



AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4
MURCIA
SENTENCIA:
00330/2020

Modelo: N10250
SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, N° 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 **Fax:** 968 229278
Correo electrónico:

Equipo/usuario: 001

N.I.G.

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000796 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N.11 (BIS) de MURCIA

Procedimiento de origen: OR5 ORDINARIO CONTRATACION-

Recurrente: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.

Procurador:

Abogado:

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

S E N T E N C I A NÚM. 330/2020

Sección Cuarta

Rollo de Sala 796/2019

ILMOS. SRES.

D. CARLOS MORENO MILLÁN

PRESIDENTE

D. JUAN MARTÍNEZ PÉREZ

D. FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER

MAGISTRADOS

En la ciudad de Murcia, a ocho de abril del año dos mil veinte.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial el Juicio Ordinario número 1779/2017 que inicialmente se ha seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número Once Bis de Murcia entre las partes, como actores y ahora apelados y apelantes por vía de impugnación D^a. y D., representados por la Procuradora Sra. - y defendidos por la Letrada Sra.-, y como demandada y ahora apelante y apelada la mercantil BBVA, S. A., representada por el Procurador Sr. y defendida por la Letrada Sra.. Siendo ponente don Francisco José

Carrillo Vinader que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instancia citado con fecha 8 de enero de 2019 dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la sentencia cuya parte dispositiva dice así: "FALLO:

Estimo la demanda presentada por- y- bajo la representación de la procuradora - frente a BBVA S.A., representado por el procurador -. Declaro nulas por abusivas las cláusulas relativas al interés remuneratorio en divisa extranjera contenidas en la escritura pública de préstamo hipotecario de 30 de septiembre de 2008. El préstamo queda como un préstamo concedido y amortizado en euros.

Condeno a la demandada a recalcular el capital debido en el contrato, descontando del capital inicial las cantidades pagadas hasta el momento en concepto de amortización de capital y el exceso de los intereses nominales efectivamente pagados, con respecto a los que se hubieran de haber pagado de estar los capitales fijados en euros desde el momento inicial. Condeno a la demandada a pagar las costas procesales."

Por auto de fecha 31 de octubre de 2018 se interesó por la parte actora el complemento de sentencia para que se incluyera la condena de la demandada a abonar los intereses legales pedidos en la pretensión principal de su demanda o que, en todo caso, operan *ope legis*, pero se le denegó porque ni se pidió ni proceden intereses porque no hay dinero que devolver.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, interpuso recurso de apelación BBVA, S. A., solicitando su revocación.

Después se dio traslado a la otra parte, quien presentó escrito oponiéndose al mismo, pidiendo su desestimación e impugnó la sentencia para que se condenara a la demandada al pago de intereses del art. 1303 CC.

De la impugnación se dio traslado a la otra parte, que se ha opuesto a la misma.

Por el Juzgado se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, turnándose a la Sección Cuarta donde se registraron con el número de Rollo 796/2019. Tras personarse las partes, por providencia del día 10 de marzo de 2020 se señaló el 8 de abril de dicho año para la votación y fallo de la causa, que ha sido sometida a deliberación de la Sala.

TERCERO.- En la sustanciación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. - y D. - plantean un procedimiento ordinario contra BBVA, S. A., para que se declare la nulidad parcial por error vicio del consentimiento del préstamo hipotecario suscrito entre las partes en escritura pública de 30 de septiembre de 2008, respecto a la cláusula multidivisas, que deberá ser sustituida por la referencia al Euribor más el diferencial pactado, condenando a la demandada a recalcular toda la operación desde su inicio, o, subsidiariamente, la nulidad por abusivas de las cláusulas relativas a la multidivisa, con costas.

La demandada contesta alegando que no existe vicio de consentimiento y que en todo caso la acción de anulabilidad estaría caducada, y que la cláusula es transparente, pues el contrato se celebró a iniciativa de los prestatarios, que pidieron esa concreta modalidad, por lo que la demandada defiende la validez de los pactos combatidos (existió información previa clara y transparente, fue negociada y no hay desequilibrio entre las obligaciones de las partes), habiendo sido confirmado el contrato por los ahora actores con actos propios. Por todo ello interesa la desestimación de la demanda, con costas.

