



SENTENCIA

SALA

Ilmos/as. Sres/as.

Presidente

D. JUAN JOSÉ COBO PLANA (Ponente)

Magistrados

D^a. MARGARITA HIDALGO BILBAO

D^a. MARÍA DEL CARMEN IZQUIERDO MORENO

En Las Palmas de Gran Canaria, a 21 de febrero de 2019.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 593/2018, los autos de juicio ordinario nº 360/2017, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Las Palmas de Gran Canaria.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución, siendo ponente el Sr. Magistrado D. JUAN JOSÉ COBO PLANA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Las Palmas de Gran Canaria se dictó sentencia de fecha 17 de enero de 2018 en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece:

Que debo estimar la demanda formulada por la representación procesal de la "ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS", la cual actúa en defensa de sus asociados don





, contra la entidad "BANKINTER, S.A.", y declarar la nulidad parcial del préstamo hipotecario de autos (de fecha 3 de julio de 2008) en relación a la cláusula "multidivisa", manteniendo la subsistencia del resto del negocio jurídico, se tendrá por no puesta la cláusula "multidivisa", condenando a la entidad demandada a que aplique al mismo el tipo de interés pactado en euros, recalculando el cuadro de amortización del préstamo durante toda su vigencia, fijando como saldo vivo el capital prestado descontando los pagos realizados en euros y fijando el capital pendiente en euros, todo ello conforme a los cálculos efectuados en el informe pericial acompañado con la demanda, e incrementada con las cuotas vencidas durante la tramitación del procedimiento. Todo ello con expresa condena en costas a la demandada, por ser así de justicia.

SEGUNDO.- La referida sentencia se recurrió en apelación por la representación procesal de BANKINTER, S.A..

La representación procesal de la parte actora formuló escrito de oposición al mismo.

Tras ello, se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación.

No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló para deliberación, votación y fallo que tuvo lugar el día 4 de febrero de 2019.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta segunda instancia.

1.1. La parte actora ejerció una acción de declaración de nulidad de contrato y de reclamación de cantidad, alegando que sus asociados don

, los cuales tienen la condición de consumidores y carecen de especiales conocimientos financieros, tenían suscrito un contrato de préstamo hipotecario con la entidad "Banco Popular" de fecha 30 de octubre de 2006, el cual fue novado el 3 de julio de 2008, a instancia de los empleados de la entidad bancaria, a la modalidad "multidivisas" (en francos suizos) firmando el mismo con la entidad "Bankinter". La demandada fue la que ofreció este producto a los asociados de la actora, a pesar de lo cual no le aportó la debida información sobre su funcionamiento. Por todo ello solicitaba que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad parcial del contrato de préstamo, por abusivas, o subsidiariamente por vicios en el consentimiento, en relación a la cláusula multidivisa, por vicios en el consentimiento, y mantener el contrato en los contenidos no anulados, aplicando el mismo el tipo de interés para la hipoteca en euros, debiendo recalcularse el cuadro de amortización, computando en la misma las cantidades ya abonadas hasta la fecha. De manera subsidiaria solicitó la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de la demandada, condenando a ésta última a indemnizar a la prestataria, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de 191.322'33 euros calculada a fecha 3 de enero de 2017, debiéndose actualizar la misma hasta la fecha de la sentencia. Para todas estas acciones insta la condena al pago de los intereses y las costas.





1.2. Por su parte la demandada contestó a la demanda alegando, en primer lugar, la excepción de falta de legitimación activa, al tiempo que impugnaba la cuantía del procedimiento. También alegó la caducidad de la acción. A continuación se opuso alegando que el contrato fue explicado debidamente por la entidad demandada, la cual mantuvo informada a los prestatarios posteriormente de la situación del mismo. En definitiva afirma que no puede estimarse la demanda porque se cumplió con las obligaciones de información, no existiendo vicio en el consentimiento alguno. Por todo ello solicitó la desestimación de la demanda y la condena en costas a la parte actora.

