



Roj: **STS 2626/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2626**

Id Cendoj: **28079110012020100434**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/07/2020**

Nº de Recurso: **4061/2017**

Nº de Resolución: **454/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 7278/2017,**
STS 2626/2020,
AATS 8986/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 454/2020

Fecha de sentencia: 23/07/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4061/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/07/2020

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 10

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4061/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 454/2020

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres



D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 23 de julio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D.^a Remedios y de D. Pablo Jesús, representados por la procuradora D.^a Inmaculada Osset Pérez-Olagüe, bajo la dirección letrada de D. Jaime Concheiro Fernández y de D.^a Almudena Vázquez Vilarriño, contra la sentencia núm. 241/2017, de 30 de mayo, dictada por la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 178/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 381/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 86 de Madrid, sobre contrato de hipoteca multidivisa. Ha sido parte recurrida Kutxabank S.A., representada por la procuradora D.^a Ana Prieto Lara-Barahona y bajo la dirección letrada de D. Iñigo Barrutia Olasolo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Inmaculada Osset Pérez-Olagüe, en nombre y representación de D.^a Remedios y D. Pablo Jesús, interpuso demanda de juicio ordinario contra Kutxabank S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"en la que:

"1.- Se declare la anulabilidad o nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario en todos los contenidos referentes a la opción multidivisa, declarando la subsistencia del contrato como si el mismo hubiese sido otorgado en euros.

"2.- Se condene a recalcular el cuadro de amortización con la cantidad prestada en euros y aplicando el tipo de interés pactado en la escritura más el diferencial estipulado.

"3.- Tras el cálculo anterior, se condene a la entidad a tener en cuenta los pagos realizados por mis representados hasta la fecha en que se dicte sentencia y, en la parte que excedan de las cuotas comprensivas de capital e intereses que correspondería con arreglo al nuevo cuadro de amortización, más los intereses legales que correspondan, dichos importes sean objeto de restitución a mis representados, y en el caso de que en alguna cuota la cantidad pagada por mis representados sea inferior a la determinada en euros, la diferencia, más los intereses legales que correspondan, sea satisfecha también por mis representados.

O bien, subsidiariamente, que la cantidad resultante anterior se aplique a reducir el importe pendiente de amortización del préstamo.

"3.- (sic) Todo ello, con imposición, en caso de oposición, de las costas causadas a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 5 de abril de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 86 de Madrid, se registró con el núm. 381/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Ana Prieto Barahona, en representación de Kutxabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la condena en costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 86 de Madrid dictó sentencia n.º 432/2016, de 5 de diciembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de Remedios y Pablo Jesús, contra KUTXABANK S.A., resultan adecuados los siguientes pronunciamientos:

"1º. Declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario, suscrito entre las partes en fecha 17 de septiembre de 2007, en todos los contenidos referentes a la opción multidivisa, declarando la subsistencia del contrato como si el mismo hubiese sido otorgado en euros.

"2º. Condeno a la demandada a recalcular el cuadro de amortización con la cantidad prestada en euros y aplicando el tipo de interés pactado en la escritura más el diferencial estipulado. Tras el cálculo anterior, se condena a la entidad a tener en cuenta los pagos realizaos por el actor y su mujer hasta la fecha de dictado de la presente sentencia y en la parte que excedan de las cuotas comprensivas del capital e intereses que correspondería con arreglo al nuevo cuadro de amortización, más los intereses legales que correspondan. Dichos importes serán objeto de restitución al actor y su mujer, y en el caso de que en alguna cuota la cantidad pagada por el actor y su mujer sea inferior a la determinada en euros, la diferencia, más los intereses legales que corresponda, será satisfecha también por el actor y su mujer.



"3º. Condeno a la demandada al pago de las costas causadas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Kutxabank S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 178/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de mayo de 2017, cuya parte dispositiva establece:

"La Sala, estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Ana Prieto Lara-Barahona, en representación de "Kutxabank, S.A.", contra la sentencia dictada en fecha 5 de diciembre de 2016 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 86 de Madrid, en autos de procedimiento ordinario nº 381/2016; acuerda revocar dicha resolución en los siguientes términos:

"1.- Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Inmaculada Osset Pérez-Olagüe, en representación de D. Pablo Jesús y Doña Remedios, como actores, contra "Kutxabank, S.A.", como demandada; no procede declarar la anulabilidad ni la nulidad del contrato de préstamo objeto de litigio, absolviendo a la demandada de los pedimentos formulados en la demanda.