Tras la celebración de la audiencia previa y juicio, se dictó sentencia por la que se desestima la acción de nulidad por vicio del consentimiento. Respecto a la validez de la cláusula multidivisa, partiendo del carácter de consumidores de los prestatarios, la declara nula por falta de transparencia, pues los clientes no han podido tener conocimiento de su trascendencia económica, al no explicársele que el capital adeudado podía incrementarse notablemente en cada momento, por lo que condena a la demandada a recalcular el capital debido en el contrato, descontando del capital inicial los importes pagados hasta el momento en concepto de amortización de capital y el exceso de los intereses nominales efectivamente pagados, con respecto a los que hubieran de haber pagado de estar los capitales fijados en euros desde el momento inicial. Condena a la demandada al pago de las costas.

Por los actores interesan complemento de la sentencia para que se condene también a la demandada

al pago de intereses previstos en el art. 1303 CC, a lo que se opuso la parte contraria, dictándose auto negando que se haya omitido tal pronunciamiento en la sentencia, porque ni había sido pedido por la parte en la pretensión subsidiaria que se estima, ni sería procedente porque no hay dinero que devolver.

Contra la sentencia interpone recurso de apelación la demandada, quien discrepa de que se hayan calificado las cláusulas cuestionadas como condiciones generales de la contratación, rechazando que no sean transparentes y denunciando errónea valoración de las pruebas, pues existió una fase precontractual, iniciada precisamente a instancias de los prestatarios que interesaron ese concreto producto, se les informó de las condiciones del mismo y finalmente no quisieron aceptar la conversión a euros que se les ofertó, tratándose de cláusulas transparentes tanto gramaticalmente como en su contenido. Por ello interesa la revocación de la sentencia y el dictado de otra desestimando la demanda, con costas.

Al recurso se oponen los actores iniciales, que defienden el acierto de la sentencia en las conclusiones fácticas y jurídicas alcanzadas, por lo que interesan la íntegra confirmación de la sentencia con costas a la apelante, aunque también impugnan la misma en cuanto a la negativa a incluir la condena al pago de los intereses del art. 1303 CC.

De la impugnación se dio traslado a la parte contraria, que se ha opuesto, defendiendo el auto que denegó el complemento de la sentencia y rechazaba esa pretensión, y pide la condena en costas de los impugnantes.

SEGUNDO.- Recurso de apelación del BBVA, S. A.

A) Como primer motivo del recurso se denuncia la indebida aplicación de las normas de la carga de la prueba (vulneración del art. 217.7 LEC), al no haber tenido en cuenta las manifestaciones de los actores y empleados del banco, así como la mayoría de documentos aportados, y ello porque con esas pruebas se ha acreditado que se informó correctamente a los demandantes.

Realmente el enunciado del motivo no es correcto, pues admite que corresponde al banco acreditar que facilitó una información correcta a los prestatarios, aunque no se ha valorado correctamente la prueba

practicada, luego no se ha infringido el art. 217.7 LEC. El desarrollo que la apelante hace de este motivo lo que plantea es la errónea valoración por el Juez *a quo* de las pruebas practicadas, y como ese es el mismo motivo que plantea a continuación, con referencia a las mismas pruebas, se examinarán conjuntamente.

B) Como segundo motivo (aunque se numera como III), se denuncia errónea valoración de las pruebas y en la fijación de los hechos relevantes.

Así se reitera lo dicho en la anterior sobre la iniciativa de los prestatarios, que son los que acuden a la entidad bancaria interesándose específicamente en el producto de préstamo multidivisa, que esa oficina no ofertaba, añadiendo que hubo reuniones previas donde se les facilitó información sobre los riesgos y que ellos eligieron entre los diversos tipos de préstamo ofertados.

Resulta indiferente quién tuviera la iniciativa. Es cierto que en este caso fueron los prestatarios los que se interesaron específicamente sobre dicho producto, pero ello no dispensa al profesional de cumplir con las obligaciones de facilitar a los consumidores una información veraz y completa para que pudieran tomar una decisión libre debidamente formada. Se exige para la validez de las cláusulas del contrato que sean transparentes y claras.

