porque después de su interposición, la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, siguiendo el criterio de la STJUE de 3 de diciembre de 2015 -caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14-, ha rectificado lo declarado en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, en la que se apoya uno de los motivos del recurso, y que consideró que la hipoteca en divisa extranjera era un instrumento derivado complejo incluido en la Ley del mercado de valores. El recurso, además, impugna la interpretación y aplicación por la sentencia



recurrida de los preceptos que regulan el error como vicio del consentimiento contractual, las cláusulas abusivas y el control de transparencia. En suma, los problemas jurídicos se encuentran suficientemente identificados, el interés casacional resulta evidente y ello permite que esta sala pueda abordar las cuestiones jurídicas planteadas (sentencias 222/2018, de 17 de abril, de pleno, y 333/2018, de 1 de junio, entre las más recientes), sin que se ha generado indefensión para la recurrida, que ha podido oponerse en su escrito de oposición a las cuestiones jurídicas planteadas.

TERCERO.- *Decisión de la sala.*

1.- En el caso que da lugar al presente recurso, desde el primer momento, en su demanda, los demandantes han interesado, en primer lugar, la declaración de nulidad de la novación en lo referente a la sustitución del euro, como moneda de pago inicialmente pactada, por el franco suizo y la conversión del capital prestado a francos suizos y, en segundo lugar, la declaración de la vigencia del préstamo original con la cantidad total prestada (incluida la ampliación acordada en el momento de la novación). Y lo han hecho invocando la normativa sobre deberes de información en los productos financieros complejos, la normativa sobre transparencia de los créditos hipotecarios, la normativa de condiciones generales, cláusulas abusivas, protección del consumidor y la teoría del error vicio del consentimiento. A todas las argumentaciones de la demandante se ha podido oponer la demandada en las distintas instancias y también ahora en su oposición al recurso de casación.

La sentencia recurrida descartó la aplicación de la normativa reguladora del mercado de valores y la de transparencia de los préstamos hipotecarios y, centrando el análisis en el cumplimiento de los deberes de claridad e información que impone la normativa de protección del consumidor, consideró que los mencionados deberes sí se cumplieron por parte de la demandada e igualmente concluyó que no hubo error. Para la valoración del cumplimiento de los deberes de información así como para la apreciación de ausencia de error, la sentencia recurrida consideró relevante la claridad del contrato, el documento suscrito por los consumidores en el que manifestaban tener un conocimiento de los riesgos de cambio que pudieran generarse durante la vida de la operación y que habían adoptado la decisión de contratar de manera libre y voluntaria, así como que en la novación se hiciese constar que la operación se había llevado a cabo por iniciativa del cliente.

2.- Frente a esta sentencia, el recurso de casación, que se interpuso mediante escrito de 18 de febrero de 2016, invocó en su segundo motivo, con apoyo en la doctrina sentada en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, que el préstamo hipotecario en divisas era un instrumento financiero regulado por la Ley del mercado de valores y que la demandada había infringido los deberes de información que le imponía esta normativa.

Este motivo no puede ser estimado. Como ya hemos apuntado, esta sala, en su sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, modificó la doctrina de la anterior sentencia 232/2015, de 30 de junio, y asumió la doctrina sentada en la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, de acuerdo con la cual no estamos ante un instrumento financiero complejo y, en consecuencia, al no ser aplicable al caso, no se ha podido infringir la normativa que los regula.

3.- Tampoco puede ser estimado el motivo tercero porque la supuesta infracción de la normativa específica de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, por sí sola, no puede fundar el recurso de casación y, además, en el momento de la celebración del contrato litigioso, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que se cita como infringida en el recurso, limitaba su ámbito de aplicación a los préstamos de una cuantía inferior a la del préstamo litigioso. Lo cierto es que la modificación del art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, por la que se estableció que la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios debía suministrarse con independencia de la cuantía de los mismos, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, fue aprobada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, con posterioridad a la celebración del contrato.

4.- Quedan por analizar los motivos primero y cuarto del recurso de casación en los que, con técnicas jurídicas diferentes, se impugna la sentencia por no haber declarado la nulidad de la novación por lo que se refiere al cambio de moneda.

En el primer motivo se invoca la doctrina sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores y en el motivo cuarto la doctrina de la nulidad por error. Así, en el primer motivo se citan como infringidos los arts. 10 bis LGDCU (en la actualidad, art. 80 TRLGDCU), 7 b de la Ley de condiciones generales de la contratación, 4.2 de la Directiva 93/2013/CEE sobre cláusulas abusivas. En el desarrollo del motivo se realizan alegaciones sobre la información exigible (no existió información precontractual ni sobre las características ni sobre los riesgos asociados), se examina el clausulado, del que se dice es confuso, y se argumenta sobre la abusividad de las cláusulas no transparentes, con referencia especial a la doctrina de la STJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13) que, según se alega, se ocupa de un supuesto idéntico al litigioso.