1.3. La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda y frente a la misma interpone recurso de apelación la parte demandada, al que se opone la parte actora.

SEGUNDO.- En el recurso de apelación se combate en primer lugar la cuantía del procedimiento.

La cuantía del procedimiento no es un punto sobre el que la sentencia debiera pronunciarse, ni, por tanto, cuya controversia pueda tener acceso a la segunda instancia a través del recurso de apelación.

Como señala el art. 255.3 LEC , en el juicio verbal se impugnará la cuantía o la clase de juicio por razón de la cuantía en la contestación a la demanda en la contestación a la demanda, y el tribunal resolverá la cuestión en la vista, antes de entrar en el fondo del asunto y previo trámite de audiencia del actor. Pero, en todo caso, el demandado podrá impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación; por el contrario, si la cuantía no tiene reflejo en el procedimiento a seguir, al prever la ley la tramitación de un juicio verbal en atención a la naturaleza de la cuestión litigiosa, de conformidad con el art. 250.1.2º LEC , ni afecta a la eventual interposición de un recurso de casación, la posible discusión sobre la cuantía litigiosa queda circunscrita a la repercusión que pudiera tener en relación con las costas del procedimiento, en cuyo incidente habrá de valorarse y resolverse la corrección de la cuantía apuntada por la parte actora e impugnada por la entidad demandada, a los efectos de determinar, junto con otros parámetros, la tasación de costas a que eventualmente hubiera lugar.

TERCERO.- Se combate en el recurso, en segundo lugar, la legitimación activa de ASUFIN.

Resolviendo una cuestión idéntica a la aquí planteada, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León (s. 2ª) de 29 de junio de 2018 (Pte: Dª. María del Pilar Robles García) sienta la siguiente doctrina, que esta Sala comparte plenamente:

“SEGUNDO.- Procede en primer lugar comenzar por el análisis de la impugnación formulada por el BANCO SANTANDER, frente al pronunciamiento de la sentencia relativo a la desestimación a la excepción de falta de legitimación activa de ASUFIN, por cuanto una posible estimación de dicha excepción, haría inviable entrar a conocer sobre las cuestiones de fondo planteadas en el recurso de apelación planteado por la parte actora.

Se insiste en el recurso en que ASUFIN no ostenta la condición de parte procesal legítima porque no es titular de la relación jurídica litigiosa ni está legalmente habilitada para ejercitar acciones tuitivas de los particulares intereses de un concreto asociado, el Sr. Victorino , que





sólo él puede deducir (art. 10 de la LEC) y que resulta claro que las acciones ejercitadas en la demanda son acciones tuitivas de los intereses individuales del Sr. Victorino y que, no hay, por tanto ningún interés colectivo en juego en este procedimiento. Las pretensiones de la demanda sólo pueden proteger, por su propia naturaleza (vicios en el consentimiento e indemnización por daños y perjuicios), los intereses individuales de quien (supuestamente) incurrió en el alegado error o padeció personalmente la deficiencia informativa, y que los artículos 11.1 de la LEC y 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial habilitan a las asociaciones de consumidores para defender en juicio a sus asociados, pero limitan tal habilitación al ejercicio de acciones tendentes a proteger intereses colectivos (intereses comunes convergentes de los asociados), excluyendo expresamente de las facultades de las asociaciones de consumidores el ejercicio de acciones tuitivas de intereses individuales, como son las que se ejercitan en la demanda.

El artículo 11 de la LEC , señala que "Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios ", mientras que el artículo 7.3 de la LOPJ dispone " 3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción".

El art. 37 del TRLGDCU señala que las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supra autonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios tendrán derecho: c) Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, es decir las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas tienen legitimación propia u ordinaria para la defensa de los propios intereses de la asociación, pero también legitimación extraordinaria o por sustitución para la defensa de los intereses de sus asociados.

