



Roj: **STS 1214/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1214**

Id Cendoj: **28079110012021100168**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2021**

Nº de Recurso: **2953/2018**

Nº de Resolución: **188/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 1989/2018,**
STS 1214/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 188/2021

Fecha de sentencia: 31/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2953/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/03/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2953/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 188/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 31 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 387/2018 de 8 de mayo, dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1845/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Valencia, sobre nulidad cláusulas de préstamo multdivisa.

Es parte recurrente la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales (AUGE), actuando interés de sus asociados D.^a Nicolasa y D. Jesús, representada por el procurador D. Francisco Javier Blasco Mateu y bajo la dirección letrada de D. Miguel Tomás Perucho.

Es parte recurrida Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D.^a Carme Guerola Márquez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Francisco Javier Blasco Mateu, en nombre y representación de la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales (AUGE), actuando interés de sus asociados D.^a Nicolasa y D. Jesús, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en cuyos méritos se estime íntegramente esta demanda por lo que, en consecuencia, se declare la nulidad de todas las cláusulas que contengan cualquier referencia a la opción multdivisa incluidas en el préstamo hipotecario de fecha 29 de enero de 2008 y contratos vinculados, entre las que se encuentran la cláusula financiera primera, segunda, tercera y todas las referencias a dicha opción en el resto del clausulado suscrito con la entidad demandada, debido al incumplimiento del control de transparencia, declarando las mismas abusivas y condenando a la demandada a dejar referenciado el citado préstamo a moneda euros según la paridad a fecha 29 de enero de 2008, aplicando el interés pactado, y condenando al banco a recalcular las cuotas pagadas hasta la fecha con restitución del exceso pagado a mis mandantes o, en su caso, la aplicación de dicho 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, con expresa imposición de costas a la entidad bancaria.

" Subsidiariamente, se declare la anulabilidad por vicio del consentimiento basado en el error prestado por mis mandantes a causa del incumplimiento de la entidad CaixaBank, S.A. de su obligación de informar a los clientes conforme a la normativa protectora de los usuarios bancarios, y en sus méritos conforme al artículo 1303 del Código Civil, se declaren nulas las cláusulas que contengan cualquier referencia a la opción multdivisa incluidas en el préstamo hipotecario de fecha 29 de enero de 2008 y contratos vinculados, entre las que se encuentran la cláusula financiera primera, segunda, tercera y todas las referencias a dicha opción en el resto del clausulado suscrito con la entidad demandada, condenando a la demandada a dejar referenciado el citado préstamo a moneda euros según la paridad a fecha 29 de enero de 2008, aplicando el interés pactado, y condenando al banco a recalcular las cuotas pagadas hasta la fecha con restitución del exceso pagado a mis mandantes o en su caso la aplicación de dicho 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, con expresa imposición de costas a la entidad bancaria".

2.- La demanda fue presentada el 22 de diciembre de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Valencia, fue registrada con el núm. 1845/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Margarita Sanchis Mendoza, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Valencia, dictó sentencia 170/2017, de 6 de julio, que desestimó la demanda, con imposición de costas a la parte demandante.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*



1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales (AUGE), actuando interés de sus asociados D.^a Nicolasa y D. Jesús y la representación de Caixabank S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 1902/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 387/2018 de 8 de mayo, que desestimó el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido para apelar.

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- El procurador D. Francisco Javier Blanco Mateu, en representación de la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales (AUGE), que actuaba en interés de sus asociados D.^a Nicolasa y D. Jesús, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- 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.

" Justificación del interés casacional: Oposición o desconocimiento de la Sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS contenida en la única sentencia dictada hasta el momento sobre hipoteca multidivisa. Vulneración del concepto de transparencia y abusividad fijado por el Tribunal Supremo, en aplicación de las normas consideradas infringidas, en las siguientes sentencias.

" Jurisprudencia que se considera infringida: El presente recurso se interpone por desconocimiento de la Sentencia recurrida de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en STS 608/17, de fecha 15 de noviembre de 2017 (Documento número dos) y STS 769/14 de 12 de enero de 2015. (Documento número tres)".

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 2 de diciembre de 2020, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Caixabank S.A se opuso al recurso y aportó la Sentencia de 9 de julio de 2020 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *NG, OH vs. SC Banca Transilvania, S.A.* (C-81/19).