En el motivo cuarto se denuncia la infracción de los arts. 1261, 1262 y 1266 CC y se argumenta que, como consecuencia de la falta de información previa a la celebración del contrato y a la falta de claridad tanto del contrato privado de novación como de la propia escritura de novación, los demandantes creyeron que en cualquier momento podían cambiar de divisa y pasar al euro sin necesidad de proceder a una novación del contrato.

5.- Antes de abordar la respuesta que debe darse a las cuestiones planteadas, resulta oportuno fijar el marco normativo y jurisprudencial en el que deben ser tratadas. Durante el tiempo transcurrido desde la celebración del contrato, la presentación de la demanda y el desenvolvimiento del presente litigio en sus diversas fases, se ha desarrollado una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los préstamos en moneda extranjera (sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerné Rábai, y de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc) a la que debemos estar para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 bis LOPJ. Sobre los problemas jurídicos que se plantean en este recurso también se ha pronunciado esta sala en las sentencias 608/2017, de 15 de noviembre y 599/2018, de 31 de octubre, a cuya doctrina debe estarse por razones de seguridad jurídica.

De acuerdo con esta doctrina:

i) no se excluye la condición de cláusulas no negociadas por el hecho de que la iniciativa de interesarse por el producto fuera del cliente ni por el hecho de que no hubiera imposición, pues la negociación debe referirse a la concreta reglamentación contractual, e incumbe al Banco probar que tales cláusulas han sido fruto de la negociación con el cliente;

ii) las cláusulas que prevén que la cotización de una divisa extranjera se aplique para calcular las cuotas de devolución de un préstamo cuyo importe se ha convertido a esa moneda según la cotización de compra de la misma divisa extranjera, pueden ser sometidas al control de abusividad si no han sido redactadas de manera clara y comprensible (art. 4.2 de la Directiva 93/13), es decir, si no superan el control de transparencia;

iii) la finalidad del control de transparencia en los préstamos en divisas es la de garantizar que las instituciones financieras faciliten 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; de lo que se trata es de que el prestatario esté 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;

iv) 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, especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, el posible incumplimiento de la exigencia de buena fe y la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido del art. 3 de la Directiva 93/13: se trata de verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

6.- La aplicación de esta doctrina al caso, partiendo de los hechos probados, determina que debamos estimar el primer motivo del recurso de casación por las razones siguientes.

1.ª) No consta la existencia de una negociación individual de la reglamentación contractual entre las partes, ni es creíble que pudiera existir, dado el perfil profesional de los demandantes (policía local y administrativa) y sus circunstancias, españoles que viven en España, sin que haya ninguna referencia a que dispusieran de ingresos o estuvieran habituados a operar en francos suizos.

El que en la novación de la hipoteca en la que previamente se habían subrogado los demandantes se acordara una ampliación del capital no implica que las demás cláusulas del contrato fueran negociadas, pues no hay ningún dato que permita pensar que los demandantes estaban en condiciones de decidir y negociar donde se procuraban los francos suizos, o en qué momento debía hacerse el cambio, o si el precio para la conversión del capital era a precio de comprador mientras que el precio para las cuotas era a precio de vendedor, o si finalmente se hacía la entrega en francos o su contravalor.



2.ª) No consta tampoco que se facilitara una información precontractual por parte de la entidad financiera acerca de las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de las cláusulas de pago en francos suizos sobre las obligaciones financieras de los demandantes.

La lectura de la escritura no supe la falta de información precontractual acerca de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, los consumidores se exponían a un riesgo de tipo de cambio que les sería difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que perciben sus ingresos. A ello hay que añadir que resulta lógico que los demandantes pensaran que el capital prestado era la suma fijada en euros, porque en la propia escritura (cláusula primera) se fija el importe y su ampliación en euros, se dice que como moneda de pago inicialmente pactada se conviene sustituir el euro por el franco suizo y solo después se dice que como consecuencia de la conversión el capital se establece en francos; también porque en esa misma cláusula se dice que esos francos se abonarán en esa cantidad o su contravalor en euros. Frente a esto, no consta que el Banco les explicara otra cosa, salvo por la declaración de la empleada de la entidad lo que, a falta de otros elementos, no resulta acreditativo de otra cosa que una información verbal y genérica sobre el riesgo de fluctuación de la divisa.

En particular, el documento dos aportado por la demandada en el que la sentencia recurrida se apoya para concluir que los demandantes conocían los riesgos asociados al pago en francos suizos, por el contrario, evidencia a juicio de esta sala la ausencia de toda información. En dicho documento, suscrito el mismo día en el que los demandantes firmaron la escritura de compra con subrogación hipotecaria, el documento privado de novación y la escritura de novación, los demandantes no solo declaran su pleno conocimiento sobre los riesgos de cambio que podían generarse, sino que además declaran que tratarían de paliar dicho riesgo cambiando a otra divisa (y lo mismo se decía en el documento privado de novación) sin que la escritura incluyera sin embargo cláusula alguna de opción.