Del contenido del primer precepto (art. 11 LEC), se infiere, que parece que incluye la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en juicio los intereses incluso individuales de sus asociados, pero el segundo (art. 7.3 de la LOPJ), no contempla dicha situación, siendo consciente esta Sala de que existen resoluciones contradictorias de las diferentes Audiencias Provinciales, así cabe señalar que deniegan la legitimación la SAP de Valencia Sección 8, de 19 de abril de 2017 , el Auto de la A P de Madrid, Sección 13, de 17 de enero de 2013 , pero en sentido contrario cabe citar el Auto de la AP de Asturias, Sección 7, de 7 de diciembre de 2017 , el de 1 de junio de 2017 de la AP de Baleares Sección 5, (en ambos casos admitiendo la legitimización de la ASUFIN para ejercitar acciones individuales de sus socios), el Auto de la AP de Barcelona Sección 11 de 14 de diciembre de 2016, o la SAP Granada, Sección 3 de 18 de enero de 2015 .

El Tribunal Constitucional ha reconocido la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en un proceso los derechos e intereses de sus asociados, al señalar expresamente que esa legitimación se ostenta no sólo cuando la





asociación ejerce acciones en defensa de los derechos o intereses generales, colectivos o difusos, de sus asociados, sino también cuando la asociación actúa en defensa de un asociado concreto, siempre que la controversia afecta a los derechos e intereses del asociado en su condición de consumidor o usuario (SSTC73/2004, de 22 de abril , y 219/2005, de 12 de septiembre).

Pues bien, en atención del precitado art. 37 en relación con el art. 11 de la LE Civil, y a la doctrina constitucional que así lo avala, esta Sala se alinea con la línea que interpreta ampliamente la legitimación conferida a las asociaciones para la defensa judicial de sus miembros al estar relacionadas las cuestiones planteadas con la condición de consumidor y usuario del asociado en cuyo interés se ejercita las acciones de nulidad de los contratos bancarios.

Por lo expuesto ha de mantenerse la legitimación activa de la actora, para intervenir en el presente procedimiento en representación de uno de sus socios, debiendo en consecuencia ser desestimada la impugnación de la sentencia de instancia formulada por el BANCO SANTANDER S.A.”

Procede, por tanto, confirmar la legitimación activa de ASUFIN.

CUARTO.- Alega de nuevo la parte apelante la caducidad de la acción.

Esta Sala, **resolviendo un asunto idéntico al aquí enjuiciado**, en Sentencias de 6 y 13 de abril de 2018, decía lo siguiente:

“**SEGUNDO.-** Se invoca en el recurso la caducidad de la acción. Dicha alegación no fue formulada en la demanda. No obstante la Sala entra a conocer de la misma y lo hace para desestimarla.

Sobre el dies a quo a partir del cual empieza a correr el plazo de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento de un contrato de permuta financiera la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 (Ponente: D^a. María de los Ángeles Parra Lucán) sienta la siguiente doctrina, perfectamente aplicable al supuesto aquí enjuiciado de hipoteca multidivisa:

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018 (D. María de los Ángeles Parra Lucan).

“**TERCERO.-** Dies a quo a partir del cual empieza a correr el plazo de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento de un contrato se swap

1.- La sentencia recurrida ha declarado caducada la acción respecto de los dos primeros contratos de swaps celebrados por las partes, pero no respecto del tercero. La demandada ahora recurrente sostiene que, al no declarar caducada la acción respecto del último contrato, la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en la sentencia del Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015.

Entiende la recurrente que debe partirse del esquema argumental de la propia demandante, cuya acción se basa en la existencia de vicio del consentimiento derivado de un error con respecto de lo contratado. Argumenta que, puesto que la demandante fundamenta su error en la creencia de que se encontraba ante alguna especie de seguro de tipos de interés sobre el que desconocía completamente el riesgo que comportaba su suscripción, lo coherente es





entender que, en consecuencia, con la recepción y aceptación de las primeras liquidaciones periódicas derivadas de los contratos, la actora tuvo ocasión de advertir que no era un seguro y de ver materializado el riesgo que afirma que desconocía.