La representación de la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales (AUGE), actuando en interés de sus asociados D.^a Nicolasa y D. Jesús formuló alegaciones conforme al art. 271.2 de la LEC.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 de marzo de 2021 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- El 29 de enero de 2008, D. Jesús y D.^a Nicolasa suscribieron con Barclays Bank S.A. (en la actualidad, Caixabank S.A.) un préstamo hipotecario multidivisa por la cantidad de 33.241.450 yenes japoneses, equivalentes, como se expresaba en la escritura de préstamo hipotecario, a 209.000 euros, a devolver en cuotas mensuales durante treinta años. El préstamo devengaría un interés variable referenciado al Libor con un diferencial de 0,75 puntos porcentuales. Los prestatarios acudieron a Barclays acompañados de un empleado de la entidad Wide Credits.

2.- AUGE, Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales, actuando en interés de sus socios D. Jesús y D.^a Nicolasa, interpuso una demanda en diciembre de 2016 en la que, como pretensión principal, solicitaban la nulidad del clausulado del préstamo referido a las divisas, por su carácter abusivo por falta de transparencia.

3.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que desestimó la demanda, pues consideró que los prestatarios, al haber actuado asesorados por Wide Credits, "conocían o debían conocer, al tiempo de la contratación, el potencial riesgo que entrañaba el producto".



4.- AUGE apeló la sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia. La audiencia argumentó que el préstamo multidivisa no era un producto de riesgo; que se contrató a petición de los prestatarios, que "el testigo (empleado del banco) afirmó haber explicado los riesgos porque siempre lo hacía y varios escenarios posibles, insistiendo en todo momento en la presencia en la contratación del representante de la mercantil Wide Credits, que asesoraba", y que "la presencia de un tercero que le "acompañaba" en la contratación en todo momento, es obvio que ello determina una atenuación de la obligación de información".

5.- AUGE ha interpuesto un recurso de casación basado en un motivo, que ha sido admitido.

SEGUNDO.- *Cuestiones previas (I): la sentencia del TJUE aportada por la recurrida*

1.- CaixaBank, sucesora de Barclays, ha aportado con el escrito de oposición al recurso, la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, C-81/19, *Banca Transilvania*, y ha realizado diversas alegaciones sobre su carácter condicionante y decisivo para resolver el recurso, pues, según CaixaBank, impediría 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. Esta pretensión debe rechazarse, al igual que ya hicimos en la reciente sentencia 99/2021, de 23 de febrero, en la que aportó la misma sentencia, con idéntico propósito.

2.- Tal cuestión ya ha sido planteada por CaixaBank en anteriores recursos, y rechazada por esta sala, al entender que las cláusulas cuestionadas por los prestatarios no se limitan a reflejar las disposiciones legales o reglamentarias imperativas, debiendo recordarse que 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, *Banca Transilvania*, aportada 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". Y esto ha sido rechazado por este tribunal.

3.- Efectivamente, en la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, declaramos:

"7.- Tampoco puede admitirse la segunda objeción opuesta por la entidad bancaria, expresada en el trámite de alegaciones sobre la STJUE del caso *Andriiciuc*, 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".

4.- Y en esa misma sentencia, justificábamos como la estimación de la pretensión de nulidad de las cláusulas relativas a las divisas no infringe tales preceptos legales, al declarar:

"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".



5.- Además, aunque se anulen las cláusulas relativas a la divisa, los prestatarios seguirán devolviendo la cantidad que recibieron, que lo fue en euros, en la misma moneda en que lo venían haciendo anteriormente, que también era el euro, puesto que era esta la "moneda funcional" del contrato, al ser la moneda en la que los prestatarios perciben sus ingresos y hacen sus pagos. En esa misma sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, en un préstamo de las mismas características, otorgado por la misma entidad financiera, y en el que se planteó esta misma cuestión, declaramos:

"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 predispuesto 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. [...]

" 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)".

TERCERO.- *Cuestiones previas (II): la alegada modificación de los hechos declarados probados*

1.- Uno de los argumentos principales que se exponen a lo largo del escrito de oposición al recurso de casación, que de ser correcto supondría la concurrencia de una causa de inadmisión, es que el recurso de casación modifica los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial.

2.- Eso ocurriría, según Caixabank, porque los recurrentes pretenden rebatir afirmaciones de carácter fáctico contenidas en la sentencia recurrida, tales como que los prestatarios tenían suficiente información cuando celebraron el contrato porque habían acudido a una empresa de asesoramiento.

3.- Como dijimos en la sentencia 99/2021, de 23 de febrero, hemos de rechazar estas objeciones porque las afirmaciones a que hace referencia la recurrida han de ser consideradas como valoraciones jurídicas, no fácticas, y, por tanto, susceptibles de ser impugnadas en casación.

