



Roj: **STS 1755/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1755**

Id Cendoj: **28079110012023100626**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/04/2023**

Nº de Recurso: **2406/2019**

Nº de Resolución: **633/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 633/2023

Fecha de sentencia: 27/04/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2406/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/04/2023

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BARCELONA SECCION N. 15

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

Sentencia de señalamiento adicional

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2406/2019

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 633/2023

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 27 de abril de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Nemesio , representado por el procurador D. Rafael Ros Fernández, bajo la dirección letrada de D. Juan José Ortega García, contra la sentencia n.º 192/2019 de 7 de febrero, dictada por la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 37/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 690/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Barcelona. Ha sido parte recurrida CaixaBank S.A., representada por el procurador D. Ramón Feixó Fernández-Vega y bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Fernández Bermúdez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

En nombre y representación de D. Nemesio , se interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Barcelona, contra la entidad CaixaBank S.A., que concluyó por sentencia n.º 157/2017, de 16 de octubre, con el siguiente fallo:

"Que debo estimar y estimo totalmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, Don José Rafael Ros Fernández, en nombre y representación de DON Nemesio , sobre nulidad de contrato, contra CAIXABANK, S.A, declarando la nulidad parcial de las cláusulas referidas a la opción multivisa que se incluyen en el citado préstamo, así como todas aquellas que hagan referencia a la misma debido al incumplimiento del control de transparencia, declarando la misma abusiva y condenando a la demandada a dejar referenciado el citado préstamo a moneda euros según la paridad a fecha 22 de agosto de 2006, aplicando el interés pactado, y condenando al banco a recalcular las cuotas pagadas hasta la fecha con aplicación del exceso del pago realizado, a partir del devengo de la primera cuota a la amortización anticipada del capital, como si desde un principio el préstamo hubiese estado en euros, y se hubiesen pagado todas las cuotas en euros, y fijando el capital pendiente de pago en euros debiendo correr el banco con todos los gastos derivados de tal conversión a euros.

Se condena en costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la parte demandada.

2.- El recurso fue resuelto por la sentencia n.º 192/2019, de 7 de febrero, dictada por la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 37/2018, con el siguiente fallo:

"Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Caixabank, S.A. contra la sentencia de Juzgado de Primera instancia núm. 13 de Barcelona de fecha 16 de octubre de 2017, que revocamos y, en su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por Nemesio , sin imposición de las costas procesales por dudas.

No se hace imposición de las costas del recurso y se ordena la devolución del depósito constituido al recurrir."

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

1.- En nombre y representación de D. Nemesio se interpuso recurso de casación ante la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

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 19 de enero de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Nemesio contra la sentencia dictada el 7 de febrero de 2019 por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, en el rollo de apelación n.º 37/2018 dimanante del juicio ordinario n.º 690/2016 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Barcelona."

3.- La parte recurrida presentó escrito de oposición en el plazo concedido al efecto, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de abril de 2023, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1.- El 22 de agosto de 2006, D. Nemesio concertó un contrato de préstamo hipotecario con el Banco de Valencia SA con opción multidivisa. En la escritura constaba que el prestatario recibía en yenes japoneses el equivalente en euros.

2.- En nombre del prestatario se interpuso demanda contra CaixaBank S.A., en la que se solicitaba la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en lo concerniente a las cláusulas multidivisas, por error en el consentimiento y subsidiariamente por su falta de transparencia, con las consecuencias derivadas de tal pronunciamiento.

3.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda, y las pretensiones ejercitadas en nombre de los prestatarios, declarando la nulidad de la cláusula multidivisa, y en lo que ahora interesa, que las cláusulas multidivisa no cumplen el control de transparencia, imponiendo las costas a la demandada.

4.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la demandada, enjuiciando la cuestión litigiosa desde el prisma de la abusividad, por incumplimiento del control de transparencia.

La Audiencia Provincial, establece:

En primer lugar, que la iniciativa de la contratación partió del demandante.

También señala que no existe prueba documental sobre información precontractual, y que el actor sabía que contrataba en yenes, "lo que suponía que la cuota podía subir o bajar algo, si bien afirma que desconocía y no le plantearon nunca que, después de estar pagando las cuotas de amortización, podría seguir debiendo más dinero que el prestado, en su contravalor en euros."

La Audiencia Provincial destaca la testifical de una empleada de la entidad bancaria que sostiene que al venir el demandante, "de la mano de Alfer Group ya estaba informado", asegurándose pese a ello "de que el cliente conociera lo que contrataba, siendo la información que solía facilitar, en general, la del riesgo de tipo de cambio que entrañan los préstamos hipotecarios con cláusulas multidivisa", pudiendo subir y bajar la cuota.

