



Roj: **STS 2073/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2073**

Id Cendoj: **28079110012022100410**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2022**

Nº de Recurso: **1286/2019**

Nº de Resolución: **420/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 664/2019,**
STS 2073/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 420/2022

Fecha de sentencia: 24/05/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1286/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección Novena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 1286/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Andres Sanchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 420/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 24 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 117/2019 de 30 de enero, dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1586/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia, sobre nulidad de cláusula hipotecaria multidivisa.

Es parte recurrente Auge, en representación de sus socios D. Isaac y D.^a Mariola, representada por el procurador D. Javier Blasco Mateu y bajo la dirección letrada de D. Miguel Tomàs Perucho.

Es parte recurrida Bankinter S.A., representada por la procuradora D.^a Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de D. Juan Manuel Rodríguez Cárcamo.

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 Auge, Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales, actuando en interés de sus socios D. Isaac y D.^a Mariola, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en cuyos méritos se estime íntegramente esta demanda por lo que en consecuencia se declaren nulas las cláusulas referidas a la opción multidivisa que se incluyen en el citado préstamo y contratos vinculados por abusividad de las condiciones generales, entre las que se encuentra la cláusula financiera segunda y todas las referencias a la misma en el resto del clausulado, debido al incumplimiento del control de transparencia, declarando la misma abusiva y condenando a la demandada a dejar referenciado el citado préstamo a moneda euros según la paridad a 30 de julio de 2008, aplicando el interés pactado, y condenando al banco a recalcular las cuotas pagadas hasta la fecha con restitución del exceso pagado a mi mandante que según consta acreditado en el dictamen pericial aportado por esta parte asciende a cincuenta mil trescientos dieciocho euros con cuarenta y siete céntimos (50.318,47 €) 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.

" Subsidiariamente, se declare la anulabilidad por vicio del consentimiento basado en el error prestado por mi mandante a causa del incumplimiento de la entidad Bankinter, 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 referidas a la opción multidivisa que se incluyen en el citado préstamo y contratos vinculados, entre las que se encuentra la cláusula financiera segunda y todas las referencias a la misma en el resto del clausulado y condenando a la demandada a dejar referenciado el citado préstamo a moneda euros según la paridad a fecha 30 de julio 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 que según consta acreditado en el dictamen pericial aportado por esta asciende a cincuenta mil trescientos dieciocho euros con cuarenta y siete céntimos (50.318,47 €) 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".

2.- La demanda fue presentada el 18 de octubre de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia, fue registrada con el núm. 1586/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Víctor Pérez Mateu de Ros, en representación de Bankinter 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. 4 de Valencia, dictó sentencia 247/2017, de 11 de diciembre, cuyo fallo dispone:

"Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Francisco Javier Blasco Mateu en nombre y representación de la Asociación de Consumidores y Usuarios de Servicios Generales, que actúa en nombre de Isaac y Mariola, contra la entidad Bankinter, S.A. respecto a la acción de nulidad ejercitada en primer lugar, y estimando la acción de anulabilidad por error como vicio del consentimiento de forma subsidiaria,



debo declarar y declaro la anulabilidad por error en el consentimiento de la cláusula multidivisa contenida en el préstamo hipotecario con fecha de 30 de julio de 2008 cuya escritura fue otorgada y autorizada por el Notario D. Ramón Costa y Fabra, y en particular la recogida en la cláusula financiera segunda, así como de todas aquellas cláusulas que hagan referencia a la misma, condenando a la entidad demandada a dejar referenciado el citado préstamo a moneda euros según la paridad a fecha de 30 de julio de 2008, aplicando el interés pactado, así como a recalcular las cuotas pagadas hasta la fecha actual con restitución del exceso pagado por el cliente, con imposición de las costas a la parte demandada".

Con fecha 14 de febrero de 2018 se dictó auto de aclaración que no modificó el fallo de la sentencia.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankinter S.A. y la representación de Auge, en interés de D. Isaac y D.^a Mariola, se opuso al recurso y formuló impugnación de la sentencia, a la que a su vez se opuso Bankinter S.A.