La sentencia dictada en la instancia estima la demanda interpuesta y declara la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario en todo lo relativo a la modalidad multidivisa, es decir, en lo que respecta al establecimiento del capital del préstamo en moneda extranjera, subsistiendo su cálculo en euros, y condena a la entidad bancaria a recalcular el capital debido en el contrato, descontando del capital inicial las ya pagadas hasta el momento en concepto de amortización de capital y el exceso de los intereses nominales efectivamente pagados, con respecto a los que se debían de haber pagado de estar los capitales fijados en euros desde el momento inicial. Impone las costas procesales a la parte demandada. Se fundamenta la estimación de la demanda en la falta de transparencia de la cláusula que es una condición general de la contratación.

La recurrente sostiene que la iniciativa partió de los actores y hubo un proceso de negociación previo con los prestatarios que dieron su consentimiento

libre e informado, que la escritura contenía los elementos esenciales de esa modalidad de préstamo y que todo ello se acredita con los actos posteriores de los ahora actores (no aceptaron la conversión en euros que se les ofertó).

La cuestión sobre el concepto, funcionamiento, riesgos y régimen jurídico de esta modalidad de hipoteca ha sido objeto de la sentencia de Pleno del TS de 30 de junio de 2019 que establece:

<<...es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

[...] Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. 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 empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. 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.>>

Como señalábamos en la sentencia de esta Audiencia Provincial nº 1013/2019 de 19 de diciembre:

<<...Adiciona a ello el TS la dificultad adicional del prestatario para apreciar de forma cabal la correlación entre el activo financiado y el préstamo que lo financia, al decir que:

"[...]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."

2. La determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico, ante la ausencia de previsión normativa específica, atendida la fecha de celebración del contrato pasa por aplicar los controles previstos en la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, si se trata de condiciones no negociadas; es decir, tanto el general de incorporación (art 5 y 7) como los específicos de transparencia y contenido, en este caso si el adherente es consumidor. Así se deduce de la doctrina del TS contenida en la sentencia 608/2017, de Pleno, de 15 noviembre, reiterada en las sentencias 599/2018, de 31 de octubre, 158/2019, de 14 de marzo y 439/2019, de 17 de julio. Y de igual modo la STJUE de 20 septiembre de 2017 (asunto C-186/2016) "caso Andriuciuc", en el que se establecen las pautas para apreciar el carácter abusivo o no de la cláusula multidivisa, así como a la previa la de 30 de abril de 2014 (asunto C26/13).

En cambio, no está sujeto a los deberes de información específicos de la Ley de Mercados de Valores, como ha resuelto el TS en la sentencia 608/2017, de Pleno, de 15 noviembre, modificando la previa postura mantenida en la STS 232/2015, de 30 de junio, a la vista de la STJUE de 3 de diciembre de 2015 (caso Banif Plus Bank). Doctrina confirmada en las SSTS 599/2018, de 31 de octubre, 158/2019, de 14 de marzo y 439/2019, de 17 de julio.

Con posterioridad a la celebración del contrato fue dictada 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, cuya transposición por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ha colmado el vacío legal, con una regulación específica. Así, considerando trigésimo y arts. 11.1. j, 13.f y 25.6 de la Directiva y art 20 de la Ley 5/2019.

3. Es doctrina jurisprudencial consolidada, cuyo soporte es el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los art 60, 80.1 y 82.1 TRLCU, la que exige que las condiciones generales de los contratos referidas a elementos esenciales concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia. Su exponente más citado es la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y se reitera, entre las más recientes, en las sentencias 171/2017, de 9 de marzo y 367/2017, de 8 de junio. Control de transparencia que, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, es distinto al error-vicio, y cuyo objeto es, en palabras de la STS de 15 de noviembre de 2017:

"permitir 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.

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.”

Al afectar el mecanismo multidivisa a las condiciones esenciales del préstamo está sujeto al control de transparencia.

Ya lo apunta la STJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C312/14 (apartados 47 y 48), con mención a la previa sentencia de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerné Rábai, y se consagra con la ya citada STJUE de 20 de septiembre de 2017, caso Andriciuc, que dice:

“Las prestaciones esenciales de este contrato se refieren, pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. Por lo tanto, como el Abogado General ha señalado en los puntos 46 y siguientes de sus conclusiones, el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo».

Siguiendo esta estela, la STS 608/2017, de 15 de noviembre indica:

“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.”

En cuanto a las exigencias de este control, el apartado segundo del fallo de la STJUE 20 de septiembre de 2017, caso Andriciuc, declara:

«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» (remarcado añadido).

