

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ062784

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 608/2017, de 15 de noviembre de 2017

Sala de lo Civil

Rec. n.º 2678/2015

SUMARIO:

Préstamo hipotecario en divisas. Nulidad parcial. Falta de transparencia. *El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la LMV. Cambio en la doctrina jurisprudencial.* Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank (asunto C-312/14), consideró que las operaciones de cambio de divisa, accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto del propio préstamo, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste. Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por la Directiva MiFID, la sala modifica la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, y declara que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la LMV. Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en dicha normativa, pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria. En el presente caso, la entidad bancaria no explicó adecuadamente a los prestatarios la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con el euro, que es la moneda en que éstos reciben sus ingresos, ni las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos. La falta de transparencia de las cláusulas multidivisa ha generado para los prestatarios 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 pudieron comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos y se ha agravado su situación económica y jurídica. En consecuencia, la sala estima que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia y casa la sentencia recurrida, declarando la nulidad parcial del préstamo y la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros. La nulidad total del contrato de préstamo supondría 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.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 6.3, 1.170, 1.265, 1.266, 1.269, 1.753 y 1.754.

Ley 24/1988 (Mercado de Valores), arts. 2, 79 y 79 bis.

RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), arts. 60.1, 80.1, 82 y 89.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 218.2, 469.1.4.º y 577.

Constitución Española, art. 24.

Ley 26/1988 (Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito), art. 48.2.

Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), art. 4.2.

Ley 7/1998 (Condiciones Generales de la Contratación), arts. 5 y 7.

Código de Comercio de 1885, art. 312.

PONENTE:*Don Rafael Saraza Jimena.*

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2678/2015**

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente
D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Pedro José Vela Torres
D^a. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 15 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto en Pleno, el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 157/2015 de 14 de abril, dictada en grado de apelación por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1201/2013 del Juzgado de Primera Instancia 84 de Madrid, sobre nulidad de préstamo hipotecario multidivisa.

El recurso fue interpuesto por D. Carlos Francisco y D.^a Milagros, representados por la procuradora D.^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón y asistidos por la letrada D.^a Patricia Gabeiras Vázquez.

Es parte recurrida Caixabank S.A., representada por la procuradora D.^a Adela Cano Lantero y asistida por el letrado D. Francisco Javier Fernández Bermudez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero. Tramitación en primera instancia**

1.- La procuradora D.^a Sharon Rodríguez de Castro, en nombre y representación de D. Carlos Francisco y D.^a Milagros, interpuso demanda de juicio ordinario contra Barclays Bank S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] en la que:

» a) Se declare la nulidad parcial del acuerdo suscrito en escritura pública, en lo que se refiere a las divisas, declarando así mismo de manera integradora que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado



a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 260.755 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros, condenando a Barclays a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

» b) Subsidiariamente, y para el caso de no estimarse la nulidad parcial de las referidas cláusulas, por considerar que no podría subsistir un préstamo convencional, interesa al derecho de esta parte que se declare la nulidad total del contrato de préstamo "multimoneda" con garantía hipotecaria suscrito por las partes en escritura pública en fecha 31 de julio de 2008 y se condene a la entidad a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en euros aplicando las mismas condiciones pactadas en la escritura en relación con los intereses, que se fijan al LIBOR+ 0,82, para evitar que el fallo sea inejecutable, dado que las condiciones del mercado pueden imposibilitar que mis mandantes accedan a financiación externa para devolver la suma de principal que mi mandante se vería obligado a restituir por razón de la declaración de nulidad total. »

c) Subsidiariamente se declare resuelto el contrato en su parte referida al instrumento financiero en el que consiste el mecanismo multimoneda con condena al pago en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados, consistentes en la pérdida sufrida por razón de dicho mecanismo hasta la fecha de sentencia siguiendo los criterios establecidos en la pericial aportada por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y de buena fe que competen al banco y a la pérdida sobrevenida de causa del contrato.

» A efectos de liquidación, se considerará que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, de acuerdo con la pericial aportada, restando de esta cantidad las cantidades en euros pagadas en concepto de principal e intereses desde aquella fecha, condonando por lo tanto el resto de la deuda que se haya incrementado por la variación de la paridad Yen/euros. Las cantidades condonadas constituirán los daños y perjuicios sufridos por mis mandantes, condenando a Barclays a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

» d) Subsidiariamente se condone parte de la deuda pendiente de pago, correspondiente a la modalidad en "multimoneda" en aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" o según las pautas indicadas anteriormente o mejor criterio del Juzgador, y eso en caso de que se considere que la entidad demandada no podía prever el cambio radical y sobrevenido de las circunstancias económicas que habían dado lugar a la suscripción del producto.

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

2.- La demanda fue presentada el 1 de octubre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia 84 de Madrid y fue registrada con el núm. 1201/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Adela Cano Lantero, en representación de Barclays Bank S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa imposición de costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia 84 de Madrid, dictó la sentencia 103/2014, de 12 de mayo , con la siguiente parte dispositiva: «Estimo la demanda presentada por D. Carlos Francisco y D.^a Milagros contra Barclays Bank S.A, y en consecuencia:

» a) Declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 31 de julio de 2008 identificada en esta resolución, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa.

» b) Declaro que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (260.755.- euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo que lo fue de 260.755.- euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (LIBOR a un mes + 0,82), conforme a lo explicado en esta resolución.

» c) Condeno a la demandada Barclays Bank S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento. » d) Condeno a la demandada al pago de las costas procesales».

Segundo. *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Barclays Bank S.A. La representación de D. Carlos Francisco y D.^a Milagros se opusieron al recurso interpuesto de contrario.



2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 537/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 157/2015 de 14 de abril, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "Barclays Bank, S.A.U" contra la sentencia de 12 de mayo de 2014 dictada en los autos civiles 1201/2013 del Juzgado de Primera Instancia número 84 de Madrid, revocando íntegramente esta resolución; acordando, en su lugar, desestimar la demanda formulada por la representación procesal de D. Carlos Francisco y D^a. Milagros contra "Barclays Bank S.A.U" a la que se absuelve de todos y cada uno de los pedimentos en ella contenidos, condenando a los demandantes al pago de las costas surgidas en la instancia; sin hacer expresa imposición de las originadas en esta alzada.

» La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15^a de la ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial».

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

1.- La procuradora D.^a Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en representación de D. Carlos Francisco y D.^a Milagros, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

«Único.- Por infracción procesal al amparo del ordinal 4 del artículo 469.1 de la LEC, citando como infringido el art. 24.1 CE, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión como incompatible con un pronunciamiento judicial arbitrario, ilógico o irrazonable, habiéndose infringido el art. 218.2 LEC».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Infracción del art. 2.2 y del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y desarrollado en el Real Decreto 217/2008».

«Segundo.- Infracción del art 6.3 del Código Civil».

«Tercero.- Infracción del art. 6.3 del Código Civil en relación con los art. 1266, 1265 y 1300 del Código Civil».

«Cuarto.- Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En concreto infracción de la doctrina recogida en la sentencia 798/2007 de 11 de julio, y la 129/2012, de 5 de marzo, RJ 2010/390 que declaran que la nulidad de este contrato también se puede llegar por el dolo omisivo (art. 1269 CC). Documentos nº 6 y 7».

«Quinto.- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio: Infracción del art. 80.1 y 82 del TRLCU».

«Sexto.- Infracción del art. 79 LMV en tanto que se ha incumplido el estándar de diligencia y buena fe e información en materia de inversiones financieras y por tanto procede imputar la responsabilidad de los daños y perjuicios producidos a la entidad financiera».

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 31 de mayo de 2017, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Caixabank S.A., como sucesora de Barclays Bank S.A., presentó escrito de oposición al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo de Pleno el día 20 de septiembre de 2017.