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 1505/2018, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 117/2019 de 30 de enero, cuyo fallo dispone:

"Estimamos parcialmente el recurso de apelación articulado por la representación de Bankinter SA contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia 4 de Valencia de 11 de diciembre de 2017, que revocamos y dejamos sin efecto.

" Desestimamos la demanda formulada por AUGE en representación de Don Isaac y Doña Mariola contra Bankinter S.A, a la que absolvemos de las peticiones deducidas contra ella, con imposición a la demandante de las costas de la primera instancia.

" Respecto de las costas del recurso de apelación cada una de las partes deberá soportar las causadas a su instancia y las comunes por mitad, con restitución a la recurrente del importe del depósito constituido para apelar.

" Se imponen a AUGE las costas procesales derivadas de la impugnación de la sentencia".

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

1.- El procurador D. Francisco Javier Blasco Mateu, en representación de Auge, en interés de D. Isaac y D.^a Mariola, interpuso recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación fue:

"Infracción legal, por interpretación errónea y consiguiente inaplicación de los preceptos legales que regulan el control de abusividad de las cláusulas no negociadas y, más precisamente, el control de transparencia, en concreto los arts. 60.2, 80.1 y 82 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (TRLUCU), que desarrollan las previsiones de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores".

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 22 de diciembre de 2021, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Auge, en representación de sus socios D. Isaac y D.^a Mariola 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 11 de mayo de 2022 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- La asociación de consumidores Auge, actuando en interés de sus asociados D. Isaac y D.^a Mariola, interpuso una demanda contra Bankinter S.A. (en lo sucesivo, Bankinter), en la que, como pretensión principal, solicitó que se declarara la nulidad de las cláusulas referidas a la opción multidivisa que se incluyen en el préstamo hipotecario concertado por las partes debido al incumplimiento del control de transparencia y, subsidiariamente, que tales cláusulas se declararan nulas por error vicio del consentimiento.



2.- El Juzgado de Primera Instancia consideró que el banco demandado incumplió sus deberes de información porque no facilitó información precontractual, pero desestimó la pretensión formulada con carácter principal porque el art. 79 de la Ley del Mercado de Valores no establecía que la consecuencia de tal incumplimiento fuese la nulidad del contrato sino la apertura de un expediente sancionador. Al analizar la pretensión ejercitada con carácter subsidiario, consideró que esa falta de información sobre los riesgos del préstamo hipotecario multidivisa determinaba la existencia de un error esencial y excusable, por lo que la estimó.

3.- Bankinter interpuso un recurso de apelación para que la demanda fuera plenamente desestimada y Auge impugnó la sentencia para que se estimara la pretensión que habían formulado con carácter principal. La Audiencia Provincial estimó el recurso formulado por Bankinter pues no cabía pedir la nulidad parcial de un contrato con base en un vicio del consentimiento y la nulidad debía analizarse desde la perspectiva de la transparencia y la abusividad de las cláusulas. Y desestimó la impugnación de Auge porque, al tiempo de la celebración del contrato, sus socios contaron con la información necesaria para conocer los riesgos que comportaba la suscripción del préstamo en divisa extranjera y los mecanismos de funcionamiento del cambio de divisa, lo que basaba en las siguientes consideraciones:

"La documentación aportada por la entidad bancaria revela que los prestatarios no eran clientes de la misma al tiempo de concertar la operación, consta una solicitud firmada para la suscripción de la hipoteca multidivisa y el uso habitual (y desde el inicio de la relación) de la banca electrónica, a través de los numerosos accesos documentados en el procedimiento, lo que sitúa a los mismos por encima del parámetro de partida (consumidor medio) a los efectos de valorar su decisión de suscripción de la hipoteca multidivisa.

" Afirmamos lo anterior al hilo de considerar relevante el hecho de que, habiéndose suscrito el contrato en el mes de julio de 2008, los prestatarios efectuasen un primer cambio de divisa (de yenes a francos suizos) en el mes de septiembre con las consecuencias que se derivan de la liquidación aportada, esto es apenas dos meses después. Y en el mes de diciembre del año siguiente, hicieron el cambio de francos suizos a euros (nuevamente con las consecuencias que se derivan de la liquidación aportada), moneda en la que se ha continuado hasta el momento y por referencia a la cual solicitan la modificación, si bien con retroacción a la fecha de otorgamiento de la escritura.