Considera la Audiencia Provincial hecho relevante, la firma por el actor de un documento redactado por el banco, el 25 de noviembre de 2008, pasados dos años después de la firma del préstamo, poniendo de manifiesto que se ha ofrecido al demandante "la posibilidad de convertir el capital pendiente a euros, a efectos de eliminar el riesgo de que tanto las cuotas futuras como el importe de la deuda total convertida en euros fueran superiores a las actuales y al importe inicial", destacando que en ese momento, posterior a la contratación, "el yen tan solo empezaba apreciarse, habida cuenta de la fecha del documento (noviembre de 2018), por lo que el perjuicio por la fluctuación de la divisa bien todavía era inexistente o era mínimo, y, a pesar de ello, el demandante decidió asumirlo de nuevo siguiendo con la misma divisa?".

Por todo ello, y atendiendo en especial, a su previo asesoramiento, "acudiendo directamente al banco, previa comparación con otras entidades, para contratar un préstamo multidivisa, complementando la entidad demandada la información sobre la afectación de la fluctuación de la divisa, debemos considerar que existen suficientes datos para concluir que la cláusula multidivisa se incorporó de forma transparente".

Por último rechaza que, en caso de existir déficit de información, la falta de transparencia no implicaría en todo caso que la cláusula fuera nula

5.- La parte actora ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEGUNDO.- Recurso de casación. Formulación del motivo único y decisión de la Sala.**Planteamiento:**

El motivo único de casación denuncia la infracción de los artículos 60.2, 80.1 y 82.1 del TRLCU, oponiéndose a la doctrina de las Sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, 599/2018 de 31/10/2008, 699/2018 de 26 de noviembre, 158/2019 de 14 de marzo de 2019 y 439/19 de 17 de julio

Admisión:

1.- El interés casacional está justificado por la alegada contradicción con la jurisprudencia de esta sala; citándose las sentencias a cuya doctrina se opone la sentencia recurrida. Se concreta la jurisprudencia de esta sala que se afirma contrariada, y las razones en que se apoya esta afirmación, y no hay carencia manifiesta de fundamento. El recurso en la medida que sostiene que la sentencia recurrida parte de unos elementos que no son los destacados por este Tribunal en su doctrina jurisprudencial, y que son insuficientes jurídicamente para considerar la existencia de información precontractual no altera la base fáctica de la sentencia de la audiencia provincial.



El motivo examinado no pretende la revisión de la valoración de la prueba ni alterar el *factum* fijado en la instancia. Tampoco altera el ámbito del debate que se produjo en la instancia. El motivo identifica en el encabezamiento las normas sustantivas que considera vulneradas, que no son heterogéneas pues guardan relación estrecha con la cuestión debatida sobre la abusividad de las cláusulas litigiosas, concretando la jurisprudencia que se afirma contrariada, y las razones en que se apoya esta afirmación, y no hay carencia manifiesta de fundamento. El acierto o desacierto de esas razones no afecta a la admisibilidad del recurso, sino a su prosperabilidad.

Decisión de la Sala:

1.- Como resumimos en las sentencias 69/2021, de 9 de febrero, 553/2021, de 20 de julio y 394/2022, de 10 de mayo, "para que la cláusula multidivisa supere el control de transparencia debe acreditarse que el prestatario pudiera ser consciente de que: (i) el riesgo de fluctuación de la moneda en que se referencia el préstamo puede influir en el importe de las cuotas periódicas de amortización; y (ii) que también puede influir en la cantidad que haya que amortizar en total, lo que supone que puede acabar pagándose más capital del recibido".

2.- Los hechos que la Audiencia Provincial considera relevantes para decidir que las cláusulas impugnadas superan el control de transparencia carecen de tal relevancia conforme a nuestra jurisprudencia.

En primer lugar, que el prestatario tuviera la iniciativa de interesarse por este tipo de préstamo no significa a que las cláusulas impugnadas superen el control de transparencia, y no excluye que la falta de información adecuada sobre los graves riesgos inherentes a estos préstamos sea determinante de la falta de transparencia de las cláusulas cuestionadas, ni permite presuponer que incluso aunque hubieran sido informados de los riesgos, los prestatarios habrían contratado el préstamo. Así lo hemos declarado en las sentencias 29/2022, de 18 de enero y 395/2022, de 11 de mayo.

Como señalamos en la sentencia 391/2021 de 8 de junio, la conclusión sobre la insuficiencia de la información "no puede ser alterada por el conocimiento que el prestatario pueda haber adquirido con posterioridad a la contratación sobre el funcionamiento del préstamo multidivisa."

Por otra parte, las menciones estereotipadas y predisuestas por la entidad bancaria, en la carta posterior al contrato que menciona la audiencia, no permite establecer el conocimiento anterior de los riesgos concretos antes reseñados, siendo indiferente que el consumidor, en momento posterior, no acudiera a la oportunidad temporal de modificar la divisa a la que se referenciaba el préstamo. Como recordamos en la sentencia 420/2022 de 24 de mayo, cuando la cláusula multidivisa se declara abusiva por falta de transparencia, la posibilidad del cambio de divisa, que en sí misma no es abusiva, deja de ser operativa, porque así lo exige el principio de no vinculación. Si la posibilidad de cambiar la divisa siguiera siendo operativa, pese a la abusividad del resto de cláusulas relacionadas con las divisas, el consumidor podría sufrir el perjuicio de consolidar el recálculo del capital pendiente inherente a una conversión realizada en escenarios desfavorables.