5.- Antes del día señalado para la deliberación, votación y fallo del recurso, los demandantes presentaron un escrito en el que solicitaron que se planteara una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

6.- El día señalado para la deliberación fue dictada providencia dando vista a las partes para que pudieran realizar alegaciones sobre la trascendencia que en la resolución del recurso pudiera tener la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada ese día en el asunto C-186/16 , caso Andriciu .

7.- Las partes presentaron sendos escritos realizando las alegaciones que tuvieron por convenientes. Caixabank S.A. solicitó también que se planteara cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 8.- Una vez que fueron presentados los escritos, se reanudó la deliberación y se votó y falló el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Antecedentes del caso

1.- Los antecedentes más relevantes para analizar las cuestiones planteadas en los recursos han sido fijados en la instancia del siguiente modo:

i) D. Carlos Francisco y D^a Milagros , arquitecto y administrativa, de un lado, y Barclays Bank S.A. (en lo sucesivo, Barclays), de otro, concertaron un préstamo con garantía hipotecaria, con una duración de 28 años, documentado en escritura pública de 31 de julio de 2008. La escritura fue redactada conforme a la minuta facilitada por Barclays, como se indica expresamente en la propia escritura, que añade que «contiene condiciones generales de la contratación». Barclays no facilitó información por escrito a los prestatarios con carácter previo a la suscripción del préstamo. En concreto, no les facilitó folleto informativo ni oferta vinculante. La comercial de Barclays que les atendió en la tramitación del préstamo carecía de los conocimientos necesarios para explicar adecuadamente la naturaleza y riesgos del producto ofertado porque no había recibido la formación necesaria para dar esas explicaciones.

ii) El préstamo se calificó como «préstamo multimonedado con garantía hipotecaria» y se concedió para refinanciar un préstamo hipotecario y un préstamo personal que los prestatarios habían concertado con anterioridad en euros. Una pequeña parte del importe prestado se destinó a cubrir los gastos originados por la concesión del nuevo préstamo.

iii) Como importe del préstamo se declaró la cantidad de 44.346.603 yenes japoneses (JPY). El contravalor en euros (260.755 euros), que expresamente se fijaba en la cláusula de la escritura en la que se indicaba la cuantía objeto del préstamo, fue ingresado en la cuenta corriente de los demandantes y se destinó a cancelar los dos préstamos anteriores. El cambio de yenes a euros se hizo al tipo de compra de divisa fijado por el banco.

iv) El importe de la cuota mensual se fijó inicialmente y hasta la primera revisión del tipo de interés en 161.084 JPY. Se previó que su importe variaría en función de las revisiones del tipo de interés (cláusula 2.^a-II.a) y que de no modificarse el tipo de interés, la cantidad a pagar comprensiva de la amortización de capital e intereses no sufriría variación alguna (cláusula financiera 2.^a-II.g).

v) En la cláusula 2.^a-II.I se establecieron dos procedimientos de pago para el caso de que el préstamo estuviera representado en divisas. Los prestatarios podían situar en el banco, con dos días hábiles de antelación, el contravalor en euros según el cambio vendedor de Barclays o, alternativamente, situar en el banco, el día de vencimiento de cada obligación de pago, un importe de la divisa en que estuviera representado el capital del préstamo igual al de la cuota de amortización. Los prestatarios tenían sus ingresos en euros, por lo que utilizaron el primero de los procedimientos de pago, esto es, el pago en euros.

vi) El tipo de interés aplicable se fijó para el primer mes en el tipo nominal del 1,47% anual (TAE en el 1,55%). Este tipo se revisaría mensualmente para fijarlo en el tipo de interés de referencia pactado (LIBOR a un mes) más un diferencial de 0,82 puntos porcentuales para las amortizaciones en divisas. En la escritura no se contenía previsión expresa sobre la utilización de otro tipo de interés de referencia o de otro diferencial para el caso de que las amortizaciones se abonaran en euros, que se trató como si fuera una divisa más.

vii) La cláusula financiera 1.^a-I.c) estableció: «El presente préstamo se conviene en la modalidad de multimonedado, de forma que el préstamo podrá quedar representado en cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda e interés en cualquiera de las monedas que se indican a continuación en tanto sean negociadas en el mercado de divisas de Madrid a solicitud del prestatario y con sujeción a las condiciones establecidas en el presente

contrato: dólar USA, yen japonés, franco suizo, libra esterlina inglesa y euro. La transformación de la moneda, en caso de que la parte prestataria elija en cualquiera de tales periodos una moneda distinta a la del anterior, no constituye novación o modificación alguna del préstamo. La parte prestataria deberá reintegrar las cuotas comprensivas de pago e intereses en la moneda en que esté representado el préstamo en cada momento. »Los cambios de moneda podrán realizarse únicamente en la fecha de inicio de cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda e interés en que se divide la presente operación crediticia. A tal fin, la parte prestataria deberá manifestar su voluntad al BANCO, suscribiendo el documento cuyo modelo figura como anexo de esta escritura y entregándolo en la oficina del BANCO reseñada en la cláusula 8ª de esta escritura con cinco días de antelación, cuando menos, a la expresada fecha de inicio. »El principal del préstamo quedará representado en la nueva moneda elegida por la parte prestataria y el importe de ésta se obtendrá por la cotización que tenga la anterior moneda en que estuviera representado el préstamo en relación a la nueva moneda según los cambios de divisa que rijan en el Mercado Español de Divisas dos días hábiles antes de la fecha de inicio del periodo de mantenimiento de moneda y de interés en que haya de realizarse el cambio al cambio vendedor del BANCO en cuanto a la anterior moneda y al cambio comprador del BANCO respecto a la nueva moneda». Los periodos de mantenimiento de moneda e interés tenían duración mensual. Para ejercitar la opción de cambio de divisa, los prestatarios debían estar al corriente en el pago de las cuotas del préstamo. El cambio de divisa generaría la correspondiente comisión de cambio de moneda a favor del banco.

viii) Las anotaciones en la cuenta de los prestatarios se realizaron en euros.

ix) Entre las causas de resolución anticipada se establecieron en la cláusula financiera 6.ª bis.1. las siguientes:

«f) Si el valor de tasación de la finca llega a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento y la parte deudora no aumentara la garantía en el plazo de dos meses. »

g) Si por razón de las fluctuaciones de los tipos de cambio y estar cifrado el nominal del préstamo en divisa, el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización en cada fecha de pago de cuotas comprensivas de capital e intereses fuese superior en más de un 20% al resultado de aplicar al mismo importe el valor de cambio de la divisa [...] salvo que el prestatario reembolsase la diferencia o, para cubrir la misma, ampliara la hipoteca con rango de primera o aportase otras garantías reales suficientes a juicio del Banco [...].»

x) En la estipulación adicional 1.ª los prestatarios manifestaban conocer los riesgos derivados del cambio de moneda, al tener que devolverse el principal y los intereses en la moneda expresada en la cláusula 1.ª o en la que se eligiera en las sucesivas revisiones mensuales, y se añade: «En consecuencia, la parte prestataria asume, consciente y expresamente, todos los riesgos derivados de estar representado el préstamo en divisa, reconociendo haber recibido de Barclays Bank S.A. la información necesaria para la evaluación por la prestataria de dichos riesgos, exonerando expresamente a Barclays Bank S.A. de cualquier responsabilidad al respecto».

xi) En garantía de la devolución del préstamo se constituyó una hipoteca sobre la vivienda familiar de los demandantes, tasada en 738.104,10 euros como valor a efectos de subasta. La responsabilidad hipotecaria se fijó en 325.943,75 euros (que era el contravalor en euros de la cantidad prestada, 260.755 euros, más un 25% en aseguramiento de la fluctuación de la moneda) más los intereses pactados de seis meses, los de demora de dos años y otras sumas en concepto de gastos.