" Lo expuesto nos conduce a considerar que la parte prestataria era conocedora de las fluctuaciones en el cambio y de las consecuencias que de ello se derivaban en relación con el préstamo suscrito, atendido el comportamiento económico descrito".

4.- Auge ha interpuesto un recurso de casación que ha sido admitido.

5.- Las objeciones que Bankinter ha hecho a la admisión del recurso no pueden ser estimadas pues el recurso no altera la base fáctica de la sentencia de la Audiencia Provincial, respeta la valoración de la prueba (cuestión distinta son las conclusiones jurídicas que la Audiencia Provincial extrae de tal prueba) y, en definitiva, cumple los requisitos exigibles para la admisión a trámite del recurso.

SEGUNDO.- *Formulación del recurso*

1.- En el encabezamiento del motivo, la recurrente invoca la infracción de los arts. 60.2, 80.1 y 82 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2.- La infracción se habría cometido porque la sentencia de la Audiencia Provincial es contraria a la jurisprudencia sobre el control de transparencia de estas cláusulas pues los tres elementos que la Audiencia Provincial tiene en cuenta (que los prestatarios no eran clientes de Bankinter cuando concertaron la operación por lo que la iniciativa de contratar el préstamo hipotecario multidivisa partió de ellos, que realizaron numerosas conexiones a la banca online y que efectuaron sendos cambios de divisa en un periodo próximo a la contratación del préstamo) no son relevantes para entender superado el control de transparencia.

TERCERO.- *Decisión del tribunal: falta de transparencia de las cláusulas relativas a divisa, por déficit de información sobre los riesgos asociados a tales cláusulas*

1.- Bankinter, en su oposición al recurso, afirma unos hechos que no son los fijados en la sentencia de la Audiencia Provincial. En concreto, afirma que entregó a los consumidores, antes de la celebración del contrato, un documento con información sobre los riesgos del préstamo. Pero ese hecho no resulta de la sentencia recurrida. En primer lugar, es significativo que la Audiencia Provincial no modifique expresamente la declaración que el Juzgado de Primera Instancia, en términos tajantes, realiza respecto de que Bankinter no informó a los prestatarios sobre los riesgos del préstamo antes de la firma del mismo, y, en concreto, que no consta que entregara el documento a que ahora hace referencia Bankinter porque no hay en el mismo firma alguna. Además, la única referencia que hace la sentencia de la Audiencia Provincial a dicho documento es al enumerar, de una forma meramente descriptiva, los documentos aportados por las partes con la demanda



y con la contestación a la demanda, respectivamente, precisando la sentencia, para referirse al documento que Bankinter considera fundamental, que consiste en "una hoja sin firma" acompañada a otro documento. Y, finalmente, al valorar las pruebas practicadas, los únicos hechos que la Audiencia fija conforme a las pruebas practicadas son los antes mencionados: que los asociados de Auge no eran anteriormente clientes de Bankinter, que desde la suscripción del contrato hicieron uso de la banca electrónica y que tras la celebración del contrato hicieron dos cambios de divisa.

2.- Estos hechos que la Audiencia Provincial considera relevantes para decidir que las cláusulas impugnadas superan el control de transparencia carecen de tal relevancia conforme a nuestra jurisprudencia. En primer lugar, que los consumidores no fueran anteriormente clientes del banco y, en consecuencia, que la iniciativa de contratar el préstamo multdivisa partiera de ellos, no eximía al banco de su obligación de informar sobre tales riesgos, ni le permitía dar por supuesto que los consumidores los conocían.

3.- 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. Así lo hemos declarado en las sentencias 29/2022, de 18 de enero y 395/2022, de 11 de mayo.

4.- Que, una vez iniciada la relación contractual con Bankinter, los consumidores hicieran uso de la banca electrónica, lo que, según la Audiencia Provincial, "sitúa a los mismos por encima del parámetro de partida (consumidor medio) a los efectos de valorar su decisión de suscripción de la hipoteca multdivisa", tampoco es un hecho relevante por sí solo. Sin perjuicio de lo cuestionable de que este hecho permita considerar que los prestatarios fueran consumidores por encima del nivel del consumidor medio, ello solo redundaría en una mayor facilidad para entender la información sobre los riesgos del producto si tal información les hubiera sido facilitada, pero no permite suplir la carencia de información sobre los riesgos más relevantes del producto en cuestión.

