



Roj: **STS 4242/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4242**

Id Cendoj: **28079110012021100782**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2021**

Nº de Recurso: **198/2019**

Nº de Resolución: **829/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 10255/2018,**  
**STS 4242/2021,**  
**AAAP B 11644/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 829/2021**

Fecha de sentencia: 30/11/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 198/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 198/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 829/2021**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 30 de noviembre de 2021.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 693/2018, de 25 de octubre, dictada en grado de apelación por la Sección n.º 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 836/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 37 de Barcelona, sobre préstamo multidivisa.

Es parte recurrente D. Claudio y D.ª Emma, representado por el procurador D. Ricard Simó Pascual y bajo la dirección letrada de D.ª María José Salgado Lanzós.

Es parte recurrida TARGOBANK, S.A.U., representada por la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D.ª Esther Pérez La Orden y D. Adrián Fernández Catalán.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- El procurador D. Ricard Simó Pascual, en nombre y representación de D. Claudio y D.ª Emma, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular, S.A. (actualmente Targo Bank, S.A.), en la que solicitaba:

"[...] la nulidad parcial de la Escritura de Novación de Préstamo de fecha 5 de julio de 2007 suscrito con la entidad demandada y en virtud de dicho pronunciamiento, se declare:

"1º.- La nulidad de las cláusulas referidas a la opción multidivisa y relacionadas con las mismas recogidas en la mencionada novación de préstamo por no haber emitido la parte demandante un consentimiento válido, prestado por error y por haber actuado la demandada con abuso de derecho, lo que conlleva que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo del referido préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada hasta la fecha en concepto de principal e intereses, también convertidos a euros, condenando a la demandada a estar y pasar por dichas declaraciones y a recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor a euros y fijando el capital pendiente de pago en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura de préstamo (EURIBOR a un año más diferencial), debiendo correr la demandada con todos los gastos (comisiones de cambio, etc.) que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

"2º.- La subsistencia del contrato de novación del préstamo sin los contenidos declarados nulos.

"Todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada."

2.- La demanda fue presentada el 3 de noviembre de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 37 de Barcelona, fue registrada con el n.º 836/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Carlos Montero Reiter, en representación de TARGOBANK, 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, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 37 de Barcelona dictó sentencia n.º 161/2017, de 26 de junio, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por D. Claudio y D.ª Emma, representados por el Procurador Ricard Simó Pascual y defendidos por la Letrada M.ª José Salgado Lanzós, contra TARGO BANK, S.A. (anteriormente BANCO POPULAR, S.A.), representada por el Procurador Carlos Montero Reiter y defendida por el Letrado Marc Pujolàs Recio, debo declarar la nulidad parcial del préstamo multidivisa suscrito entre las partes el 5 de julio de 2007, en lo que se refiere a las divisas, declarando asimismo, de manera integradora, que la cantidad adeudada por razón del préstamo hipotecario otorgado es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, resultante de disminuir al importe prestado inicialmente en euros la cantidad amortizada el concepto de principal e intereses también en euros.

"Se imponen las costas a la parte demandada".

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

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Targo Bank, S.A. La representación de D. Claudio y D.ª Emma se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección n.º 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 859/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 693/2018, de 25 de octubre, cuyo fallo dispone:



"Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Targo Bank, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Barcelona de fecha 26 de junio de 2017, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos. En su lugar, desestimamos íntegramente la demanda de Emma y Claudio contra Targo Bank, S.A. sin hacer imposición de las costas por apreciar la concurrencia de dudas de derecho.

"No hacemos imposición de las costas del recurso con la consecuencia de ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir".

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

1.- El procurador D. Ricard Simó Pascual, en representación de D. Claudio y D.<sup>a</sup> Emma, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"MOTIVO PRIMERO.- Por infracción del art. 217 LEC y del principio de carga de la prueba al amparo del art. 469.1.20 LEC

"MOTIVO SEGUNDO.- Por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, concretamente del derecho a la tutela judicial efectiva alegando expresamente existencia de error patente en la valoración de la prueba al amparo del art. 469.1.40 LEC".