A partir de ese momento, alega la recurrente, la demandante habría estado en condiciones de advertir el error en que presuntamente había incurrido. Sostiene, en definitiva, que, dado que la actora había soportado liquidaciones negativas como consecuencia de los dos contratos ya suscritos con anterioridad y que la primera liquidación negativa del contrato suscrito el 10 de noviembre de 2006 data del 20 de noviembre de 2007, cuando se interpuso la demanda el 30 de enero de 2014 también habría transcurrido el plazo de ejercicio de la acción en relación con este tercer contrato.

La recurrente pone de relieve finalmente que el tercer contrato de swap suponía la cancelación de los otros contratos anteriores y que la demandante no puso ninguna objeción a las liquidaciones. Añade que no cabe declarar la nulidad de un contrato extinguido y cuyos efectos han cesado.

2.- En un caso en el que la sentencia de primera instancia consideró (y la Audiencia no corrigió) como día inicial del cómputo del plazo el de la perfección de un contrato de seguro de vida «unit linked multiestrategia» en el que el cliente había perdido toda la inversión realizada, la sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la que la ahora recurrente apoya su recurso de casación: i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de que «en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo».

Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

3.- A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que





sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

En los contratos de swaps o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés.»

Con arreglo a la doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer, resulta obvio que la acción de nulidad ejercitada en la demanda interpuesta por la parte actora no ha caducado.

QUINTO.- Nulidad de la cláusula multidivisa por error del consentimiento. Consecuencias.

5.1. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018 (Pte: D. Rafael Sarazá Jimena) dice lo siguiente:

“DECIMOTERCERO.- Decisión del tribunal (III): las “cláusulas multidivisa” del contrato celebrado por las partes son condiciones generales de la contratación

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

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

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

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





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

Asimismo, afirmamos en dicha sentencia:

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

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

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

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

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





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

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

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

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

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

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

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

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





2017, asunto C-186/16, caso Andriuc, y de 20 de septiembre de 2018, asunto C- 51/17, caso OTP Bank.

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

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

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

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

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

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





la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

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

"El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras".

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

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

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

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

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

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

Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que





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

14.- *Que la normativa MiFID no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos.*

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

"Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

"Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos".

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





Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, párrafo 70, y de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, caso OTP Bank.

También lo hizo la STJUE Andriuc, cuyo apartado 48 declara:

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

17.- 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)".

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

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

No hay prueba de que se les entregara con la antelación exigida la oferta vinculante. Requerida Caixa Catalunya para que la aportara al proceso, no lo hizo, y el hecho de que





en la escritura pública se afirmara la coincidencia de las condiciones de la escritura con la oferta vinculante, como menciona la Audiencia Provincial en su sentencia, no prueba que la misma hubiera sido entregada a los demandantes con la debida antelación, como ya afirmamos en la anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, menos aún que en ella se informara adecuadamente sobre los riesgos específicos que presenta este tipo de préstamo.

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

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

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

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

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

22.- Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera, pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Hasta aquí, el razonamiento de la Audiencia Provincial sobre esta cuestión es correcto.

Pero, a diferencia de lo afirmado por la Audiencia Provincial, este consumidor no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del





importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que las sentencias del TJUE Andriuc y OTP Bank exijan una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa.

23.- Caixa Catalunya tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos. La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar.

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

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

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

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

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

25.- Si bien el riesgo de un cierto incremento del importe de las cuotas de amortización, en los casos de préstamos denominados en divisas o indexados a divisas, por razón de





la fluctuación de la divisa, podía ser previsto por el consumidor medio de este tipo de productos sin necesidad de que el banco le informara, no ocurre lo mismo con los riesgos que se han descrito en los anteriores párrafos.

Como dijimos en la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, **la percepción propia de un consumidor medio que concierne un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo.**

Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor.

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

26.- Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros.

27.- **Por estas razones es esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo.**

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

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

29.- Como afirmamos en la anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, **la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la**





equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener el préstamo que ya tenían concedido y que fue cancelado con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.