5.- Que los prestatarios hicieran uso de la posibilidad de cambiar de divisa en dos ocasiones en un periodo relativamente próximo a la suscripción del préstamo no constituye un hecho significativo de que los consumidores hubieran recibido la información adecuada sobre los riesgos de ese contrato con antelación suficiente a su celebración.

6.- Por último, las menciones estereotipadas y predisuestas por Bankinter, relativas al conocimiento de los riesgos por los prestatarios y a la exoneración de responsabilidad al banco, carecen de validez y eficacia. En la sentencia 47/2021, de 2 de febrero, con cita de numerosas sentencias anteriores, hemos considerado ineficaces las menciones predisuestas que consisten en declaraciones de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación, entre los que destaca el de la contratación con consumidores, resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con pasar a la firma del consumidor menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente, o eximiera al predisponente de facilitarle la información a que está obligado.

7.- En conclusión, no ha quedado acreditado en la instancia que se diera a los consumidores una información suficiente y adecuada sobre los riesgos básicos de este tipo de préstamo: que la evolución de la paridad entre la divisa y el euro podía determinar que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar pudiera no disminuir, o incluso incrementarse, pese al pago regular de las cuotas del préstamo; que la equivalencia en euros de la cuota de amortización del préstamo podía fluctuar tan drásticamente que les hiciera difícil afrontar su pago; y que esta fluctuación podía determinar una situación de infra garantía. La extensa jurisprudencia de esta sala sobre esta cuestión, resumida en la reciente sentencia 829/2021, de 30 de noviembre, nos exime de mayores consideraciones sobre esta cuestión. Y esta falta de información precontractual adecuada determina que las cláusulas cuestionadas no superen el control de transparencia.

8.- En las sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, 599/2018, de 31 de octubre, 493/2020, de 28 de septiembre, 391/2021 y 392/2021, ambas de 8 de junio, y 29/2022, de 18 de enero, 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 compararse 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.

9.- Respecto de las alegaciones hechas por la recurrida en su oposición al recurso, que el Abogado General haya considerado que la ausencia en estos contratos de una cláusula que permita el cambio de divisa supone una transmisión ilimitada e irreversible del riesgo de tipo de cambio al consumidor no implica, como pretende la recurrida, que la existencia de esa cláusula releve a la predisponente de sus obligaciones de información precontractual sobre los graves riesgos que para el consumidor supone la concertación de este tipo de contratos.

10.- En este caso, los cambios de divisa realizados por los consumidores no impiden la estimación de la pretensión de nulidad de las cláusulas abusivas. Solo implican que los efectos restitutorios de esa nulidad serán los que sean consecuencia de que el capital del préstamo estuvo representado en divisas extranjeras durante un determinado periodo y que incluirán las consecuencias desfavorables de ambos cambios de divisa, que hicieron efectivo uno de los riesgos de los que no fueron advertidos los consumidores pues consolidaron el incremento de la equivalencia en euros del capital prestado en divisa producido hasta ese momento. En la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, declaramos que la exigencia de medios de limitación del riesgo tales como la posibilidad de cambiar la divisa en la que está representado el capital del préstamo y, en concreto, cambiar a la moneda en que el prestatario tiene sus ingresos, contenida en el art. 23 de la Directiva 2014/17/UE, no releva al banco de sus obligaciones de información precontractual. La inclusión de esta cláusula no es una alternativa a la obligación de informar al prestatario sobre los riesgos. Además, la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no ha informado previamente al cliente de las consecuencias de la conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo. No es admisible, como pretende la recurrida, que cuando uno de los riesgos principales del préstamo es 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, el prestatario que no recibió información adecuada sobre tal riesgo antes de la celebración del contrato haya de sufrir sus consecuencias cuando ese riesgo se hace efectivo al cambiar de divisa.