El motivo del recurso de casación fue:

"MOTIVO ÚNICO.- Por infracción de los arts. 1.265, 1.266 y 1.300 del Código Civil y arts. 60, 80.1 y 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias al considerar que la sentencia recurrida infringe los referidos preceptos y se opone y vulnera la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la procedencia de la nulidad de las cláusulas multidivisa en el caso de que la actuación de la entidad bancaria haya resultado relevante para la adecuada formación de la voluntad del cliente consumidor medio y haya existido déficit de información adecuada por parte de la entidad bancaria en el momento de contratar: exigencia de deber cualificado de información y existencia de déficit de información y trascendencia y relevancia del mismo en la formación de la voluntad del cliente, tratándose de cliente consumidor medio, sin experiencia ni formación en mercados de divisas".

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 julio de 2021, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de TARGOBANK, S.A.U. se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 24 de noviembre de 2021, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia.

1.- El 9 de junio de 2005, D. Claudio y D.<sup>a</sup> Emma, como prestatarios e hipotecantes, celebraron un contrato de préstamo hipotecario con Banco Popular Español, S.A. (actualmente Targo Bank, S.A.U.), como prestamista, por importe de 260.000 euros, con un interés variable referenciado al Euribor más 1,20 puntos porcentuales.

Ante la subida de tipos de interés experimentado durante los años posteriores (que elevaron las cuotas mensuales del préstamo de 1.300 euros a 1.500-1.600), y ante la falta de alternativas por parte de la prestamista, acudieron a otras entidades financieras. Kutxabank les ofreció la posibilidad de traspasarle el crédito pagando cuotas hipotecarias más reducidas.

2.- Ante esa oferta los prestatarios acudieron de nuevo a Banco Popular que aceptó igualar dicha oferta, lo que dio lugar a que finalmente, el 5 de julio de 2007, los actores suscribieran con la demandada una escritura de novación del préstamo hipotecario, que pasó a quedar denominado en yenes japoneses, con una primera fase en la que se pactó un interés nominal de 1,646% y una segunda fase a tipo variable, referenciado al Libor con un diferencial del 0,65%.



3.- Los prestatarios interpusieron una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitaron la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en cuanto a las cláusulas relativas a la denominación en divisa, por error vicio del consentimiento, y la declaración de que el importe adeudado era el resultado de reducir el capital prestado en euros en la cantidad ya amortizada, en euros, con el consiguiente recálculo del cuadro de amortización.

4.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de las cláusulas del contrato referidas a la opción multidivisa y que la cantidad adeudada por razón del préstamo era el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, resultante de disminuir el importe inicialmente prestado en euros la cantidad amortizada por los conceptos de principal e intereses también en euros. Concluyó que "la parte actora no recibió la información completa y adecuada para valorar si le convenía el producto ofertado", y apreció la existencia de un error vicio del consentimiento.

5.- La Audiencia Provincial estima el recurso de la entidad prestamista y desestima la demanda en lo relativo a la pretensión de nulidad de las cláusulas relativas a la opción multidivisa. En cuanto a los hechos del proceso, entiende acreditado que la oferta de Kutxabank que igualó Banco Popular era también una oferta de un préstamo multidivisa. Respecto a la acción ejercitada, estima que el planteamiento del conflicto no debía ser el realizado por el juzgado de primera instancia, porque si lo que se pretendía es la nulidad de las cláusulas relativas a la opción multidivisa, y no la nulidad de todo el contrato, debía examinarse el tema desde la perspectiva de los controles de transparencia y abusividad, y no con base en una acción de nulidad por vicios del consentimiento. A continuación, realiza el examen de la pretensión deducida en la demanda desde aquella perspectiva y, aunque aprecia falta de transparencia, no declara la nulidad parcial interesada por entender que la voluntad de los prestatarios de obtener un préstamo multidivisa estaba plenamente formada y que, por ello, no habrían dejado de suscribir la novación incluso en caso de haber dispuesto de una adecuada información precontractual. Conclusión que razona así:

"En nuestro caso creemos que la Sra. Emma y el Sr. Claudio, apremiados como se encontraban, según afirman en la demanda, por la necesidad de rebajar la cuota hipotecaria que se les había disparado como consecuencia de una inesperada subida del índice a que tenían indexado su crédito (el Euribor), hubieran aceptado este producto incluso en el caso de que hubieran recibido toda la información necesaria para conocer los riesgos que su contratación comportaba. Así lo estimamos por varias razones: (i) por su voluntad resuelta de modificar las condiciones de su hipoteca, que sin duda que eran las que mejor se acomodaban a su confesada condición de inversores prudentes; (ii) porque las opciones que a tal efecto le ofrecía el mercado no eran numerosas.

"42. Como ya hemos adelantado en el fundamento segundo de esta resolución, los demandantes acudieron a Banco Popular, la entidad con la que habían concertado dos años antes su préstamo hipotecario indexado al Euribor, en solicitud de un cambio en las condiciones que les permitiera rebajar la cuota y, como no obtuvieron respuesta satisfactoria de esa entidad a su demanda, acudieron a otra entidad, Kutxabank. Por tanto, Banco Popular, al que califican como su Banco de confianza en aquella época, no tomó la iniciativa de ofrecerles un producto de tanto riesgo como el que finalmente acabaron contratando. Fue otra entidad quien se lo ofreció y Banco Popular se limitó a igualar la oferta para no perder a los clientes. Por consiguiente, esos hechos hablan por sí mismos de unos clientes con una voluntad resuelta de optar por ese producto cuando aceptaron las condiciones de Banco Popular, que eran las mismas que las de Kutxabank, como hemos visto. De forma que estimamos que poco hubiera cambiado esa determinación en un escenario en que podían valorar que esos riesgos podían ser asumidos porque la contraprestación obtenida a cambio (una sustancial reducción de la cuota) lo justificaba.

"43. Y hemos dicho que las opciones que tenían los consumidores para conseguir su propósito de reducir la cuota mensual no eran demasiadas porque: (i) primero, no se han tomado la molestia siquiera de explicar qué otro producto exento de riesgos les había ofrecido Kutxabank que no tuviera los inconvenientes del finalmente contratado; y (ii) segundo, no creemos que exista ese producto que les permitiera huir del índice Euribor mejorando sustancialmente la cuota y sin riesgos.

"44. Por consiguiente, la ausencia de relevancia de los presuntos vicios o defectos de información determina que debemos estimar el recurso y con ello desestimar íntegramente la demanda".

6.- Los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos, y un recurso de casación, articulado en un único motivo, que han sido admitido.

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

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

1.- El primer motivo, articulado al amparo del art. 469.1.2.º LEC, denuncia la infracción del art. 217 LEC y del principio de carga de la prueba.



2.- En su desarrollo, alega que en las relaciones de consumo se da una inversión de la carga de la prueba, de forma que es la entidad financiera la que ha de acreditar el alcance de la información que ha proporcionado al cliente, criterio que en este caso ha incumplido la Audiencia al hacer responsable a la recurrente de la falta de prueba del hecho afirmado por la demandada y no probado, esto es, que existió una previa oferta vinculante de otra entidad (Kutxabank) de un préstamo multidivisa a la recurrente, que aquélla se limitó a igualar, lo que demostraría que los demandantes tenían una voluntad resuelta de optar por este producto.

3.- Las causas de inadmisibilidad aducidas por la recurrida, que no tienen el carácter de absolutas, se resolverán junto con el fondo del motivo.

**TERCERO.-** *Decisión de la sala. Las reglas sobre la carga de la prueba del art. 217 LEC . Desestimación.*

1.- El motivo debe ser desestimado. La regulación sobre la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de *non liquet* (literalmente, "no está claro") que se establece en los arts. 11.3.º LOPJ y 1.7.º CC, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

2.- Esa es la razón por la que el precepto que la regula, el art. 217 LEC, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso.