xii) El tipo de interés anual osciló entre un máximo de 1,75% y el mínimo en el 0,93%, aunque el tipo aplicable se ha situado de forma estable en el entorno del 0,93%-0,99% desde el 31 de octubre de 2009.

xiii) Para hacer frente a la primera amortización mensual, los demandantes pagaron 1019,66 euros (interés al 1,47% anual). Como hitos significativos, en noviembre de 2009 este importe ascendió a 1180,72 euros (interés al 0,97%). El importe en euros que los demandantes pagaron por cada cuota de amortización se mantuvo más o menos en esas cifras hasta mayo de 2010, cuando subió a 1361,68 euros (interés al 0,98%). Una nueva subida significativa tuvo lugar en agosto de 2010, en que la cantidad pagada subió hasta 1432,13 euros (interés al 0,96%). En junio de 2012 subió hasta 1540,95 euros (interés al 0,96%). La continua subida de las cuotas se ha producido por la depreciación del euro frente al yen, pese a la bajada del tipo de interés aplicable respecto del vigente cuando se concertó el préstamo.

xiv) La equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar alcanzó un máximo de 404.323,94 euros el 24 de agosto de 2012. Esta cifra supone un 55% de incremento sobre la cuantía inicial. La equivalencia en euros del capital pendiente de devolución nunca ha disminuido durante la vida del préstamo con respecto a su equivalencia inicial en euros, pese al pago de las cuotas del préstamo comprensivas de capital e intereses.



xv) Ante la incapacidad de los demandantes para hacer frente al pago de las cuotas, desde julio de 2012 las partes iniciaron una negociación para modificar los términos del préstamo hipotecario, en la que provisionalmente acordaron que los demandantes pagarían una cuota mensual de 700 euros al mes. Las negociaciones se prolongaron hasta septiembre de 2013 pero no fructificaron en un acuerdo definitivo.

xvi) En octubre de 2013, Barclays formuló demanda de ejecución hipotecaria contra los demandantes, con base en la hipoteca constituida en garantía del préstamo multidivisa, que dio lugar al procedimiento 400/2013 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Torrelaguna, en el que se despachó ejecución por un capital pendiente de amortizar de 293.802,19 euros, más los intereses ordinarios y de demora devengados y la cantidad calculada para intereses que pudieran devengarse durante la ejecución y costas.

xvii) Durante la tramitación del litigio se produjo la fusión por absorción de Barclays S.A. por Caixabank S.A. (en lo sucesivo, Caixabank)

2.- Los prestatarios presentaron la demanda contra Barclays que ha dado lugar al presente litigio el 30 de septiembre de 2013. En ella solicitaron, como pretensión principal, la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa y al cambio de divisa y la declaración de que el importe adeudado era el resultado de reducir el capital prestado en euros (260.755 euros) en la cantidad ya amortizada en concepto de principal y de intereses.

Basaban la solicitud de nulidad parcial, en primer lugar, en el artículo 6.3 del Código Civil, por vulneración de normas imperativas, considerando como tales la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y los artículos 79 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores.

Como segundo fundamento de la nulidad parcial, la demanda consideraba que la cláusula multidivisa vulnera la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación porque no cumple los requisitos de concreción, claridad, sencillez, respeto al equilibrio y buena fe y conlleva, además, la asunción ficticia de los riesgos inherentes al producto, la falta de claridad y transparencia sobre los efectos de la cláusula y la previsión de causas de resolución anticipada por efecto del riesgo de cambio que solo se establecen a favor de la entidad bancaria.

Por último, se alegaba como causa de nulidad el dolo omisivo de la entidad bancaria y el error invalidante en el consentimiento prestado por los demandantes, al amparo de lo establecido en los artículos 1265, 1266 y 1269 y concordantes del Código Civil.

Para el caso de que se estimara que el préstamo no podía subsistir sin la cláusula «multidivisa», se solicitaba de modo subsidiario la nulidad total del contrato y la condena a Barclays a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en euros con un tipo de interés equivalente al Euribor más 0,82 puntos.

Con carácter subsidiario a la acción de nulidad, se ejercitaba una acción de resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y buena fe de la entidad bancaria demandada, en su parte referida al derivado financiero, con la que se pretendía la condena a Barclays a indemnizar, en concepto de daños y perjuicios, la pérdida patrimonial sufrida sobre los criterios establecidos en la prueba pericial aportada con la demanda.

La última de las acciones ejercitadas, igualmente con carácter subsidiario, pretendía la condonación de una parte de la deuda pendiente de pago en aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.

3.- En su contestación a la demanda, Barclays rechazó que la Ley del Mercado de Valores fuera aplicable al contrato, pues negó que la hipoteca multidivisa fuera un producto híbrido que encubriera un derivado, y consideró que la estructura y funcionamiento de los derivados son por completo ajenos al desenvolvimiento del préstamo.

Rechazó también que pudiera aplicarse la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, porque las cláusulas del préstamo habían sido negociadas individualmente y redactadas con respeto a los requisitos de claridad, sencillez y concreción. Alegó que la anulabilidad basada en vicios del consentimiento tampoco podía prosperar porque no concurrían los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para la apreciación del dolo omisivo y/o del error en el consentimiento.

Respecto de la acción de resolución contractual, consideró que no concurrían los requisitos legales para el éxito de la acción, ya que Barclays cumplió todas las obligaciones impuestas por la normativa bancaria, la resolución parcial que se pretendía era jurídicamente inviable y la parte demandante había incumplido sus obligaciones de pago.

Finalmente, alegó que no concurrían los requisitos exigidos para la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.



4.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión de nulidad parcial por las siguientes razones:

i) El índice de referencia, Libor, era casi desconocido para un cliente minorista por su escasa trascendencia en nuestros medios de comunicación y había sido objeto de actuaciones en varios países anglosajones por su manipulación.

ii) El riesgo de fluctuación de la moneda es un riesgo esencial con un impacto económico importantísimo sobre la vida del contrato. El prestatario tiende a pensar, salvo que se le explique lo contrario, que el capital que debe es la suma prefijada en euros y que solo se modificará a la baja al descontar las amortizaciones. Sin embargo, el capital es una representación en yenes de los euros recibidos que se recalcula cada mes en función del tipo de cambio.

iii) Con apoyo en el informe pericial aportado con la demanda, consideró que la determinación de la contraprestación a la que debían hacer frente los prestatarios funcionaba como un derivado implícito, lo que conllevaba la aplicación la Ley de Mercado de Valores al tratarse de un producto de los comprendidos en su artículo 2.2 .

iv) La información precontractual escrita era inexistente. No se indagó en el perfil de los clientes ni se les realizó ningún tipo de test. La escritura en la que se formalizó el contrato de préstamo no proporcionaba información transparente y de calidad.

v) Los contenidos referidos a la opción multidivisa no superaban el control de transparencia y debían reputarse nulos por abusivos. Afectaban a la vivienda habitual de los demandantes, que se encontraban en clara situación de desequilibrio ante el contenido de determinadas estipulaciones.

vi) Se vulneraban los artículos 89 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), 48 de la Ley 26/1988 , sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, y la Orden de 5 de mayo de 1994, al no garantizarse la adecuada información y protección de los deudores hipotecarios, no entregarse el folleto informativo y tampoco la oferta vinculante. Se vulneraban también los artículos 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y el Real Decreto 217/2008 .