11.- La recurrida considera que debe respetarse el efecto económico de los cambios de divisa porque la cláusula que permite el cambio de divisa no solo no es abusiva, sino que además es un mecanismo de protección del consumidor incorporado por la Directiva 2014/17/UE y por la Ley 5/2019, de 15 de marzo. Esta tesis es correcta en el contexto de un contrato válido y de un consentimiento plenamente informado, en cuyo caso el cambio de divisa puede actuar como elemento de contención del riesgo porque se conoce tal riesgo. Sin embargo, cuando las cláusulas multidivisa se declaran abusivas por falta de transparencia, como es este caso, esa posibilidad, que en sí misma no es abusiva, deja de ser operativa, porque así lo exige el principio de no vinculación. Si la posibilidad de cambiar la divisa siguiera siendo operativa pese a la abusividad del resto de cláusulas relacionadas con las divisas, el consumidor podría sufrir el perjuicio de consolidar el recálculo del capital pendiente inherente a una conversión realizada en escenarios desfavorables.

12.- Bankinter alega que este tribunal debe modificar su jurisprudencia a la vista de lo declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 3 de octubre de 2019, asunto C-260/18, caso *Dziubak* . Esta misma pretensión fue formulada en el recurso 5284/2017, y la sentencia dictada en aquel recurso, la 776/2021, de 10 de noviembre, rechazó tal pretensión, al declarar:

"La STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-260/18, *Dziubak*) no afecta a lo que hasta ahora hemos venido manteniendo, puesto que aborda la cláusula del tipo de cambio directamente desde el punto de vista de su desequilibrio, causante de abusividad, y no desde el punto de vista de su transparencia (aunque la falta de ésta pueda comportar aquella). Además, se trataba de un supuesto de un préstamo indexado en divisas, es decir, en el que las operaciones de cambio de moneda (para entregar el capital del préstamo y para devolverlo) no tenían lugar, al utilizarse dicho tipo de cambio simplemente como un índice de referencia del capital adeudado en moneda nacional (polaca en aquel caso). Supuesto distinto del caso del préstamo multidivisa, en el que las operaciones de cambio se producen como medio de ejecución de las prestaciones del contrato (STJUE Banif Plus), que es el caso ahora planteado (el capital se entregó en yenes japoneses y debía amortizarse en dicha moneda).

" Es decir, dentro de la jurisprudencia del TJUE sobre préstamos en los que interviene una moneda extranjera hay que distinguir dos supuestos:



" (i) por un lado, está la doctrina sobre préstamos multdivisa propiamente dichos, que son préstamos garantizados con hipoteca, destinados generalmente a la adquisición de vivienda, que se pueden denominar, a elección del deudor, en alguna de las divisas pactadas en el contrato, establecida en las SSTJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14, Banif Plus Bank); 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16, Andriciu); y 20 de septiembre de 2018, (asunto C-51/17, OTP Bank); y que realmente funcionan en la divisa extranjera elegida, porque la cantidad recibida y las amortizaciones se hacen en esa moneda;

" (ii) por otro, los préstamos indexados a divisas, que son préstamos hipotecarios con un importe denominado, para toda la vigencia del mismo, en una sola divisa distinta del euro, en cuyo caso, de pactarse a interés variable, el índice de referencia suele estar relacionado con la moneda en la que se denomina el préstamo; que son a los que se refiere la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-260/18, Dziubak), y aquí no hay transacciones efectivas en la moneda extranjera, sino que únicamente se toma como base de cálculo a efectos del tipo de cambio".

13.- Por otra parte, la exposición que la recurrida hace de esa sentencia y de otras resoluciones en las que el TJUE se remite a ella, no es correcta. En primer lugar, en el auto de 18 de noviembre de 2021, asunto C-655/20, el TJUE no toma en consideración lo dispuesto en la sentencia *Dziubak* al analizar las posibles consecuencias de una eventual declaración de nulidad del IRPH, como pretende la recurrida, sino para afirmar, respecto de la apreciación de oficio por el juez de la nulidad de las cláusulas abusivas, que "ese juez no está obligado a excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, otorgando así un consentimiento libre e informado a esa cláusula". Nada tiene que ver, por tanto, con las cuestiones debatidas en este recurso.