3.- Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencia 244/2013, de 18 de abril). No es el caso de la sentencia impugnada, en la que se dio por probado que la iniciativa de la contratación de la novación del préstamo hipotecario para pasar de euros a yenes correspondió a los recurrentes y que estos tenían una voluntad resuelta de contratar un préstamo multidivisa. Conclusión que razonó así:

"6. La discrepancia que se produce entre las partes está en si es Banco Popular quien por vez primera les ofrece el producto multidivisa (tesis de los demandantes) o bien Banco Popular se limitó a igualar la oferta de Kutxabank, tesis del Banco, que cuenta a su favor con la acreditación que resulta del doc. 1 de la contestación, una comunicación de fecha 31 de mayo de 2007 que Banco Popular les dirige a los demandantes en la que les comunica que "hemos igualado las condiciones de la Oferta Vinculante de Subrogación del Préstamo Hipotecario".

"7. Aunque para la resolución recurrida esa comunicación, cuya autenticidad no cuestiona, no acredita que la oferta igualada fuera de un préstamo multidivisa, para nosotros no existe ninguna duda de que fue así, pues en otro caso no tendría sentido alguno lo que se afirma en tal comunicación. No se "igualan" una oferta de un préstamo en euros con otra de un préstamo multidivisa. Y, si la actora quiere poner en entredicho lo que consideramos que es el recto sentido de lo que se dice en esa comunicación, debería haber aportado esa oferta de Kutxabank para que el tribunal pudiera conocer su contenido efectivo. Ante la falta de aportación no nos queda otro remedio que valorar esa comunicación de la forma que consideramos más razonable posible y eso significa aceptar que los términos de las condiciones igualadas coinciden con la oferta de la otra entidad".

4.- Estas conclusiones fácticas, sus premisas y la lógica de los razonamientos a través de los que se alcanzan podrán resultar discutibles o ser objeto de controversia, pero no implican en ningún caso una quiebra de las reglas de la carga de la prueba, porque no parten de la negación o ausencia de prueba de tales hechos, sino de su afirmación. En consecuencia, el motivo se desestima.

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

1.- El segundo motivo, formulado al amparo del art. 469.1.4.º LEC, se funda en "la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, concretamente del derecho a la tutela judicial efectiva alegando expresamente existencia de error patente en la valoración de la prueba".

2.- En su desarrollo identifica el medio de prueba sobre el que se habría proyectado el error, en concreto el documento n.º 1 aportado con la contestación a la demanda, consistente en una comunicación emitida por la recurrida en la que afirma que "[...] hemos igualado las condiciones de la oferta vinculante de subrogación



del préstamo hipotecario", comunicación de la que la Audiencia ha inferido la existencia de una oferta previa de un préstamo multidivisa de una tercera entidad.

**QUINTO.-** *Decisión de la sala. Inexistencia de un error patente en la valoración de la prueba. Desestimación.*

1.- Conviene recordar, como hemos hecho en innumerables ocasiones, que "en nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que enumera de forma tasada, como *numerus clausus*, el art. 469 LEC se refiere a la valoración de la prueba. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación" (por ejemplo, en las sentencias 535/2015, de 15 de octubre, 153/2016, de 11 de marzo, 26/2017, de 18 de enero y 229/2019, de 11 de abril).

2.- Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4.º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, y 411/2016, de 17 de junio (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, - material o de hecho -, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

3.- En definitiva, no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, y la excepcional revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador se encuentra limitada a la existencia de error patente, arbitrariedad o infracción de norma tasada de prueba, y exige que ese error sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a través de las actuaciones judiciales.