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

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

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

Y la conclusión que se desprende de esta aplicación es, como se ha expuesto, que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013, de 9 de noviembre, hemos fundado en los arts. 60.2, 80.1 y 82.1 LGDCU y el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

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

La nulidad total del contrato préstamo supondría en este caso un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarlo más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se





abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

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

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

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

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

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

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

2.2. La aplicación de la doctrina y de la valoración de la prueba que se acaban de exponer al presente caso conlleva la estimación del recurso de apelación.

Por la parte demandada no se ha aportado a los autos documento alguno que acredite que dicha entidad, que era a quien correspondía la obligación de prestar la debida información del alcance del producto financiero, hiciera entrega al cliente de información de la cláusula, o le realizara simulaciones sobre el funcionamiento del producto, debiendo exigirse a la entidad financiera un mayor rigor en la diligencia del cumplimiento de la obligación de información que tenía.

Como con todo acierto expone el juez a quo en su sentencia, de la prueba practicada ha quedado acreditado que fue la entidad bancaria demandada la que acudió al negocio de los asociados de la actora para ofrecerle la novación del contrato de préstamo hipotecario que tenían suscrito con otro banco, por otro con ellos en la modalidad "multidivisas". Asimismo ha quedado probado que las condiciones de dicha novación (fuera de los términos relativos al





valor del préstamo y los plazos para su amortización) fueron establecidos por la demandada. Todo ello ha resultado del interrogatorio practicado a doña (antigua empleada de la entidad "Bankinter"), la cual reconoció que acudió, en nombre de la demandada, al negocio de los asociados de la actora para ofrecerles el producto. Asimismo no se ha aportado prueba alguna de la existencia de una fase precontractual entre las partes del préstamo, pues ello ha sido negado por los asociados de la actora, manifestando que todo ese tema lo llevaba la directora de la sucursal, no habiéndose traído a la misma al acto de la vista por la demandada.

De igual forma, como señala la sentencia, ha quedado probado que la entidad demandada no dio información suficiente sobre la naturaleza y funcionamiento del "préstamo multidivisas", pues fuera del documento número tres aportado con la demanda (el cual es un documento que por sí solo no permite conocer el funcionamiento y consecuencia de fijar la moneda base de la hipoteca en una divisa diferente al euro) no se cuenta con mas documentos remitidos a los asociados de la actora. En este punto se ha de aclarar que los correos electrónicos aportados (como documentos tres y cuatro de la contestación a la demanda) no permiten acreditar los hechos alegados por la demandada, pues los mismos han sido impugnados, no en cuanto a su autenticidad, sino a que se remitieran a los prestatarios (hecho que no consta). De igual forma, la testigo doña ha reconocido que tan sólo dio una explicación genérica del producto al carecer la misma de conocimientos específicos sobre este. Por último tampoco consta acreditado que los prestatarios tuvieran la experiencia financiera descrita en la contestación a la demanda, pues los contratos aportados con la misma no se encuentran firmados por los primeros.

En definitiva, **la parte demandada no ha acreditado que el cliente, en el momento de la firma del contrato de préstamo "multidivisa" tuviera un conocimiento suficiente sobre el funcionamiento de dicha cláusula, y, lo que es más importante, de los riesgos de su aplicación.**

Por cuanto antecede, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia, con expresa imposición de costas a la parte apelante, tal como prescribe el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no apreciarse en el caso serias dudas de hecho o de derecho.

Por cuanto antecede, procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia en el sentido siguiente:

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS

Que se debe desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANKINTER, S.A. contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2018, confirmando dicha resolución, con expresa imposición de costas al apelante.

Contra esta sentencia podrán las partes legitimadas interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los casos del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; o el recurso de casación, en los del artículo 477. El recurso se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, y será resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final decimosexta.





La SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, adoptó un “Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal”.

<http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/02/Acuerdos-criterios-de-admision-2-2017.pdf>

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha. Certifico.



descargado en www.asufin.com