Igualmente recuerda que es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia la que determina la importancia que en materia de transparencia a los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, dado que:

"(e)l 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)."

Y en este caso de préstamos en divisas efectúa las siguientes precisiones en sus apartados 49 y 50:

«... por lo que respecta a los préstamos en divisas ..., es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera, 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» (remarcado añadido).~~

Esta doctrina es reiterada en la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, caso OTP Bank.

A la vista de ello, el TS en la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, establece las siguientes pautas sobre el control de transparencia:

En primer lugar, el banco debe informar del riesgo de fuertes incrementos de cuotas que pueden afectar a la capacidad de pago de las mismas.

"...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 Andriciuc, en sus apartados 49 y 50.

[...]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 Andriciuc, 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.

En segundo lugar, debe informarse del riesgo que implica el recálculo permanente del capital pendiente de amortización. Señala:

"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 ... bien porque el prestatario quiera pagar anticipadamente el préstamo para cancelar la hipoteca y enajenar su vivienda libre de cargas.

[...]La percepción propia de un consumidor medio que concierne un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo.

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

En tercer lugar, debe informarse de que ese recálculo puede implicar el deber de los prestatarios de realizar prestaciones adicionales en relación con la garantía real, o el vencimiento anticipado del préstamo, en otro caso.

[...] 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

[...] 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" (remarcado añadido).

Por todo ello resalta la importancia de informar sobre el contravalor en euros:

"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."

Déficit de información precontractual que implica la ausencia de transparencia y un desequilibrio para los consumidores.

" La falta de transparencia... 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.”

4. Finalmente, sobre la trascendencia de la cláusula que permite al prestatario cambiar de divisa en la denominación del préstamo, y si la misma elimina el riesgo derivado de la fluctuación de la divisa, el TS argumenta lo siguiente:

“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.

[...] 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." (remarcado añadido)

Doctrina confirmada en las SSTS 599/2018, de 31 de octubre, 158/2019, de 14 de marzo y 439/2019, de 17 de julio.>>

La Sala, atendiendo a la anterior doctrina, concluye en igual sentido que la sentencia de primera instancia, declarando la nulidad de la citada cláusula, que es una condición general porque reúne los tres requisitos para calificarla como tal: predisposición, generalidad e imposición (art. 1 LCGC), aunque se niegue el último por la apelante, que sostiene que fue negociada entre las partes, pues como señala art. 3 del Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas: *"Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión"*, es decir, la "imposición" se predica del contenido de la cláusula, sin que se puede identificar con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar", aclarando el art 1.2 de la Ley nacional que *"(e)l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión."* Idea ésta - que la "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar"- se reitera en la STS de 22 y de 29 de abril de 2015, la primera de las cuales añade:

<<Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta.>>

En el presente caso, el hecho de que los consumidores se interesaran por esta modalidad del préstamo no dispensa a la entidad financiera de sus obligaciones de facilitar una información veraz y completa que les permitiera conocer el alcance real de lo pactado, y de la prueba practicada se evidencia que el banco no ha probado que en la fase preliminar

hubo una información de la trascendencia de los pactos que se le fijaron, negociación que no puede deducirse de la existencia del propio contrato. Incluso los empleados reconocen que la información sólo fue verbal, sin poder por ello concretarse su contenido real, por lo que debe concluirse en el sentido de que estamos ante una cláusula impuesta a los prestatarios consumidores y que la misma no ha sido transparente.

Tampoco el hecho posterior de que no se aceptara la conversión del préstamo en euros tiene relevancia, pues no subsana la defectuosa información previa y, aparte, no era una simple conversión en euros, sino que implicaba consolidar las consecuencias negativas de unos pactos no transparentes y la asunción de nuevos gastos, pues se trataba de un nuevo préstamo que sustituía al anterior.

También se cuestiona por la apelante que la cláusula sea abusiva.

El banco no acredita que facilitara la información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran la naturaleza y riesgos vinculados a la cláusula sobre divisas y, fundamentalmente, sobre el hecho de que la fluctuación que podía implicar su aplicación podía afectar no sólo a los intereses que se produjeran, sino al principal prestado. No hay soporte documental de información precontractual, siendo insuficiente la remisión a la escritura notarial (SSTS 464/2013, de 8 de septiembre y 7 y 23 de noviembre de 2017), que no garantiza que los prestatarios pudieran valorar la carga económica y jurídica de dicha cláusula.