No concurren estos requisitos en el caso ahora enjuiciado, en el que el error, en caso de existir, no es meramente fáctico ni directamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones. Partiendo de un documento de cuya autenticidad y contenido no se discute (la comunicación de 31 de mayo de 2007 que Banco Popular dirige a los demandantes), el tribunal de apelación infiere de la interpretación de su texto y de la ausencia de aportación de la oferta realmente hecha por Kutxabank, entidad a la que previamente habían acudido los demandantes, que la referencia a la igualación de la oferta de esta última, en el contexto de una operación de subrogación de otra entidad en el préstamo hipotecario inicial, conforme al art. 2 de la Ley 2/1994, de 30 de enero, debía referirse en todo caso a una oferta de un préstamo multidivisa, pues sólo así la novación finalmente formalizada podía responder a esa afirmación de igualar la oferta anterior. De esta valoración podrá disentirse, incluso podrá ser apreciada como discutible o no suficientemente fundada, pero lo que no cabe es entender que incurre en error patente, arbitrariedad o en infracción de norma tasada de prueba. Tampoco reviste carácter de error meramente fáctico y directamente verificable a la vista de las actuaciones.

4.- Además, como se advierte de contrario y hemos declarado reiteradamente, resulta contradictorio que al mismo tiempo se denuncie error en la valoración de la prueba (como se hace en este motivo) e infracción de la carga de la prueba (como se hace en el anterior), puesto que las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC son aplicables justamente en ausencia de prueba suficiente, no cuando se ha decidido con base en una determinada valoración de la prueba ( sentencias 12/2017, de 13 de enero y 484/2018, de 11 de septiembre).

**Recurso de casación.**

**SIXTO.-** *Formulación del único motivo. Admisibilidad.*

1.- El motivo se introduce con el siguiente encabezamiento:

"MOTIVO ÚNICO.- Por infracción de los arts. 1.265, 1.266 y 1.300 del Código Civil y arts. 60, 80.1 y 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias al considerar que la sentencia recurrida infringe los referidos preceptos y se opone y vulnera la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la procedencia de la nulidad de las cláusulas multidivisa en el caso de que la actuación de la entidad bancaria haya resultado relevante para la adecuada formación de la voluntad del cliente consumidor medio y haya existido déficit de información adecuada por parte de la entidad bancaria en el momento de contratar: exigencia de deber cualificado de información y existencia de déficit de información y trascendencia



y relevancia del mismo en la formación de la voluntad del cliente, tratándose de cliente consumidor medio, sin experiencia ni formación en mercados de divisas".

2.- En su desarrollo se invoca la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, 840/2013, de 20 de enero, 323/2015, de 30 de junio, y 608/2017, de 15 de noviembre. Se alega, en esencia, que la entidad bancaria no cumplió el deber de facilitar al cliente, en el momento de la contratación, una información adecuada y suficiente acerca de los riesgos del contrato y de la carga económica que asume con su suscripción, información que reviste el carácter de cualificada cuando se trata de un cliente consumidor medio, sin experiencia ni conocimientos de mercado de divisas y en este tipo de hipotecas, y que tiene todos sus ingresos y ahorros en euros, por lo que las cláusulas sobre la opción multidivisa habría incurrido en falta de transparencia.

3.- Targo Bank en su escrito de oposición ha alegado que el recurso es inadmisibile por incurrir en (i) el defecto de hacer supuesto de la cuestión, al partir de premisas fácticas distintas de las fijadas en la instancia, en la que se concluyó que Kutxabank había hecho una oferta previa a los demandantes de un préstamo multidivisa que Banco Popular se limitó a igualar, y (ii) no justificar el interés casacional, pues las sentencias de esta sala que se citan en el motivo no han sido vulneradas por el fallo del tribunal de apelación.

4.- Estos óbices procesales no pueden ser acogidos. El primero porque la discrepancia de los recurrentes con una parte de los hechos que la Audiencia declaró probados, y que han sido combatidos infructuosamente por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, no resultan determinantes, como veremos a continuación, para la decisión del recurso. El segundo porque, a los efectos de decidir sobre la admisión del recurso, el requisito de la justificación del interés casacional queda satisfecho cuando en el recurso se citan dos o más sentencias de esta Sala Primera o una del Pleno, se razona cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ella, y además puede apreciarse la existencia de una identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias citadas y el caso objeto del recurso. Requisitos que el recurso del caso que ahora enjuiciamos cumple adecuadamente. El acierto o desacierto de las razones aducidas en el recurso no afecta a su admisibilidad, sino a su prosperabilidad.