No obstante, como procedía declarar la nulidad solicitada por efecto de la abusividad, no se vinculaba dicha nulidad a la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil , por tratarse de una cuestión jurisprudencialmente dudosa y no decisiva para el contenido de la resolución.

vii) Los hechos probados también acreditaban el error del consentimiento prestado por los demandantes y el dolo omisivo de la entidad bancaria en los contenidos relacionados con la multidivisa, si bien la fundamentación principal de la nulidad que se declara es la abusividad de esas cláusulas, por lo que no concurre la imposibilidad alegada por la demandada de aplicar la nulidad parcial de los contratos cuando se aprecian vicios del consentimiento.

viii) Procedía declarar la nulidad parcial del contrato, circunscrita a los contenidos relativos a la divisa, porque la nulidad total del contrato sería contraria a la finalidad de protección de los consumidores de la Directiva 93/13/CEE y la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13). El contrato permite entender que el préstamo lo fue de 260.755 euros y era posible que las amortizaciones se efectuaran en euros.

ix) Por esas razones, la sentencia, en su fallo, declaró la nulidad parcial del préstamo hipotecario «en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa», lo que traía como consecuencia «que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (260.755 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de 260.755 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (Libor a un mes + 0,82%)».

5.- Barclays apeló la sentencia. La Audiencia Provincial estimó el recurso.

Los principales argumentos que sirvieron de base a la decisión de la Audiencia Provincial son los siguientes:

i) El préstamo hipotecario con cláusula multidivisa en una moneda extranjera no puede conceptuarse como un instrumento o derivado financiero de los contemplados en el artículo 2 de la Ley de Mercado de Valores , en la redacción dada por la Ley 47/2007 que traspuso la Directiva 2004/39/CE y en consecuencia la normativa MIFID, ya que no es un valor negociable. Se trata simplemente de una operación de préstamo en donde el capital del mismo se ha consignado en una moneda extranjera y por lo tanto lleva asociado un riesgo añadido, no sólo la subida o



bajada de los tipos de interés, sino también las oscilaciones del tipo de cambio. No es, en consecuencia, un producto complejo.

ii) El doble riesgo, derivado de la fluctuación de la moneda y de la variación del tipo, puede ser paliado, mitigado o incluso suprimido con la posibilidad ofrecida al prestatario en el propio contrato de modificar su clausulado, optando en el plazo previsto (con la antelación de cinco días al de finalización de cada periodo de intereses) por cualquiera de las divisas pactadas. La sentencia literalmente declara:

«En definitiva, la declaración de nulidad pretendida y acogida en la sentencia de instancia, con los efectos a ella inherentes, pudo ser obtenida por los demandantes acudiendo a los objetivos y propios mecanismos que el contrato les ofrecía, (contrariamente al supuesto contemplado en la STJUE de 30 de abril de 2.014), desde el primer mes de su vigencia sustituyendo la divisa inicialmente seleccionada por cualquiera de las otras ofertadas, incluido el euro que, a su vez, conllevaba la referencia del Euribor; sin embargo, pese a la variación sufrida por el yen con respecto al resto de esas divisas y especialmente al euro, nunca acudieron a ese mecanismo, optando únicamente por solicitar una carencia en el abono de las correspondientes amortizaciones mensuales en abril de 2.012».

iii) La regla pacta sunt servanda exige que los contratantes cumplan sus obligaciones aunque les resulten más onerosas de lo que habían previsto, tanto por un aumento de los costes de la ejecución como por una disminución del valor de la contraprestación a que tuvieran derecho.

iv) En relación con la aplicación del principio rebus sic stantibus, la sentencia argumenta que para que sea aplicable la técnica de resolución o revisión del contrato se exige, entre otras condiciones, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual, como sucede en el caso litigioso y, puede ser paliada a través del mecanismo del cambio mensual de divisa.

6.- Los demandantes han interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal basado en un motivo y recurso de casación basado en seis. Todos han sido admitidos.

7.- El día señalado para la deliberación, el TJUE publicó la sentencia de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc. La sala acordó dar un trámite de audiencia a las partes para que pudieran hacer alegaciones sobre la trascendencia de la doctrina contenida en esa sentencia. Esta doctrina es de especial importancia para resolver el recurso puesto que se pronuncia justamente sobre la cuestión que, a juicio de este tribunal, resulta más relevante entre las varias planteadas en el recurso de casación, como es la de la transparencia exigible a las cláusulas relativas a la divisa en los préstamos hipotecarios denominados en divisa, como ya se apreciaba por la lectura de las conclusiones del Abogado General del TJUE sobre el asunto. Por tal razón se concedió el trámite de audiencia a las partes.

Como dicha sentencia será citada con frecuencia a lo largo del texto, nos referiremos a ella como la STJUE del caso Andriuc.

Recurso extraordinario por infracción procesal

Segundo. *Formulación del recurso extraordinario por infracción procesal*

1.- El único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con este epígrafe:

«Por infracción procesal al amparo del ordinal 4 del artículo 469.1 de la LEC, citando como infringido el art. 24.1 CE, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión como incompatible con un pronunciamiento judicial arbitrario, ilógico o irrazonable, habiéndose infringido el art. 218.2 LEC».

2.- Los argumentos en que se basa el motivo son, resumidamente, que la Audiencia Provincial ha prescindido de valorar de modo absoluto un medio de prueba que puede ser considerado fundamental y yerra al confundir las consecuencias económicas de la nulidad con las consecuencias del ejercicio de la opción de cambio de divisa y no toma en cuenta una serie de hechos no discutidos.

Tercero. *Decisión del tribunal. Desestimación del motivo*

1.- No procede estimar el motivo porque la Audiencia Provincial no modifica los hechos fijados en la primera instancia. Lo que realiza es una nueva valoración jurídica de los mismos.



Que la Audiencia Provincial no tome en cuenta algunos de los hechos fijados en la instancia no es un error en la valoración de la prueba, sino una valoración jurídica consistente en no considerar relevantes algunos hechos y que enlaza directamente con las infracciones legales que son objeto del recurso de casación.

2.- La afirmación de la Audiencia Provincial consistente en que «la declaración de nulidad pretendida y acogida en la sentencia de instancia, con los efectos a ella inherentes, pudo ser obtenida por los demandantes acudiendo a los objetivos y propios mecanismos que el contrato les ofrecía [...] desde el primer mes de su vigencia sustituyendo la divisa inicialmente seleccionada por cualquiera de las otras ofertadas», aunque ciertamente puede dar lugar a interpretaciones dispares, debe entenderse también como una valoración jurídica del alcance de los riesgos del préstamo más que como una afirmación de hechos concretos derivados de una valoración probatoria pues, como se ha dicho, la Audiencia Provincial no rectifica los hechos relevantes fijados por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Tal afirmación debe contextualizarse, poniéndola en relación con otras partes de la sentencia, como la que afirma que el riesgo derivado de la fluctuación de la moneda puede ser paliado, mitigado o incluso suprimido con la posibilidad de cambiar de divisa que se ofrece en el contrato.

Recurso de casación

Cuarto. Formulación de los motivos primero, segundo y sexto

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza así:

«Infracción del art. 2.2 y del art. 79 de la Ley del Mercado de Valores y desarrollado en el Real Decreto 217/2008».

2.- La infracción se habría producido por desconocer la Audiencia Provincial la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la naturaleza y normativa aplicable a este producto, recogida en su sentencia 323/2015, de 30 de junio, y en la sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L., asunto C-604/2011. De tales sentencias resultaría que el préstamo hipotecario multidivisa es un instrumento financiero complejo, al contener un derivado implícito, y como tal, está sometido a la normativa Ley del Mercado de Valores. Esta normativa habría sido infringida por Barclays, al no haber dado cumplimiento al protocolo informativo, evaluación de riesgos y clasificación de clientes exigido por esta ley en sus artículos 79 y siguientes. 3.- El segundo motivo del recurso de casación se encabeza así:

«Infracción del art 6.3 del Código Civil ».

4.- Esta infracción legal se habría cometido al no haber declarado la Audiencia Provincial la nulidad de pleno derecho del contrato pese a haberse infringido normas imperativas tales como la Ley del Mercado de Valores (varios párrafos del art. 79), art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de entidades de crédito y de la orden de 5 de mayo de 1994, 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 47 de la Constitución.

