



Roj: **STS 4074/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4074**

Id Cendoj: **28079110012023101364**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2023**

Nº de Recurso: **999/2020**

Nº de Resolución: **1385/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1.385/2023**

Fecha de sentencia: 10/10/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 999/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/10/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Sentencia de señalamiento adicional

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 999/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1385/2023**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 10 de octubre de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 1851/2019, de 16 de octubre, dictada en grado de apelación por la Sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1090/2016 del Juzgado de Primera Instancia número 34 de Barcelona, sobre nulidad de préstamo multidivisa.

Es parte recurrente don Artemio y doña Elena, representados por el procurador don Pedro Moratal Sendra y bajo la dirección letrada de doña Patricia Gabeiras Vázquez.

Es parte recurrida Caixabank S.A., representado por el procurador don Javier Segura Zariquiey y bajo la dirección letrada de don Fabio Virzi.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### **PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

La representación procesal de don Artemio y doña Elena, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., que fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número 34 de Barcelona y que finalizó por sentencia número 89/2018, de 14 de mayo, en la que, sucintamente, estimando la demanda, se declaró la nulidad del acuerdo inserto en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria referido a las divisas y que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 190.000 euros, la cantidad que correspondía amortizar en concepto de principal e intereses, también en euros, con condena a la devolución en caso de abono en exceso por razón de la aplicación del clausulado declarado nulo, y con imposición de costas.

### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Caixabank. La parte demandante se opuso al recurso.

2.- La resolución del recurso correspondió a la Sección 15.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 1570/2018, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 1851/2019, de 16 de octubre, estimando el recurso de apelación y revocando la sentencia de primera instancia, desestimando íntegramente la demanda, sin condena en costas en ninguna de las instancias.

### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.*

1.- La representación de don Artemio y doña Elena interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, citando como infringido el artículo 24.1 CE, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como incompatible con un pronunciamiento judicial que no supera el test de la razonabilidad".

"Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC, citando como infringido el artículo 24.1 CE, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como incompatible con un pronunciamiento judicial claramente erróneo".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción del art. 7 a) de la LCGC en relación con el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE en lo referido al control de incorporación".

"Segundo.- Infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLCU, que desarrollan las previsiones de la directiva sobre cláusulas abusivas, como son las del artículo 4.2 de la Directiva".

"Tercero.- Infracción de los artículos 1266, 1300 y 1303 CC".

"Cuarto.- Infracción del 1258 CC en relación con el artículo 7 CC y los preceptos 1:201 y 6:102 de los Principios Europeos de los Contratos que también exigen la buena fe a lo largo de toda la vida de los contratos".

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 14 de septiembre de 2022, que inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal, con imposición de costas,



admitió el recurso de casación y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La parte recurrida se opuso al recurso.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes del caso*

1.- Don Artemio y doña Elena interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco de Valencia S.A., (en la actualidad Caixabank S.A.), en la que, sucintamente, se solicitaba la nulidad parcial del préstamo con garantía hipotecaria formalizado por las partes el día 16 de enero de 2006, excluyendo del mismo las cláusulas relativas a divisas, con las consecuencias que se dejaban expresadas.

2.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando, en síntesis, la nulidad del acuerdo inserto en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria referido a las divisas y que la cantidad adeudada era el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 190.000 euros, la cantidad que correspondía amortizar en concepto de principal e intereses, también en euros, con condena a la devolución en caso de abono en exceso por razón de la aplicación del clausulado declarado nulo, y con imposición de costas.

3.- Caixabank formuló recurso de apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia de primera instancia y desestimando íntegramente la demanda interpuesta, sin condena en costas en ninguna de las instancias. Centrando el objeto de controversia en el alcance del control de transparencia y el carácter abusivo de las cláusulas multidivisa, la sentencia de la Audiencia consideró acreditado, en lo que aquí resulta de relevancia:

"[...] que la iniciativa para suscribir el citado préstamo fue de la parte actora que acudió a Banco de Valencia, ahora Caixabank, S.A., para suscribir un préstamo hipotecario multidivisa para cancelar una hipoteca multidivisa que tenían suscrita con Banco Atlántico en fecha 23 de mayo de 2003 y así ampliar el préstamo que tenían concedido.

" En cuanto a la prueba documental precontractual, no se aporta oferta vinculante ni minuta de la escritura pública.