Ello determina su carácter abusivo, ya que resulta contraria a las exigencias de la buena fe, pues desconocían los prestatarios el grave riesgo que entrañaba dicha contratación, rechazando que los actos posteriores de los prestatarios que aplicaban la citada cláusula en los términos prefijados por la prestataria, puedan desvirtuar las conclusiones antes alcanzadas, pues sólo pudieron ser conscientes de lo realmente contratado cuando se evidenció las graves consecuencias económicas que conllevaba la misma.

Por todo lo expuesto, debe desestimarse el recurso de apelación de la demandada.

TERCERO: De la impugnación de la sentencia por los actores

Tras notificarse la sentencia dictada en primera instancia, los actores presentaron un escrito interesando el complemento de la sentencia porque la misma no se había pronunciado sobre la condena a la demandada al pago de los intereses legales del art. 1303 CC interesados en el escrito de demanda y que, en todo caso, son imponibles de oficio.

La parte contraria se opuso a tal pretensión, porque no se pedían en la demanda y no ha sido objeto de debate durante la primera instancia.

Por auto de 31 de enero de 2019 se denegó la aclaración-complemento porque ni se pidió en el suplico subsidiario de la demanda (que es el que se ha estimado) ni procedería si se hubiera interesado, ya que no hay dinero que devolver por las cantidades indebidamente cobradas, pues se ha pedido que el dinero abonado se aplique al pago del capital e intereses que correspondería si la moneda aplicable fuera el euro y el Euribor a un año el tipo base al que aplicar el diferencial pactado, recalculando con esos criterios todo el periodo cumplido.

Al oponerse los actores al recurso planteado por la demandada, impugnan la sentencia en ese concreto pronunciamiento que desestima su pretensión de que se condene a la demandada al abono de los intereses legales debidos (art. 1303 CC), entendiendo que sí los solicitó en la pretensión principal y, por ello, implícitamente en la subsidiaria, y porque, en todo caso, son aplicables *ope legis*, pues las cantidades indebidamente pagadas deben devolverse con sus intereses legales correspondientes.

La parte contraria se opone, reiterando que ni se pidió en su demanda ni cabría tal pronunciamiento porque no hay cantidad susceptible de depreciación.

La parte ahora apelante para apoyar su tesis menciona dos sentencias del TS, una la 123/2017 y otra la 725/2018, pero ninguna de las mismas se refiere al préstamo hipotecario multidivisa, pues la primera es sobre cláusula suelo y la segunda sobre la cláusula de gastos, y en ambos casos había una condena a la entidad demandada a la devolución de cantidades indebidamente cobradas.

El precepto comentado no es de aplicación al caso ahora examinado, pues en el mismo se prevé como consecuencia de la nulidad de una obligación que "los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato", pero en el presente caso no estamos ante una nulidad total del contrato, sino parcial, y las consecuencias del mismo no son siempre la restitución, ya que lo que se ha interesado por los actores no ha sido que se le entregue cantidad alguna, sino que las abonadas en base a las cláusulas declaradas nulas, se apliquen al pago de capital e intereses como si la cláusula original no hubiera existido nunca y en su lugar se aplicara como moneda pactada el euro y como referente el Euribor, para sumarle el diferencial convenido.

En consecuencia, si no existe cantidad alguna que devolver, no cabe fijar intereses de esa inexistente cantidad.

Por lo expuesto, debe desestimarse el recurso planteado por los actores iniciales.

CUARTO.- De las costas de la segunda instancia

La desestimación de ambos recursos conlleva la imposición a los respectivos apelante e impugnante de las costas causadas con sus respectivos recursos en esta segunda instancia, tal y como establece el artículo 398.1 LEC.

VISTOS los artículos citados y los de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. -, en nombre y representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A., así como del plantado por vía de impugnación por la Procuradora Sra. -, contra la sentencia dictada en el juicio ordinario seguido con el número 1779/2017 ante el Juzgado de Primera Instancia número Once Bis de Murcia, y estimando la oposición a los respectivos recursos sostenidas por la parte contraria, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** dicha sentencia, imponiendo a los apelantes las costas causadas en esta alzada con sus respectivos recursos.

Notifíquese la sentencia y llévase certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.



Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15^a LOPJ y, en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.