5.- En consecuencia, la controversia, tal y como ha llegado configurada a esta sede casacional, ha quedado centrada sustancialmente en el debate relativo al control de transparencia de las cláusulas multidivisa y las consecuencias sobre su validez o nulidad.

**SÉPTIMO.** - *Decisión de la Sala. Falta de transparencia de la cláusula multidivisa. Consecuencias. Estimación.*

1.- El motivo, conforme a lo señalado, se funda esencialmente en la infracción legal que se habría cometido en la aplicación de los preceptos que regulan el control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores, y entre estos los arts. 80.1 y 82 TRLCU.

2.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso *RWE Vertrieb*, párrafos 44 y 49 a 51, de 30 de abril de 2014, caso *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13, párrafo 70, y de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, caso *OTP Bank*.

3.- En lo que se refiere a la hipoteca multidivisa, la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso *Andriuc*, declaró en su apartado 48:

"Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 50)".

Los apartados 49 de la sentencia *Andriuc* y 74 de la sentencia *OTP Bank* precisan cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas:

"En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos



los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1)".

El apartado 75 de la sentencia *OTP Bank*, en los mismos términos que lo hizo el apartado 50 de la sentencia *Andriuc*, añade:

"Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, 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 en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc* y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 50)".

**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 ofertan 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".

**5.-** El criterio empleado en la sentencia recurrida para valorar la importancia y 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.

**6.-** Conforme a la 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.

**7.-** 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 *Andriuc* 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.

**8.-** 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 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.

**9.-** En el presente caso, no se ha acreditado que la entidad financiera proporcionara 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. El juzgado de primera instancia, tras valorar la prueba, concluyó que "la parte actora no recibió la información completa y adecuada para valorar si le convenía el producto ofertado por la demandada". La Audiencia Provincial lejos de contradecir esta conclusión la confirmó: "en nuestro caso, aceptamos la conclusión a la que llega la resolución recurrida sobre la falta de prueba convincente acerca de la existencia de una información adecuada". Sin embargo, no extrajo de este hecho las consecuencias que se derivan de la jurisprudencia expuesta, al entender, erróneamente, que "ese presunto déficit en la información no justifica que declaremos que son nulos los pactos relativos a la opción multidivisa sino que se debe hacer el segundo juicio, esto es, el de perjuicio, que, como hemos visto, se traduce en un juicio de relevancia o trascendencia". Y al hacer este segundo juicio concluye que no existió dicho perjuicio porque existía una voluntad resuelta de los demandantes de contratar un préstamo en su modalidad multidivisa, que habrían suscrito incluso si hubiesen dispuesto de una información adecuada.

**10.-** Esta conclusión no puede ser confirmada. En primer lugar, el planteamiento que subyace en el razonamiento de la Audiencia refleja un entendimiento incorrecto del deber activo de información, propio del control de transparencia, que se impone al predisponente. Es necesario que se acredite que se proporcionó la información adecuada, y no es suficiente para satisfacer el control de transparencia con una invocación a la información que el consumidor haya podido obtener por su cuenta, en este caso a través de una oferta previa de otra entidad que, según estimó la Audiencia, habría consistido también en un préstamo multidivisa, respecto de la cual tampoco consta que hubiera ido precedida de una información precontractual adecuada.

Como recordamos en la sentencia 158/2019, de 14 de marzo, no puede convertirse la obligación de la entidad predisponente de informar adecuadamente a los potenciales clientes de este tipo de cláusulas, que alteran sustancialmente la economía del contrato, en la obligación del consumidor de procurarse la información al respecto.