Finalmente, hay que añadir que el que la hipoteca fuera multidivisa o en divisa extranjera, lo que fue considerado relevante por la sentencia recurrida para desestimar la demanda, sería decisivo únicamente si fuera preciso analizar si hubo incumplimiento por parte de la entidad demandada ahora recurrida al no aceptar el cambio a euros cuando lo solicitaron los clientes. Por el contrario, tal cuestión, es irrelevante a efectos del juicio de transparencia de las cláusulas de la novación referidas a la moneda de pago y cálculo del capital. En definitiva, aunque la opción de cambiar de divisa y, en particular, al euro, es un remedio que puede permitir a un consumidor conocedor del mercado de divisas estar atento para reaccionar frente a las consecuencias de fluctuaciones que le resulten perjudiciales, no simplifica la complejidad de estos contratos ni elude el cumplimiento de los deberes de transparencia.

3.ª) La abusividad no deriva necesariamente de que el Banco demandado conociera en el momento de contratar cual iba a ser el futuro de las fluctuaciones sino que depende -como dice la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc- de todas las circunstancias que permitan valorar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, lo que en definitiva se traduce en valorar si, habiendo sido informado leal y completamente, el consumidor hubiera prestado su consentimiento pleno.

A efectos de valorar la buena fe del Banco es relevante el perfil de los clientes, habida cuenta de que no resulta de los hechos probados que los demandantes tuvieran inversiones o ingresos en francos suizos ni que tuvieran conocimiento del mercado de divisas. Sin necesidad de afirmar que el Banco conocía la devaluación del euro que iba a tener lugar después de la celebración del contrato sí cabe afirmar que en una negociación individual leal un consumidor del tipo de los demandados no hubiera aceptado las cláusulas en las que se determinaba el cambio de la moneda del préstamo. En particular, en la cláusula primera del contrato se dice que el capital, fijado en euros y convertido en francos suizos, se entregará en dicha cantidad o su contravalor en euros, de modo que si no se explica otra cosa un consumidor medio, como es el caso de los demandantes, solo puede pensar que el capital en euros se irá modificando siempre a la baja a medida que vaya pagando las correspondientes amortizaciones. Tampoco puede decirse que la cláusula sobre el tipo de interés permitiera conocer a un consumidor medio del tipo de los demandantes la carga económica que podía implicar, dada la conexión del libor a la divisa contratada y las consecuencias que su revalorización podía tener para el tipo de interés. Finalmente, la "cláusula de salvaguarda" ampliaba la responsabilidad hipotecaria en un 20% del préstamo para cubrir, en interés exclusivo de la demandada, las posibles oscilaciones de la cotización.

La apreciación de abusividad de las cláusulas referidas a la denominación en divisas del préstamo hace que resulte innecesario analizar el motivo cuarto del recurso de casación relativo al error en el consentimiento.

7.- Como consecuencia de la estimación del primer motivo del recurso de casación procede declarar la nulidad de la novación realizada por las partes en lo que se refiere a la eliminación de las referencias a la



denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros, tal y como se establecía en la escritura de compra y subrogación de préstamo hipotecario que fue objeto de novación modificativa, y que recupera su vigencia con la ampliación del capital que se acordó en la novación, incumbiendo a la entidad demandada los gastos precisos para hacer efectiva esta declaración.

CUARTO.- Costas y depósito

La estimación del recurso de casación conlleva que no se haga expresa imposición de las costas de ese recurso y que proceda la devolución del depósito constituido para su interposición.

La estimación del recurso de casación supone la estimación del recurso de apelación de los demandantes y que no se impongan las costas de la apelación. Dada la estimación de la demanda se imponen a la demandada las costas de primera instancia.

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 D. Emiliano y D.ª Petra contra la sentencia dictada con fecha 23 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª), en el rollo de apelación 652/2014.

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

2.1. Estimar el recurso de apelación interpuesto por D. Emiliano y D.ª Petra contra la sentencia 119/2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Madrid con fecha 13 de junio de 2014 y revocar esta sentencia.

2.2. Estimar la demanda interpuesta por D. Emiliano y D.ª Petra contra Banco de Santander Central Hispano S.A. y declarar la nulidad de la novación realizada a través del "contrato privado de novación modificativa del tipo de interés aplicable a los adquirentes subrogados" y en la escritura de novación del préstamo con garantía hipotecaria, declarando así mismo que el préstamo inicial en el que se subrogaron los demandantes tiene plena vigencia y eficacia y que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 226.115,10 euros más los intereses correspondientes según lo pactado, las cantidades amortizadas en concepto de principal e intereses también convertidos a euros, condenando al BANCO SANTANDER S.A. a estar y pasar por esta declaración así como al pago de los gastos precisos para hacerla efectiva.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación ni las de la apelación e imponer a la demandada las costas de primera instancia.

4.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición de este recurso.

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.