5.- El sexto motivo del recurso de casación se encabeza así:

«Infracción del art. 79 LMV en tanto que se ha incumplido el estándar de diligencia y buena fe e información en materia de inversiones financieras y por tanto procede imputar la responsabilidad de los daños y perjuicios producidos a la entidad financiera».

6.- En el desarrollo de este motivo se alega que la sentencia de la Audiencia Provincial sería contraria a la doctrina jurisprudencial que afirma que el incumplimiento grave del estándar de diligencia y buena fe e información en materia de inversiones financieras constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad de los daños y perjuicios producidos.

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



Quinto. *Decisión de la sala. El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio*

1.- La sentencia del pleno de esta sala 323/2015, de 30 de junio, declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente «hipoteca multidivisa»), es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Esta ley, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, traspone la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID).

2.- La posterior sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, declaró, por el contrario, que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que «no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad».

3.- Los argumentos que sirvieron de fundamento a esta decisión del TJUE fueron, sucintamente, que en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A de la Directiva MiFID (apartado 55). Estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago) (apartado 56). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (apartado 57).

Tampoco estarían comprendidas en el concepto de «negociación por cuenta propia» al que se refiere la sección A, punto 3, del anexo I de la Directiva MiFID (apartado 58) ni forman parte de la categoría de «servicios auxiliares» del anexo I, sección B, de la Directiva MiFID (apartado 62), pues esto solo sucedería si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación (apartado 63) y tales operaciones de cambio no están vinculadas a un servicio de inversión (apartado 67), ni se refieren a uno de los instrumentos financieros del anexo I, sección C, de dicha Directiva (apartado 68).

Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71).

Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L., asunto C-604/2011 (apartado 73). Por último, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad (apartado 74).

4.- Los recurrentes han solicitado que se plantee cuestión prejudicial en la que se pregunte al TJUE si el préstamo hipotecario multidivisa objeto de este recurso es un préstamo que incluye un derivado financiero implícito en el sentido recogido en la normativa MiFID y en la NIC 39 incorporada al ordenamiento jurídico comunitario mediante Reglamento (CE) 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008. Consideran que la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, no ha aclarado la cuestión, puesto



que el préstamo objeto del litigio principal en que se planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a esa sentencia no tiene las características del que es objeto de este recurso, por lo que el supuesto de hecho es diferente.

5.- No procede plantear la cuestión prejudicial por varias razones. La primera es que el Reglamento (CE) 1126/2008 no es relevante para resolver este recurso, no solo por razones temporales, sino también por razón de la materia sobre la que versa, la adopción de determinadas Normas Internacionales de Contabilidad. La segunda y fundamental es que, existan o no algunas diferencias entre el préstamo objeto del litigio principal en que se planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank , asunto C-312/14 , y el préstamo que es objeto de este recurso, las razones por las que el TJUE, en esa sentencia, consideró que la operación no estaba regulada por la Directiva MiFID son plenamente aplicables al préstamo objeto de este recurso: las operaciones de cambio de divisa son accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato (el préstamo), sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste y el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano sino que se realiza sobre la base del tipo de cambio de estas divisas en la fecha de entrega del capital del préstamo o del vencimiento de cada cuota mensual de amortización.

6.- Que a efectos de las normas contables, concretamente de la NIC 39, un préstamo denominado o indexado en divisas constituya un instrumento financiero híbrido, al combinar un contrato principal no derivado y un derivado implícito en tanto que los flujos de efectivo del contrato principal se modifican de acuerdo con un tipo de cambio, no supone que constituya un instrumento financiero a efectos de la Directiva MiFID y del art. 2.2 de la Ley del Mercado de Valores . La sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank , asunto C-312/14 , ha afirmado que no lo es.

7.- Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio , del pleno de esta sala, y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.

8.- Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria. Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso Banif Plus Bank .

9.- Al no ser de aplicación la normativa sobre el mercado de valores, la sentencia de la Audiencia Provincial no infringe los arts. 2.2 y 79 de la Ley del Mercado de Valores , que es la infracción que se denuncia en los motivos primero y sexto. Tampoco infringe el art. 6.3 del Código Civil en relación con el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores , por las mismas razones.

10.- En todo caso, y a efectos de argumentar la improcedencia de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con el efecto que debiera vincularse a la vulneración de esas normas, que los recurrentes pretenden sea el de nulidad radical, la sentencia del TJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/2011, caso Genil 48. S.L. , en su apartado 57, afirma que, «si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39 , ni cuáles podrían ser esas

consecuencias». En consecuencia, «a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C- 591/10), apartado 27]».

11.- En el segundo motivo se denuncia también la infracción del art. 6.3 del Código Civil con relación al art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de entidades de crédito y de la orden de 5 de mayo de 1994. Esta impugnación no puede ser estimada puesto que, al igual que declaramos en las sentencias 716/2014, de 15 de diciembre , y 323/2015, de 30 de junio , con relación al incumplimiento de las normas que imponen los deberes de información respecto de los productos y servicios de inversión, la Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito y la Orden de 5 de mayo de 1994 no prevén la nulidad de los contratos bancarios en cuya concertación el banco haya incumplido los deberes de información, sino sanciones administrativas. El incumplimiento de los deberes de información que esta normativa impone a los bancos es relevante, como se verá más adelante, al realizar el control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores.

12.- Respecto del derecho a la vivienda digna que se recoge en los arts. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 47 de la Constitución , se trata de un derecho social de configuración legal. No estando discutido que tal derecho se encuentra efectivamente desarrollado por el ordenamiento jurídico infraconstitucional aplicable en este litigio, y que este respeta su contenido esencial, no puede analizarse su infracción independientemente de la infracción de esas normas legales que los desarrollan.

Sexto. *Formulación del quinto motivo del recurso*

1.- El quinto motivo del recurso de casación lleva este encabezamiento: «Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio: Infracción del art. 80.1 y 82 del TRLCU».

2.- Los argumentos que se exponen en el desarrollo del motivo consisten, sucintamente, en que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe el art. 80.1.a TRLCU y la jurisprudencia que lo interpreta, al no apreciar que las cláusulas cuestionadas no superan el control de incorporación. Se alega que la sentencia infringe también el control de transparencia que exige el art. 4.2 de la Directiva 93/13 , la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai , asunto C-26/13) y la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo , pues faltaba la información clara y comprensible sobre las consecuencias de las cláusulas multidivisa y estas no permiten conocer al consumidor su posición jurídica ni la carga económica que realmente asume. En concreto, no permite entender que el capital que se amortiza no es el que le fue entregado en euros, sino el calculado en yenes, por lo que el importe a devolver podrá ser revaluado de manera constante en función de la evolución del tipo de cambio, de modo que pese a estar pagando las cuotas del préstamo no se va a producir amortización efectiva de la deuda en euros si el contravalor en yenes se ha revalorizado. Tampoco permite conocer las implicaciones de optar por el cambio de divisa. Y por último, la infracción se habría cometido al no declarar el carácter abusivo de las cláusulas porque de haber conocido el cliente el coste económico previsible del contrato que sí conocía el banco, jamás hubiera prestado su consentimiento.

3.- Dado que la estimación de este motivo supondría la estimación de la pretensión formulada en la demanda con carácter principal (la nulidad parcial del contrato), procede analizarlo antes que los motivos tercero y cuarto, que sirven de apoyo a una pretensión formulada de modo subsidiario, como es la anulación del contrato por vicio del consentimiento.

Séptimo. *Decisión del Tribunal (I). Desestimación de las alegaciones relativas a la infracción de las normas sobre incorporación de las condiciones generales*

1.- En la demanda se ha ejercitado, entre otras, una acción encaminada a que se declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario multidivisa, en concreto de las cláusulas relativas a la denominación en yenes, por ser abusivas, al no superar el control de transparencia. Los demandantes no solicitaron que no se tuvieran por incorporadas tales condiciones generales sino que se declararan nulas por abusivas. El debate tanto en primera como en segunda instancia se ha centrado en el control de abusividad de dichas cláusulas, y más concretamente en si superan el control de transparencia.