" Las cláusulas multidivisa de la escritura pública no sirven tampoco para concluir que concurrió una adecuada información, pues esta debe ser previa a la contratación, según lo expuesto en los fundamentos anteriores.

" Estimamos que, si bien la información que recibieron los actores no fue suficiente para permitirles comprender los riesgos del contrato, la parte actora tenía tomada su decisión acerca de la contratación del producto antes incluso de dirigirse a la oficina bancaria, ..., resultando que cada uno de los cambios de divisa efectuados beneficiaron a la parte actora por el tipo de cambio, abaratándose las cuotas que venían pagando.

" En consecuencia, de todo ello, resulta acreditado que la parte actora tenía perfecto conocimiento del tipo de hipoteca que suscribieron, así como que asumían los riesgos propios e inherentes de ésta".

4.- La parte demandante ha interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido inadmitido, y un recurso de casación, que ha sido admitido a trámite.

### SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo*

1.- En el encabezamiento del primer motivo del recurso de casación se invoca la infracción del artículo 7 a) de la LCGC, en relación con el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, en lo referido al control de incorporación.

2.- Al desarrollar el motivo, el recurrente argumenta, en síntesis, que la infracción legal se ha cometido por inaplicación de los preceptos legales que regulan el control de incorporación, porque no se acreditó la entrega de oferta vinculante, ni la entrega de la escritura antes de la firma, ni de folleto informativo.

### TERCERO.- *Decisión del Tribunal. 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, 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.

3.- Además, el control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato. Si se considera probado que el adherente conocía lo que estaba contratando, difícilmente puede sostenerse que no se habían cumplido las garantías de cognoscibilidad que pretende salvaguardar el control de inclusión. Y, las cláusulas litigiosas sí superan el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerlas, al estar incluidas en la escritura pública y ser gramaticalmente comprensibles, dada la sencillez de su redacción. El problema, en su caso, sería de transparencia, en el sentido de información sobre los riesgos, no de incorporación.

4.- Como consecuencia de lo cual, el primer motivo de casación debe ser desestimado.

#### **CUARTO.-** *Formulación del segundo motivo*

1.- En el encabezamiento del segundo motivo del recurso de casación se invoca la infracción de los artículos 80.1 y 82 TRLCU, que desarrollan las previsiones de la Directiva sobre cláusulas abusivas, como son las del artículo 4.2 de la Directiva.

2.- Al desarrollar el motivo, el recurrente argumenta, en síntesis: que la infracción se habría cometido porque la Audiencia Provincial ha empleado criterios erróneos para concluir que las cláusulas cuestionadas superan el control de transparencia, infringiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se cita; que, tratándose de dos consumidores sin especiales conocimientos en materia financiera y estando probado que no se informó de manera suficiente, como afirma la propia sentencia recurrida, no se supera el control de transparencia; que tampoco es relevante la iniciativa del cliente o el hecho de que haya realizado cambios de divisa resulta revelador del cumplimiento de las obligaciones de información.

**QUINTO.-** *Decisión del tribunal: falta de transparencia, por déficit de información, de las cláusulas relativas a divisa, que determina su carácter abusivo*

1.- De los hechos fijados por la sentencia de la Audiencia Provincial resulta la insuficiencia de la información facilitada a los prestatarios, puesto que en el proceso de contratación del préstamo no se les informó de que la evolución de la paridad entre la divisa y el euro podía determinar no solo que la cuota se incrementara hasta cuantías que impedirían al prestatario el pago regular de las cuotas periódicas de amortización, sino, también, que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar pudiera no disminuir pese al pago regular de las cuotas del préstamo; y que esto podía determinar una situación de infra garantía. En el supuesto que nos ocupa, partiendo de los hechos declarados probados tanto en la sentencia de primera instancia como en la sentencia de la Audiencia, resulta que no hubo una adecuada información previa a la contratación.

2.- En las sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, 599/2018, de 31 de octubre, y en muchas otras posteriores, declaramos que 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 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 ni que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado y que una devaluación considerable de la moneda funcional supone que se incremente significativamente la



equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar. La extensa jurisprudencia de esta sala sobre la información que la entidad bancaria debe suministrar en estos casos nos exime de mayores consideraciones sobre esta cuestión.