En segundo lugar, en cuanto al perfil de los demandantes (un matrimonio jubilado con estudios primarios), tampoco aporta la Audiencia ningún dato o razonamiento que apunte en modo alguno a su conocimiento sobre el mercado de divisas. Incluso si se admitiese a efectos dialécticos que acudieron previamente a otra entidad bancaria para obtener información de esta modalidad de préstamo hipotecario, que habría conducido a la obtención de una oferta para subrogarla en el préstamo hipotecario concertado con Banco Popular, lo que pondría de manifiesto ese hecho es que no contaban con asesoramiento profesional externo, y que intentaban obtener información y asesoramiento de los empleados del propio banco, precisamente por no ser expertos en la materia. En el caso de que hubiera sido esta tercera entidad (Kutxabank) quien ofreció, sin responder a una iniciativa o petición previa de los demandantes, la modalidad del préstamo multidivisa con vistas a aquella posible subrogación, tampoco consta que con carácter previo se hubiera proporcionado por esa entidad información precontractual adecuada sobre la naturaleza y riesgos de este tipo de préstamos.

Como hemos dicho en otras ocasiones, incluso en los casos en que los prestatarios cuentan con un asesoramiento contractual externo, éste "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, y 392/2021, de 8 de junio).

**11.-** En definitiva, el problema estriba en que no se ha acreditado que se proporcionara al cliente información precontractual suficiente y adecuada, sin que el mero conocimiento del riesgo de la fluctuación del tipo de cambio de la divisa le permitiera conocer, por sí solo, los específicos riesgos que suponía la contratación



del préstamo hipotecario en divisas. En particular el incremento muy significativo, no sólo de las cuotas de amortización, sino también del saldo financiero de la deuda, en su equivalente en euros, a pesar del pago durante años de aquellas cuotas, así como el riesgo de que la hipoteca constituida, como consecuencia del incremento de la deuda, resultase insuficiente garantía, y esta insuficiencia (al quedar parte de la deuda fuera del límite de la responsabilidad hipotecaria inicialmente pactada) pudiese generar el vencimiento anticipado del préstamo en caso de que no se ampliase dicha garantía ( sentencias 669/2018, de 26 de noviembre, y 158/2019, de 14 de marzo). Circunstancia que se puede producir como consecuencia de que el importe de aquella responsabilidad hipotecaria, o la cifra máxima a que puede alcanzar, a diferencia de la deuda, no fluctúa en las hipotecas multidivisa, pues en todo caso deberá fijarse en "moneda nacional o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España" (vid. art. 219.1 del Reglamento Hipotecario, en relación con el art. 12 de la Ley Hipotecaria y 577.2 LEC, y sentencia 392/2021, de 8 de junio, entre otras).

**12.-** Como afirmamos en las anteriores sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, 599/2018, de 31 de octubre, y 493/2020, de 28 de septiembre, 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.

**13.-** 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.

**14.-** Por tales razones, el motivo del recurso debe ser estimado, al concurrir la infracción legal denunciada. Procede, en consecuencia, desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia.

**OCTAVO.** - *Costas y depósito.*

**1.-** Las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido desestimado, corresponden a los recurrentes. La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas que ha ocasionado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC.

**2.-** Respecto de las costas del recurso de apelación, que ha sido desestimado, deben imponerse a la parte apelante ( art. 398.1 LEC).

**3.-** Asimismo, procede acordar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, y la pérdida de los constituidos para la interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de apelación, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartados 8 y 9, 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-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, y estimar el recurso de casación interpuestos por D. Claudio y D.ª Emma contra la sentencia n.º 693/2018, de 25 de octubre, dictada por la Sección n.º 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 859/2017, que casamos y anulamos.

**2.º-** Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Targo Bank, S.A. contra la sentencia núm. 161/2017, de 26 de junio, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Barcelona, en el procedimiento ordinario 836/2016, que confirmamos.

**3.º-** No imponer las costas del recurso de casación. Las del recurso extraordinario por infracción procesal se imponen a los recurrentes, y las del recurso de apelación a la apelante.

**4.º-** Devolver al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación, y acordar la pérdida de los constituidos para los recursos extraordinario por infracción procesal y 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