14.- En la sentencia de 3 de octubre de 2019, asunto C-260/18, caso *Dziubak*, el TJUE atribuye al juez nacional la decisión, conforme a las normas del Derecho interno, de si es jurídicamente posible la persistencia del contrato sin las cláusulas abusivas pues la Directiva 93/13/CEE deja al ordenamiento jurídico nacional la tarea de establecerlo con observancia del Derecho de la Unión. Esta observancia del Derecho de la Unión se concreta, según el TJUE, en que la posición de una de las partes en el contrato no pueda considerarse el criterio determinante que decida sobre el ulterior destino del contrato.

15.- En nuestro Derecho interno es posible la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario con la supresión de las cláusulas relativas a divisas, tal como ha declarado la jurisprudencia, al sustituirse las cláusulas abusivas por el régimen contractual previsto en el contrato que permite que el capital esté denominado en euros y las cuotas de amortización se fijen también en euros, cumpliendo así las exigencias del Derecho interno cuyos arts. 1170 del Código Civil y 311 del Código de Comercio exigen la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias.

16.- Esta sustitución de las cláusulas abusivas por la regulación contractual del préstamo en euros y la restitución por el predisponente de lo indebidamente pagado en exceso por los prestatarios por la aplicación de las cláusulas abusivas, es el medio para que el consumidor no quede vinculado a la cláusula abusiva y no recaiga en él el riesgo derivado de las cláusulas relativas a las divisas, sobre las que no se prestó información precontractual adecuada al consumidor, como exige el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. En este sentido, declara el TJUE en la sentencia de 31 de marzo de 2022, asunto C-472/20, caso *Lombard* :

"[...] la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva (sentencia de 31 de mayo de 2018, Sziber, C-483/16, EU:C:2018:367, apartado 34 y jurisprudencia citada)".

17.- La afirmación del TJUE en la citada sentencia *Dziubak* relativa al carácter "incierto" de la subsistencia del contrato tras la supresión de las cláusulas relativas al riesgo del tipo de cambio está estrechamente relacionada con las circunstancias del caso, referidas en los apartados 35 y 36, en concreto, las características del contrato, diferentes de las del que es objeto de este litigio.

18.- Esta diferencia entre el caso objeto de la sentencia del TJUE y el que es objeto de nuestro recurso se produce no solamente por las razones expuestas en nuestra sentencia 776/2021, de 10 de noviembre, sino también porque en el caso objeto de la sentencia *Dziubak*, pese a la eliminación de la indexación a la moneda extranjera, el tipo de interés seguiría basado en el tipo, más bajo, de esa misma moneda. Sin embargo, en el caso objeto de este recurso, la supresión de las cláusulas relativas a divisas supone la aplicación del régimen contractual previsto para la fijación del capital y de las cuotas en euros, en el que el tipo de interés es más elevado porque el índice de referencia no es el Libor sino el Euribor, sin que la escasa reducción del diferencial (medio punto porcentual) sirva para compensar la diferencia entre uno y otro índice de referencia. Por tanto, se



sustituyen las cláusulas abusivas por otro sistema de fijación del interés remuneratorio que las propias partes habían fijado en el contrato.

19.- No se está haciendo uso de la *blue pencil rule*. Esta es una técnica destinada a la reducción conservativa de la cláusula abusiva, pero en el presente caso no se "reduce" la abusividad de las cláusulas relativas a divisas mediante una eliminación de algunos fragmentos o pasajes de las mismas, sino que se anulan en su totalidad las cláusulas relativas a divisas, por ser abusivas.

20.- La atribución al profesional del riesgo de depreciación del euro frente a la divisa no es consecuencia de una norma de Derecho interno sino del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. De no ser así, el consumidor quedaría vinculado a la cláusula abusiva pues se haría recaer sobre él justamente el riesgo del que la entidad bancaria no le informó adecuadamente, debiendo haberlo hecho, lo que determinó el carácter abusivo de las cláusulas relativas a divisas.

21.- Por último, Bankinter solicita en su escrito el planteamiento de varias cuestiones prejudiciales al TJUE. Tal solicitud ya fue formulada por dicha recurrida en el escrito de oposición al recurso 5284/2017 y recibió adecuada respuesta desestimatoria en la sentencia 776/2021, de 10 de noviembre, en la que declaramos:

"A criterio de este Tribunal Supremo, tampoco es necesario el planteamiento de petición de decisión prejudicial en relación con las demás cuestiones, tanto en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJ de 6 de octubre de 1982, Cilfit, C-283/81 y STJUE de 6 de octubre de 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi, C-561/19) como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 13 de julio de 2021, Bio Farmland, 43639/17).