Como dijimos en la sentencia 29/2022 de 18 de enero "incluso en los casos en que los prestatarios cuentan con un asesoramiento contractual externo, este "no exonera por sí al banco de su deber de información, ni permite presumir en el cliente el conocimiento cabal de los riesgos específicos de los préstamos multimonedados, mientras de la concreta relación de asesoramiento y de la participación del asesor en la contratación de los productos no sea razonable entender que esa información había sido ya suministrada o suplida por la intervención del asesor" (sentencias 493/2020, de 28 de septiembre, 392/2021, de 8 de junio, y 829/2021, de 30 de noviembre).", no siendo este el caso.

La declaración de la empleada del banco, en la valoración de la prueba realizada en la sentencia apelada, solo sirve a lo sumo para establecer que, en general, informaba de los riesgos del tipo de cambio. En ningún momento resulta que el prestatario fue informado sobre el riesgo de acabar pagando más capital del recibido.

En conclusión, como valoración jurídica sustantiva (sentencia 158/19 de 14 de marzo), de los razonamientos de la audiencia no resulta que se diera al consumidor una información precontractual suficiente y adecuada sobre los riesgos básicos de este tipo de préstamo: que la evolución de la paridad entre la divisa y el euro podía determinar que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar pudiera no disminuir, o incluso incrementarse, pese al pago regular de las cuotas del préstamo; que la equivalencia en euros de la cuota de amortización del préstamo podía fluctuar tan drásticamente que les hiciera difícil afrontar su pago; y que esta fluctuación podía determinar una situación de infra garantía.

3.- Como hemos declarado en las sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, 599/2018, de 31 de octubre, 493/2020, de 28 de septiembre, 391/2021 y 392/2021, ambas de 8 de junio, y 29/2022, de 18 de enero, la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves



riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros; lo que le lleva a comprometerse en un contrato de préstamo que puede tener para él consecuencias ruinosas (sentencias 391/2021 y 392/2021, ambas de 8 de junio, y 406/2022, de 23 de mayo).

4.- CaixaBank ha realizado extensas alegaciones relativas a la imposibilidad de realizar el control de abusividad de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario relativas a las divisas, por impedirlo el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE. Según CaixaBank, nuestra jurisprudencia, que ha rechazado esta tesis, se opone al auto del TJUE de 14 de abril de 2021. Y vuelve a invocar la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-81/19, caso Banca Transilvania S.A., que había sido ya invocada en anteriores recursos, en los que esta sala rechazó la pretensión de CaixaBank.

5.- El auto del TJUE en que pretende apoyarse CaixaBank no hace sino reiterar la doctrina sentada con anterioridad por el TJUE en sus sentencias, por lo que hemos de remitirnos a nuestra jurisprudencia, establecida en las sentencias 99/2021, de 23 de febrero, 188/2021, de 31 de marzo, 672/2021, de 5 de octubre, 29/2022, de 18 de enero y 627/2022 de 27 de septiembre, en las que rechazamos las alegaciones realizadas por CaixaBank y que hoy reitera en su recurso.

6.- Las cláusulas cuestionadas por los prestatarios no se limitan a reflejar las disposiciones legales o reglamentarias imperativas. El TJUE ha declarado reiteradamente que la exclusión contenida en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE "es de interpretación estricta". Debe recordarse que la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, C-81/19, caso Banca Transilvania, que también resulta invocada por CaixaBank, declara expresamente que "incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio". Esta doctrina se reitera en el auto de 14 de abril de 2021, asunto C-364/19, apartado 38. Y hemos rechazado de forma reiterada que las cláusulas cuestionadas reflejen normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa.

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.

En la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre (reiterada en otras posteriores, 29/2022, de 18 de enero y 627/2022 de 27 de septiembre), habíamos declarado sobre esta cuestión:

"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".

Por estas razones, reiteración de las que expusimos en las citadas sentencias, no puede estimarse la alegada imposibilidad de control de abusividad de las cláusulas cuestionadas, puesto que no se encuentran en el ámbito de aplicación de la excepción del art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE.

7.- En consecuencia, procede estimar el recurso de casación y al asumir la instancia, en atención a lo razonado, desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia.

TERCERO.- Costas y depósitos

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación, al haber sido estimado, de conformidad con el art. 398.2 LEC.

2.- La desestimación del recurso de apelación de la demandada implica que deban imponerse a la mencionada apelante las costas por su formulación, de conformidad con el art. 398.1 LEC.

3.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para la apelación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

:



1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Nemesio , contra la sentencia n.º 192/2019 de 7 de febrero, dictada por la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 37/2018, que casamos y anulamos.

2.º- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por CaixaBank S.A. contra la sentencia de 16 de octubre de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de Barcelona, confirmando todos sus pronunciamientos.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

4.º- Se imponen a CaixaBank S.A., las costas causadas por el recurso de apelación.

5.º- Se acuerda devolver al actor el depósito constituido para interponer el recurso de casación.

6.º- Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir en apelación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