4.- La Audiencia Provincial no modifica la valoración probatoria hecha por el Juzgado de Primera Instancia. Este, en su sentencia, afirma que los prestatarios, al haber actuado asesorados por Wide Credits, "conocían o debían conocer" el potencial riesgo del producto contratado. Otro tanto hace la Audiencia, que considera que el hecho de que los prestatarios acudieran acompañados de un empleado o representante de esa empresa, atenúa el deber de información del banco para con los prestatarios.

5.- Al no existir prueba de cuál pudo ser el asesoramiento que Wide Credits pudo dar a los prestatarios, las afirmaciones de los tribunales de instancia han de ser consideradas de naturaleza valorativa jurídica, no fáctica.



6.- Otro tanto pasa con la afirmación del empleado de Barclays que afirmó que informó de los riesgos del producto a los prestatarios, puesto que ni siquiera se concreta sobre qué riesgos informó.

7.- Respecto de la inexistencia del interés casacional porque la sentencia de la Audiencia Provincial se ajusta a la jurisprudencia de esta sala, esta cuestión deberá ser resuelta al abordar el motivo del recurso.

CUARTO.- *Formulación del recurso de casación*

1.- El único motivo del recurso de casación se encabeza del siguiente modo:

"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.

" Justificación del Interés casacional: Oposición o desconocimiento de la Sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS contenida en la única sentencia dictada hasta el momento sobre hipoteca multidivisa. Vulneración del concepto de transparencia y abusividad fijado por el Tribunal Supremo, en aplicación de las normas consideradas infringidas, en las siguientes sentencias.

" Jurisprudencia que se considera infringida: El presente recurso se interpone por desconocimiento de la Sentencia recurrida de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en STS 608/17, de fecha 15 de noviembre de 2017 [...] y STS 769/14 de 12 de enero de 2015 [...]."

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente argumenta que la infracción se ha producido porque los prestatarios no recibieron la información precontractual necesaria.

QUINTO.- *Decisión del tribunal: control de transparencia de la cláusula relativa a divisas en el préstamo hipotecario*

1.- Los tribunales de instancia han considerado crucial que los prestatarios acudieran al banco acompañados de un empleado o representante de una entidad denominada Wide Credits. El juzgado argumentó que tal circunstancia supone que los clientes "conocían o debían conocer, al tiempo de la contratación, el potencial riesgo que entrañaba el producto". La audiencia argumenta que tal circunstancia atenúa las obligaciones de información del banco.

2.- Como ya dijimos en la sentencia 99/2021, de 23 de febrero, el mero hecho de que el cliente acuda al banco llevado por un intermediario no excusa a la entidad bancaria de suministrar a los potenciales clientes la información sobre los riesgos de los productos y servicios que comercializa. La entidad bancaria no resulta liberada por esta circunstancia de la obligación que, como predisponente, tiene de facilitar la información necesaria para que el potencial cliente conozca adecuadamente la naturaleza y riesgos del producto que le es ofertado. Asimismo, hemos declarado con reiteración que el hecho de que la iniciativa de contratar el préstamo multidivisa o multimonedado partiera del consumidor no libera al predisponente de informar sobre los riesgos del producto demandado.

3.- No puede aceptarse tampoco la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que este tipo de préstamos hipotecarios no es un producto de riesgo. Como hemos recordado en sentencias anteriores, este tipo de préstamos hipotecarios conllevan serios riesgos para los prestatarios (recálculo de la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar, posibilidad de elevación de la cuota hasta niveles difíciles de afrontar por el prestatario, posibilidad de vencimiento anticipado del contrato si la modificación de la paridad de la divisa hace que la garantía hipotecaria no sea suficiente, etc.), que no afectan al predisponente, que además tiene en su poder suficiente información sobre la naturaleza y características del producto.

4.- Tampoco basta con que un testigo, empleado del banco, afirme que se informó a los clientes sobre los riesgos, como afirma genéricamente la sentencia recurrida. Es necesaria la constatación de que se informó sobre los riesgos específicos de este producto, a los que se ha hecho referencia: recálculo de la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar, posibilidad de elevación de la cuota hasta niveles difíciles de afrontar por el prestatario, posibilidad de vencimiento anticipado del contrato si la modificación de la paridad de la divisa hace que la garantía hipotecaria no sea suficiente, etc. Por tanto, una vaga y genérica alusión a haber informado de los riesgos no es suficiente para entender cumplida la obligación de información precontractual de la entidad predisponente, tanto más cuando la audiencia consideró que el préstamo hipotecario en cuestión no era un producto de riesgo.