**3.-** El criterio seguido por la Audiencia Provincial no se ajusta a nuestra jurisprudencia. Hemos declarado en numerosísimas sentencias que el hecho de que la iniciativa de contratar el préstamo multidivisa o multimonedada partiera del consumidor no libera al predisponente de informar, con la suficiente antelación, sobre los riesgos del producto demandado ni excluye la falta de transparencia de las cláusulas sobre divisas derivada de la insuficiencia e inadecuación de la información obtenida ( sentencias 158/2019, de 14 de marzo, 188/2021, de 31 de marzo, 217/2021, de 20 de abril, o 29/2022, de 18 de enero). Que los prestatarios tuvieran la iniciativa de interesarse por este tipo de préstamo porque la cuota era inferior a los préstamos referenciados al Euribor no implica que las cláusulas impugnadas superen el control de transparencia. Parece lógico que la opción de los prestatarios por un préstamo de este tipo, en el que concurren elementos no habituales como son la divisa y la referencia al Libor, esté motivada porque en aquel momento, para un mismo capital, las cuotas del préstamo resultaban inferiores a las de los préstamos referenciados al Euribor. Pero eso no excluye que la falta de información adecuada sobre los graves riesgos inherentes a estos préstamos sea determinante 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.

**4.-** Por otra parte, consta acreditado que los mismos prestatarios habían suscrito con otra entidad un previo préstamo hipotecario multidivisa en fecha 23 de mayo de 2003 y que se habría cancelado con ocasión de la contratación objeto de litigio. Sin embargo, no constando que con ocasión de tal primera contratación se hubiera dado a los prestatarios la información relevante a que nos hemos referido y, tampoco, que se hubieran puesto de manifiesto las posibles consecuencias y riesgos de esta clase de préstamos de tal modo que el prestatario pudiera ser consciente de los mismos, no cabe otorgar relevancia a tal previa contratación, ni presuponer que los clientes conocieran el verdadero funcionamiento y riesgos del producto. El hecho de que los prestatarios hubieran suscrito un previo préstamo multidivisa, no suple esa falta de información puesto que de esa premisa no puede derivarse que conocieran con antelación a la suscripción del préstamo objeto de litigio los riesgos específicos y relevantes a que se ha hecho referencia en el anterior apartado, más aún cuando se trata de unos prestatarios sin formación financiera. No consta que se informara a los prestatarios 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 le hiciera difícil afrontar su pago; y que esta fluctuación podía determinar una situación de infra garantía.

**5.-** Como conclusión de lo expuesto, las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia porque el prestatario no ha 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 el prestatario recibe sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

Esta conclusión no puede ser alterada por el conocimiento que el prestatario pueda haber adquirido con posterioridad a la contratación sobre el funcionamiento del préstamo multidivisa, que la Audiencia parece deducir del hecho de que se realizaran tres cambios de divisa, pues, como se ha indicado, lo verdaderamente relevante desde el punto de vista del control de transparencia es la información precontractual sobre la naturaleza, características y riesgos del producto que se pretende contratar. La opción de cambiar de divisa, si bien es un remedio que puede permitir a un consumidor conocedor del mercado de divisas estar atento para reaccionar frente a las consecuencias de fluctuaciones que le resulten perjudiciales, no simplifica la complejidad de estos contratos ni elude el cumplimiento de los deberes de transparencia.

**6.-** Finalmente, en las anteriores 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, declaramos que 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, y se compromete en un contrato de préstamo que puede tener para él consecuencias ruinosas. Esta falta de transparencia también agrava su situación jurídica, puesto que ignora el riesgo de infra garantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo



7.- Lo expuesto determina que el recurso de casación deba ser estimado, sin necesidad de entrar a conocer de los restantes motivos del recurso al perder su objeto. Y, asumiendo la instancia, de conformidad con lo razonado, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada y confirmar la sentencia de primera instancia.

**SEXTO.- Costas y depósitos**

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Desestimado el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, procede imponerle las costas del recurso, en aplicación del art. 398.1 LEC.

3.- Procede acordar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 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- Estimar el recurso de casación interpuesto por Artemio y Elena contra la sentencia 1851/2019, de 16 de octubre, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 1570/2018.

2.º- Casar la expresada sentencia y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. contra la sentencia 89/2018, de 14 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 34 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario 1090/2016.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación y condenar a la apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

4.º- Acordar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y la pérdida del constituido para la interposición del recurso de apelación.

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.