2.- La infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en lo sucesivo, LCGC) podría constituir el objeto de un motivo del recurso de casación si en la demanda se hubiera ejercitado una acción encaminada a declarar que las cláusulas relativas a la denominación en divisa no estaban incorporadas al contrato de préstamo hipotecario por no reunir los requisitos de incorporación exigidos en esos preceptos, la Audiencia Provincial se hubiera pronunciado sobre tal cuestión y hubiera aplicado incorrectamente tales preceptos legales o negado indebidamente su aplicación. Pero al no haber sido formulada esa pretensión y no haber existido pronunciamiento sobre la aplicación o inaplicación de los arts. 5 y 7 LCGC, no es admisible un motivo de casación fundado en la infracción de preceptos legales distintos de los que sirven de fundamento a la acción ejercitada. Este tribunal no puede revisar la correcta aplicación de unos preceptos legales que no han sido tomados en consideración por la Audiencia Provincial, ni para aplicarlos ni para negar su aplicabilidad, sin que los hoy recurrentes hayan denunciado adecuadamente por el cauce pertinente una omisión de pronunciamiento o la falta de exhaustividad de la sentencia de la Audiencia Provincial.

Octavo. Decisión del tribunal (II). El control de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisa y al cambio de una divisa a otra

1.- El motivo del recurso de casación se basa también 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 TRLCU, que desarrollan las previsiones de la Directiva sobre cláusulas abusivas, como son las del art. 4.2 de la Directiva.

2.- La sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank , asunto C-312/14 , que excluyó la aplicación de la normativa MiFID a este tipo de productos bancarios, declaró: «47. Dicho esto, es necesario señalar que algunas disposiciones de otros actos del Derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores pueden ser pertinentes en un asunto como el del litigio principal. »48. Esto sucede, en particular, con las disposiciones de la Directiva 93/13 que instauran un mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esta Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282 , apartado 42)».

3.- En esta sentencia del caso Kásler , el TJUE declaró la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo denominado en divisas.

4.- También la STJUE del caso Andriuc , declara 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.

5.- Como primera cuestión a resolver, no puede estimarse la alegación de la recurrida, que afirma que las cláusulas controvertidas han sido objeto de negociación individual y, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 3. Ninguna de las sentencias de instancia hace mención a la existencia de tal negociación. En la escritura pública de préstamo hipotecario consta que fue redactada conforme a la minuta facilitada por Barclays y «contiene condiciones generales de la contratación». Tampoco consta que fueran los prestatarios quienes hicieran la selección inicial de la divisa en la que estaba representado el préstamo. 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.



6.- No procede plantear una cuestión prejudicial al TJUE sobre estos extremos del litigio, como pretende Caixabank, porque al hacer tal solicitud parte de hechos no acreditados y pretende que se plantee una cuestión prejudicial cuyo objeto sería realizar una valoración jurídica de los hechos objeto del litigio, que corresponde a este tribunal, no una interpretación de una norma jurídica de la UE sobre la que existan dudas, que es lo que justifica el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Sobre esta cuestión, el apartado 28 de la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008, asunto C-279/06, caso Cepsa, con cita de otras sentencias anteriores, declara: «Es preciso recordar que, en virtud del artículo 234 CE, basado en una clara separación de las funciones de los órganos jurisdiccionales nacionales y del Tribunal de Justicia, éste sólo es competente para pronunciarse sobre la interpretación o la validez de una norma comunitaria a partir de los hechos que le proporcione el órgano jurisdiccional nacional, y que, en cambio, corresponde a éste aplicar las normas del Derecho comunitario a un caso concreto. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre los hechos del asunto principal ni para aplicar a medidas o a situaciones nacionales las normas comunitarias que haya interpretado, siendo dichas cuestiones de la exclusiva competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales [...]».

7.- Tampoco puede admitirse la segunda objeción opuesta por la entidad bancaria, expresada en el trámite de alegaciones sobre la STJUE del caso Andriuc, en el sentido de que las estipulaciones cuestionadas quedan fuera del ámbito de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 1.2. Este precepto dispone: «Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva». La razón por la que, según el banco, debe aplicarse tal precepto consiste en que esas estipulaciones se limitan a reflejar el principio del nominalismo monetario del art. 1170 del Código Civil en relación con los arts. 1753 y 1754 del Código Civil y 312 del Código de Comercio.

8.- La objeción debe ser rechazada. Es innegable que en un contrato del que resulten obligaciones pecuniarias es necesario fijar la moneda en la que deben cumplirse las obligaciones de pago fijadas en el contrato. Pero las cláusulas impugnadas en la demanda no se limitan a reflejar los preceptos legales invocados por la recurrida. Tampoco la redacción concreta que se ha dado a esas cláusulas en la escritura pública y la ausencia de información precontractual y contractual sobre su trascendencia para la posición jurídica y económica de las partes en el desarrollo del contrato son consecuencia de la trasposición al contrato de esas normas legales. Frente a lo que parece sostener Caixabank, las cláusulas cuestionadas no se limitan a fijar la moneda en que deben ser cumplidas las obligaciones derivadas del contrato. Como consecuencia de lo expuesto, tampoco procede plantear una cuestión prejudicial como la solicitada por Caixabank sobre esta cuestión. La interpretación de la naturaleza de las normas de Derecho interno no corresponde al TJUE.

9.- 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 del caso 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 accesorio de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo».

10.- 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 del prestatario, 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.

11.- 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.

12.- En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso 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».

13.- 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 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la 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.

14.- 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.

15.- 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.

16.- 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.

17.- En nuestra sentencia 323/2015, de 30 de junio , 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 esa sentencia: «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».

18.- También declaramos en esa sentencia, como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, que la Directiva 2014/17/UE del 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, en su considerando cuarto, hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado» y que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban». El considerando trigésimo de la Directiva añade que «debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito [...]». Por esas razones, los arts. 11.1.j, 13.f y 25.6 de la Directiva imponen determinadas obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos asociados a la denominación del préstamo en una moneda extranjera. Esta Directiva no es aplicable al presente caso, por razones temporales, pero su regulación muestra los problemas existentes en la contratación de préstamos en moneda extranjera y la necesidad de que el prestatario reciba una información suficiente sobre el juego de la moneda extranjera en la economía del contrato y en su posición jurídica y sobre los riesgos inherentes a ese tipo de préstamos. La obligación de transparencia en la contratación de estos préstamos es preexistente a la entrada en vigor de esta Directiva puesto que deriva de la regulación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. La novedad que en esta materia supone la Directiva 2014/17/UE consiste en establecer una regulación detallada de la información a facilitar y en protocolizar la documentación en la que tal información ha de prestarse así como la forma concreta en la que debe suministrarse.

19.- 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, y de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, párrafo 70. También lo hace la STJUE del caso Andriuc, cuyo apartado 48 declara: «Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50).



20.- Esta sentencia precisa cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas: «49. 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 Sistemático 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). » 50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá 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. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras».

21.- 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, puesto que no se les entregó ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la formación necesaria para poder explicar adecuadamente esos extremos del contrato.

22.- No es admisible la tesis sostenida por Barclays de que no le era exigible el cumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la Orden de 5 de mayo de 1994 porque la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que establecía que «la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos», solo sería aplicable en futuras normas sobre transparencia bancaria, que no se dictaron hasta varios años más tarde. Dado que las obligaciones de información relativa a los préstamos hipotecarios en que la hipoteca recae sobre vivienda estaban ya desarrolladas por la Orden de 5 de mayo de 1994, la modificación legal significó que, desde su entrada en vigor, esa normativa sobre transparencia pasaba a ser exigible en cualquier préstamo hipotecario en que la hipoteca recayera sobre una vivienda, sin que hubiera que esperar a que se dictara una nueva normativa sobre transparencia en los préstamos hipotecarios, como pretende Barclays.