5.- Una vez valorado que las afirmaciones contenidas en la sentencia recurrida no permiten considerar que Barclays facilitó a los demandantes la información adecuada para conocer los riesgos asociados a estas cláusulas relativas a las divisas, procede remitirnos a nuestra doctrina constante en materia de préstamos



multidivisa. Así, en la sentencia 486/2020, de 22 de septiembre, declaramos, y en las sentencias 99/2021, de 23 de febrero, y 154 y 155/2021, ambas de 16 de marzo, hemos reiterado:

"4.- De acuerdo con esta jurisprudencia del TJUE, en nuestras sentencias 323/2015, de 30 de junio, 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, hemos explicado por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que oferta este producto. Declaramos en esas sentencias:

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

[...]

" 6.- El criterio empleado en la sentencia recurrida para valorar la suficiencia de la información suministrada no se ajusta a estos parámetros. Como han resaltado las SSTJUE citadas, 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.

" 7.- Conforme a constante jurisprudencia de esta sala, el control de transparencia tiene por objeto que el consumidor 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.

" 8.- En el presente caso, no existió la 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, porque la que se les facilitó no explicaba adecuadamente en qué consistía el riesgo de cambio del préstamo hipotecario en divisas. No basta, como parece entender la Audiencia Provincial, con considerar que quien solicita un préstamo de esta naturaleza conoce que las divisas fluctúan. Porque junto a ello, lo relevante es que los prestatarios fueran debidamente informados del riesgo principal de este tipo de préstamos referenciados en divisas, que es que el cumplimiento de sucesivos plazos de amortización no supone que la equivalencia en euros del capital prestado vaya disminuyendo, sino que incluso puede suceder lo contrario; como de hecho sucedió.

"9.- Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que 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 este consumidor no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que las SSTJUE *Andriciuc* y *OTP Bank* exijan una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa.

" 10.- Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es lo 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.

" Por estas razones, es esencial que el banco informe al cliente 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, o la trascendencia que el incremento del capital pendiente de amortizar, computado en euros, le supondrá en caso de que pretenda cambiar desde la divisa al euro.

" También debe ser informado, en su caso, de que la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera otorga al banco la facultad de exigir nuevas garantías, así como de las consecuencias de no prestar esas garantías suplementarias.

" 11.- Como afirmamos en las anteriores sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, 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.

" 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.

" 12.- Como conclusión de lo expuesto, las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia 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".

6.- Respecto de la necesidad de realizar un control de contenido o abusividad una vez constatada la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la divisa, como afirmamos en las sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, y 454/2020, de 23 de julio, la falta de transparencia de las cláusulas relativas a 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 resulta abusiva, porque 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 en los que no concurren esos riesgos. Esta abusividad 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.- En el mismo sentido nos hemos pronunciado en la más reciente sentencia 585/2020, de 6 de noviembre, en la que declaramos que hemos asimilado la falta de transparencia a la abusividad en determinadas cláusulas, como es el caso de las denominadas "cláusulas suelo", por entrañar un elemento engañoso, o de las cláusulas "multidivisa" o "multimoneda", por ocultarse graves riesgos para el consumidor.

8.- La consecuencia de lo expuesto es que el recurso de casación debe ser estimado, y como consecuencia de lo anterior, procede revocar la sentencia de la Audiencia Provincial y estimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y estimar la pretensión principal formulada en la demanda.

SEXTO.- Costas y depósito

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación ni del recurso de apelación que han sido estimados, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Respecto de las costas de primera instancia, procede condenar a su pago a Caixabank, al resultar estimada la demanda.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 8, 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 la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales (AUGE), actuando en interés de sus asociados D.ª Nicolasa y D. Jesús contra la sentencia 387/2018 de 8 de mayo, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 1902/2017.

2.º- Casar la expresada sentencia y estimar el recurso de apelación interpuesto por la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales (AUGE), actuando interés de sus asociados D.ª Nicolasa y D. Jesús contra la sentencia 170/2017, de 6 de julio, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Valencia, y en consecuencia:

2º.1.- Estimar la demanda interpuesta por la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales (AUGE), actuando interés de sus asociados D.ª Nicolasa y D. Jesús contra Caixabank S.A..

2º.2.- Declarar la nulidad de las cláusulas referidas a la opción multidivisa incluidas en el préstamo hipotecario de 29 de enero de 2008, celebrado entre D.ª Nicolasa y D. Jesús y Barclays Bank S.A., declarando las mismas abusivas y condenando a la entidad financiera demandada a dejar referenciado el citado préstamo a la moneda euro según la paridad a fecha 29 de enero de 2008, aplicando el interés pactado, y condenando a la entidad de crédito a recalcular las cuotas pagadas hasta la fecha con restitución a los prestatarios del exceso pagado o, en su caso, la aplicación de dicho 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.

2º.3.- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación y condenar a Caixabank S.A. al pago de las costas de primera instancia.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación.

4.º- Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

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.