" Tales cuestiones están resueltas explícita o implícitamente en las SSTJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, Andriuciu ; y 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, OTP Bank; y por tanto no es necesario el planteamiento de nuevas peticiones de decisión prejudicial, por cuanto el significado y alcance del Derecho comunitario aplicable ha quedado ya claro ("cuando la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con una evidencia tal que no deja lugar a duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada", en palabras del propio Tribunal Europeo en la mencionada sentencia de 6 de octubre de 1982, Cilfit, C-283/81) y ha sido aclarado en decisiones previas.

" La STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, Andriuciu, 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 Andriuciu 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 Andriuciu, 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, Andriuciu y otros, C 186/16, EU:C:2017:703, apartado 50)"



22.- En definitiva, la jurisprudencia del TJUE sobre esta materia, que este tribunal ha tomado en consideración para resolver el recurso, es abundante y la interpretación de las normas de Derecho de la Unión Europea aplicables para resolver el litigio han de considerarse como un "acto aclarado".

23.- La consecuencia de lo anterior es que procede estimar la impugnación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia formulada por Auge, en interés de sus socios D. Isaac y D.^a Mariola, y, consecuentemente, estimar la demanda formulada por estos contra Bankinter, siendo los efectos de tal nulidad los que se produjeron como consecuencia de estar representado el capital en divisas extranjeras durante el periodo transcurrido desde que se concertó el préstamo hasta que la moneda elegida para representar el capital fue el euro, incluyendo las pérdidas provocadas a los prestatarios por los sucesivos cambios de moneda.

24.- Dado que la resolución de la impugnación es un antecedente lógico a la resolución del recurso de apelación, pues la impugnación venía referida a la acción ejercitada con carácter principal y la estimación de esta impide entrar a conocer de la acción ejercitada con carácter subsidiario, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por Bankinter.

CUARTO.- Costas y depósito

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación ni de la impugnación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que resultan estimados, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Tampoco procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación puesto que la estimación de la acción subsidiaria por parte del Juzgado de Primera Instancia fue incorrecta, por más que en esta sede la estimación de la impugnación tenga como consecuencia la desestimación del recurso de apelación.

3.- Respecto de las costas de primera instancia, procede imponer las costas a la demandada, al declararse la nulidad de las cláusulas abusivas y los efectos consecuencia de tal nulidad.

4.- 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 Auge, en interés de sus socios D. Isaac y D.^a Mariola, contra la sentencia 117/2019 de 30 de enero, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 1505/2018

2.- Casar la expresada sentencia y, en su lugar, estimar la impugnación formulada por Auge, en interés de sus socios D. Isaac y D.^a Mariola, contra la sentencia 247/2017, de 11 de diciembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valencia, y acordar:

2.º.1.- Estimar la demanda interpuesta por Auge, en interés de sus socios D. Isaac y D.^a Mariola, contra Bankinter S.A.

2.º.2.- Declarar la nulidad de las cláusulas referidas a la opción multidivisa que se incluyen en el préstamo hipotecario concertado por Isaac y D.^a Mariola y Bankinter S.A. el 30 de julio de 2008.

2.º.3.- Condenar a Bankinter S.A. a dejar referenciado el citado préstamo a moneda euros según la paridad a 30 de julio de 2008, aplicando el interés pactado para la moneda euro, y a recalcular las cuotas pagadas como si el préstamo hubiera sido concertado fijando el capital en euros y se hubieran pagado las cuotas de amortización en euros, con restitución del exceso pagado por los prestatarios o, en su caso, con aplicación de dicho exceso de pago realizado a la amortización del capital y fijando el capital pendiente de pago en euros, debiendo correr el banco con todos los gastos derivados de tal conversión a euros

2.º.4.- Condenar a Bankinter S.A. al pago de las costas de primera instancia y no hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación ni de la impugnación.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.

4.º- Devolver a la 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