23.- Para determinar la información que Barclays 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, 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.

24.- Los demandantes solicitaron el préstamo para hacer el pago de una cantidad de dinero determinada en euros, concretamente la cantidad necesaria para cancelar anteriores préstamos denominados en euros, cuyas condiciones consideraban más desfavorables que el préstamo denominado en divisas que Barclays les ofreció a un interés más bajo. La escritura pública de préstamo hipotecario preveía que el ingreso del capital prestado en la cuenta de los prestatarios se haría, como se hizo, en euros, y fijaba el tipo de cambio aplicado para hallar la equivalencia del capital denominado en divisa (yen japonés) con el capital que se entregó efectivamente en euros, que era el tipo de cambio de venta de esa divisa que tenía fijado el banco. Por tanto, el importe del capital del préstamo denominado en la divisa inicial, el yen japonés, era la equivalencia, al tipo de cambio fijado, del importe que los prestatarios necesitaban en euros. La valoración del bien hipotecado contenida en la escritura se hizo en euros y la fijación de la extensión de la garantía hipotecaria se hizo también en euros. Los prestatarios tenían sus ingresos en euros. Aunque el clausulado predispuerto por Barclays preveía la posibilidad de hacer los pagos de las

amortizaciones en divisas o en euros y establecía en este último caso el tipo de cambio aplicable (tipo de cambio de compra de la divisa fijado por el banco en un determinado momento), esta segunda opción era la única que podía cumplirse de forma efectiva en la ejecución del contrato puesto que los prestatarios obtenían sus ingresos en euros. Los apuntes en la cuenta de los prestatarios, en la que el banco ingresó el capital prestado y los prestatarios ingresaban las cuotas de amortización, se hacían en euros. Ante el impago de las cuotas, el banco dio por vencido anticipadamente el préstamo y fijó el saldo adeudado en euros. La cantidad en euros que Barclays reclamó en concepto de capital pendiente de amortizar, después de que los prestatarios hubieran estado pagando las cuotas mensuales de amortización durante varios años, superaba la cantidad de euros que fue ingresada en la cuenta de los prestatarios al concederles el préstamo. Asimismo, el banco solicitó la ejecución de la hipoteca en euros, pese a que en nuestro ordenamiento es posible el despacho de ejecución en moneda extranjera (art. 577 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

25.- Lo expuesto muestra que era exigible a Barclays que hubiera informado a los demandantes sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, 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, el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización y la reclamación por el banco del capital pendiente de amortizar cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo, mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria).

26.- En concreto, Barclays 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 declara la STJUE del caso Andriuc , en sus apartados 49 y 50. Barclays no solo no les dio esa información, sino que la cláusula financiera 2.ª.II.g de la escritura de préstamo hipotecario distorsionaba la comprensión de ese riesgo, pues establecía que de no modificarse el tipo de interés, la cantidad a pagar comprensiva de la amortización de capital e intereses no sufriría variación alguna. Sobre esta cuestión, es relevante el hecho de que al concertarse el préstamo, en cuyo momento el interés aplicable era del 1,47% anual, los prestatarios pagaran una primera cuota mensual de 1019,66 euros mientras que en junio de 2012, pese a que el tipo de interés había bajado hasta el 0,96% anual, el importe de la cuota mensual ascendiera hasta 1540,95 euros.

27.- 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. Pero 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 la STJUE del caso Andriuc , en sus apartados 49 y 50, exija 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.

28.- Barclays 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 mientras que la equivalencia en euros del capital prestado, fijado en la escritura de préstamo otorgada el 31 de julio de 2008, fue de 260.755 euros, esa cifra ascendía a 404.323,04 euros en agosto de 2012, pese a que los prestatarios habían abonado las cuotas de amortización del préstamo, comprensivas de capital e intereses, durante casi cuatro años. 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.

29.- En el caso objeto del recurso, la materialización de este riesgo ha determinado que pese a que los prestatarios han pagado durante varios años las cuotas de amortización mensuales, al haberse devaluado considerablemente el euro frente al yen en el momento en que el banco ejerció su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, los prestatarios adeudan al prestamista un capital en euros significativamente mayor que el que les fue entregado al concertar el préstamo.

30.- Este riesgo de recálculo al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar traía asociados otros, sobre los que tampoco se informó a los demandantes. Tales riesgos estaban relacionados con la facultad que se otorgaba al banco prestamista de resolver anticipadamente el préstamo y exigir el pago del capital pendiente de amortizar si, como consecuencia de la fluctuación de la divisa, el valor de tasación de la finca llegaba a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento y la parte deudora no aumentaba la garantía en el plazo de dos meses o si el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización se elevaba por encima de ciertos límites, salvo que el prestatario reembolsase la diferencia o, para cubrir la misma, ampliara la hipoteca

31.- 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. La percepción propia de un consumidor medio que concierta 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 considerablemente 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 como consecuencia de la fluctuación de la divisa.

32.- 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.

33.- 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.

34.- En el caso objeto del recurso, algunos de los riesgos sobre los que no se informó adecuadamente a los demandantes se han materializado y les han causado un grave perjuicio. Los prestatarios no solo han tenido que abonar cuotas de amortización superiores en aproximadamente un 50% al importe de la cuota inicial, pese a la bajada del tipo de interés, y han llegado a un punto en el que no han podido seguir haciendo frente a las cuotas de amortización, sino que además, al haber hecho uso el banco de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo por el impago de las cuotas, la cantidad que ha reclamado a los prestatarios, en euros, como capital pendiente de amortizar, en el proceso de ejecución hipotecaria, supera significativamente la cantidad que les fue ingresada en su cuenta en euros por la concesión del préstamo.



35.- La información omitida era fundamental para que los demandantes hubieran optado por una u otra modalidad de préstamo mediante la comparación de sus respectivas ventajas e inconvenientes. O incluso para que hubieran decidido no suscribir un nuevo préstamo para cancelar los anteriores, y hubieran optado por seguir pagando esos préstamos que tenían concertados anteriormente, a un tipo de interés superior al que inicialmente tuvo el préstamo multdivisa pero en los que no existía ese riesgo de fluctuación de la divisa. Además, de haber mantenido los anteriores préstamos, se hubieran ahorrado los gastos en que incurrieron al concertar el nuevo préstamo hipotecario. No debe olvidarse que el préstamo en divisas se solicitó justamente para cancelar esos préstamos anteriores, porque con la escasa información de que disponían los prestatarios, el préstamo en divisas aparecía como más favorable para sus intereses que los préstamos preexistentes.

36.- Barclays alega que la escritura de préstamo se otorgó ante notario y que contenía información adecuada sobre la naturaleza del préstamo y los riesgos asociados al mismo. También alega que la escritura contenía una cláusula en la que los prestatarios manifestaron conocer los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, asumían los riesgos derivados de estar representado el préstamo en divisa y reconocían haber recibido de Barclays la información necesaria para la evaluación de dichos riesgos, por lo que exoneraban a Barclays de cualquier responsabilidad al respecto.

37.- En la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, declaramos que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia.

38.- En el caso objeto del recurso, ha quedado fijado en la instancia que Barclays no hizo entrega a los prestatarios del folleto informativo y la oferta vinculante exigidos en la Orden de 5 de mayo de 1994. Por tanto, que en la escritura se afirme por el notario «que he examinado la oferta vinculante relativa a este préstamo y no he encontrado discrepancia entre sus condiciones financieras y las cláusulas financieras de esta escritura» solo puede significar que Barclays exhibió al notario una oferta vinculante que no había entregado a los prestatarios, como ha reconocido en este litigio, en el que ha negado incluso que tuviera obligación de entregarla.

39.- En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo.

Ciertamente, en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, dijimos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]».

Pero en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, afirmamos que tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predisuestas por el empresario o profesional.

40.- Además de lo expuesto, en la escritura tampoco se informa sobre la naturaleza de los riesgos asociados a la denominación en divisas del préstamo. Barclays predispuso una condición general en la que los prestatarios afirmaban que conocían los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, sin precisar siquiera en qué consistían tales riesgos.

Tal afirmación, como ha resultado probado en el proceso, no se ajustaba a la realidad pues Barclays no entregó a los demandantes ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la formación adecuada sobre el producto que le permitiera informar sobre su naturaleza y riesgos.



41.- Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así lo ha declarado esta sala en numerosas sentencias, desde la 244/2013, de 18 abril, hasta la 335/2017, de 25 de mayo, y todas las que han mediado entre una y otra.

42.- También el TJUE, en el ámbito del crédito al consumo y con relación a las obligaciones de información de la entidad de crédito para con sus clientes previstas en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, ha declarado en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto 449/13, caso Bakkaus , apartados 31 y 32, que si una cláusula predispuesta por el empresario en la que el consumidor reconoce haber recibido la información sobre el contrato significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por la Directiva, por lo que las disposiciones de esta se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva.

43.- 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 los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados 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 drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas, lo que les resultó perjudicial cuando el banco ejerció su facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortizar en un proceso de ejecución hipotecaria, que resultó ser superior al que habían recibido del prestamista al concertar el préstamo.

También se agravó su situación jurídica, puesto que concurrieron causas de vencimiento anticipado del préstamo previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo, por más que la causa de vencimiento anticipado que empleó Barclays para hacer uso de su facultad fuera el impago de las cuotas.

44.- También alega la recurrida, al hilo de lo declarado por la Audiencia Provincial en su sentencia, que la cláusula que permitía al prestatario cambiar de divisa en la denominación del préstamo (la cláusula habla de cambio de la moneda en que esté «representado» el principal del préstamo) eliminaba el riesgo derivado de la fluctuación de la divisa.

45.- Es cierto que el considerando trigésimo de la Directiva 2014/17/UE del 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, tras hacer referencia a los «importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera», afirma que «el riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos».

Esta previsión se concreta en el art. 23 de la Directiva. Pero la exigencia de medios de limitación del riesgo tales como la posibilidad de cambiar la divisa en la que está representado el capital del préstamo, y en concreto cambiar a la moneda en que el prestatario tiene sus ingresos, no releva al banco de sus obligaciones de información precontractual. Esta cláusula no se prevé como alternativa a la obligación de informar al prestatario sobre los riesgos. Se trata de exigencias cumulativas.

Es más, la Directiva contempla que se establezca, como mecanismo de limitación de riesgos, la posibilidad de cambiar la moneda en que está representado el capital del préstamo en un contexto normativo de refuerzo de la información que debe facilitarse durante la ejecución del contrato. El art. 23.4 de la citada Directiva prevé:



«En lo que se refiere a los consumidores que tengan un préstamo en moneda extranjera, los Estados miembros se asegurarán de que el prestamista les dirija advertencias regulares, en papel o en otro soporte duradero, como mínimo cuando el valor del importe adeudado por el consumidor del préstamo o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 % del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de crédito y la moneda del Estado miembro que estaba vigente en la fecha de celebración del contrato de crédito. En la advertencia se informará al consumidor del incremento del importe adeudado por este, se mencionará cuando proceda el derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ello, y se explicará cualquier otro mecanismo aplicable para limitar el riesgo de tipo de cambio a que esté expuesto el consumidor».

46.- Además, la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo.

La conversión de la divisa en que está representado el capital se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en el que esta conversión tenga lugar, por lo que se consolida la revalorización de la divisa y, por tanto, del aumento de la equivalencia en euros (o en la nueva divisa) del importe del capital pendiente de amortizar, pues se traslada a la nueva divisa escogida el incremento producido como consecuencia de la apreciación de la divisa.

Para hacer realizar esta conversión, el prestatario debe estar al día en el pago de las cuotas del préstamo y además debe pagar una comisión por hacer uso de esta posibilidad, pues así lo prevé la escritura.

El prestatario no puede realizar ese cambio en cualquier momento, sino solo al inicio de cada nuevo «periodo de mantenimiento de moneda e interés» en que se divide la vida del préstamo. En este caso, esos periodos eran mensuales. Pero una devaluación significativa de la moneda funcional respecto de la divisa puede producirse en cuestión de semanas.

47.- Solo se evita el hipotético riesgo de una apreciación de la divisa en el futuro. Pero si el prestatario ignora, porque no ha sido informado adecuadamente, que cuando haga uso de esa facultad de cambio de divisa consolidará el aumento de valor de la divisa en que estaba denominado el préstamo, es posible que cuando pretenda hacer uso de esa facultad porque la cuota mensual de reembolso se haya incrementado significativamente, el incremento de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar sea ya considerable.

48.- Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato.

Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización.

En este caso, cuando los prestatarios tuvieron dificultades para hacer frente al pago de las cuotas por el incremento en su importe (julio de 2012), si hubieran cambiado la divisa al euro para «protegerse», hubieran consolidado una deuda por capital pendiente de amortizar de aproximadamente 400.000 euros (el contravalor a 24 de agosto de 2012 era de 404.323,94 euros), superior en un 55% al capital inicial en euros, pese al pago de las cuotas de amortización durante cuatro años. La operación habría sido perjudicial para los prestatarios porque habrían consolidado un capital de unos 400.000 euros y un año después, de no haber hecho la conversión, la equivalencia en euros de ese capital pendiente de amortizar habría bajado de los 300.000 euros

49.- Por tanto, la posibilidad de cambio de divisa, aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida, ni dispensa al predisponente de sus



obligaciones de transparencia en la información precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario.

Para que pueda tener alguna eficacia, el banco debe informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusula y ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato.

50.- No procede tampoco plantear cuestión prejudicial respecto de esta cuestión, porque no se está solicitando que el TJUE interprete una norma de Derecho de la UE sino que realice la valoración jurídica concreta de los hechos litigiosos.

Nos remitimos a lo declarado en el apartado 28 de la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008, asunto C-279/06 , caso Cepsa , que hemos transcrito en un apartado anterior.

51.- Por más que Barclays alegue la diferencia existente entre el préstamo objeto de este recurso y el que es objeto de los litigios principales respecto de los que se plantearon las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a las sentencias del TJUE, y en concreto la STJUE del caso Andriuc , la doctrina establecida por el TJUE 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 TRLCU 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.

52.- Por tales razones, el recurso debe ser estimado puesto que ha concurrido la infracción legal denunciada. La sentencia de la Audiencia Provincial debe ser casada, debe desestimarse el recurso de apelación y confirmarse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

53.- En esta se declara 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 supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (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.

54.- Lo realizado en esta sentencia 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, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

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

55.- Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Así lo ha declarado el TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai , asunto C-26/13), apartados 76 a 85.



Noveno. Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no se haga expresa imposición de las costas de ese recurso. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal trae consigo la condena a los recurrentes al pago de las cotas de ese recurso

La estimación del recurso de casación supone la desestimación del recurso de apelación, por lo que procede condenar al apelante al pago de las costas de ese recurso. Todo ello en aplicación de los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y a la pérdida del constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, de conformidad con las disposición adicional 15.^a, apartados 8 y 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por D. Carlos Francisco y D.^a Milagros contra la sentencia 157/2015, de 14 de abril, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 537/2014 .

2.º- Casar la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno y, en su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Barclays Bank S.A. contra la sentencia 103/2014, de 12 de mayo, del Juzgado de Primera Instancia núm. 84 de Madrid y condenamos a la apelante al pago de las costas de apelación.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación. Condenar a los recurrentes al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal 4.º- Acordar la devolución a los recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación y la pérdida del constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal.

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

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.