"2.- Con expresa imposición a la parte actora de las costas procesales causadas en primera instancia.

No efectuándose pronunciamiento con respecto a las costas originadas en esta instancia".

3.- La representación procesal de los apelados solicitó el complemento de la anterior sentencia, que fue denegado mediante auto de 18 de julio de 2017 por la Audiencia Provincial.

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

1.- La procuradora D.ª Inmaculada Osset Pérez-Olagüe, en representación de D. Pablo Jesús y de D.ª Remedios, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Único.- Al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC en relación con los artículos 24 y 120.3 de la Constitución Española y los artículos 218.1 y 218.2 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, respecto a la manifiesta incongruencia y falta de motivación de la resolución de segunda instancia y su complemento de Sentencia, por cuanto ninguno de ellos se pronuncia realmente sobre la acción nulidad del préstamo multidivisa en relación a la existencia de Condiciones Generales de la Contratación en el contrato. Exigencia de un verdadero pronunciamiento respecto a la normativa de Condiciones Generales de la Contratación."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, la Sentencia recurrida infringe los artículos 2.b); 63.2. g) y 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio de Mercado de Valores en su redacción dada por la Ley 37/1998 de 16 de noviembre vigente en el momento de la contratación del préstamo hipotecario multidivisa objeto de esta *litis*, así como la Doctrina jurisprudencial fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 323/2015, del Pleno de la Sala 1ª de lo Civil de fecha 30 de junio de 2015, por la que se determina que la hipoteca con opción multidivisa es un instrumento financiero derivado y, por tanto, incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el citado art. 2.b y 63.2.g) de dicha ley. Existe interés casacional porque la Sentencia recurrida prescinde de tal doctrina jurisprudencial. Se solicita la ratificación de criterios de esta Sala, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 3 de diciembre de 2015 (ECLI:EU:C:2015:794) (Banif & Lantos, o Caso Lantos) sobre si el préstamo hipotecario con opción multidivisa lleva inserto un instrumento financiero derivado, estando así obligada la entidad prestamista a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en concreto el artículo 79 de dicha Ley en su redacción dada por la Ley 37/1998 de 16 de noviembre, así como el Real Decreto 629/1993 de 3 de mayo (Directiva pre MIFID) vigente en la fecha de contratación de la hipoteca multidivisa.

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, la Sentencia recurrida infringe los artículos 1.311 y 1.313 del Código Civil, así como la Doctrina jurisprudencial fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 11/2017, de la Sala 1ª de lo Civil de fecha 13 de enero de 2017 (RJ 2017\21), la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 269/2017, de la Sala 1ª de lo Civil de fecha 4 de mayo de 2017 (RJ 2017\2683), y la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 605/2016, de la Sala 1ª de lo Civil de fecha 6 de octubre de 2017 (RJ 2016\4773), [...].

"Tercero.- [...], al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, infracción de los artículos 5, 7 y 8 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, así como de los artículos 60.1, 80.1, 82 y 83 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con la incorrecta aplicación de la Doctrina



jurisprudencial fijada por la Sentencia del Pleno nº 241/2013 de fecha 9 de mayo de 2013 y el Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013 (RJ/2013/3617) [...].

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 22 de enero de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de Remedios y Pablo Jesús contra la sentencia dictada, el día 30 de mayo de 2017, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), en el rollo de apelación n.º 178/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 381/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 86 de Madrid".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 22 de junio de 2020 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de julio de 2020, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 17 de septiembre de 2007, Dña. Remedios y D. Pablo Jesús celebraron un contrato de préstamo hipotecario con la entidad Bilbao Bizkaia Kutxa (actualmente, Kutxabank S.A.), en la modalidad denominada multidivisa. En la escritura constaba que los prestatarios recibían 42.711.802 yenes japoneses, equivalentes a 267.400 €.

Pese a que los prestatarios han abonado todos los plazos previstos para la amortización del préstamo, no solo no ha disminuido el capital pendiente, sino que se ha incrementado.

2.- Los Sres. Remedios y Pablo Jesús interpusieron una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitaron la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa 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. Subsidiariamente, ejercitaron una acción basada en la nulidad de las condiciones generales de la contratación referidas a la referenciación multidivisa.

3.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda, declaró la nulidad de la cláusula del contrato referida a la divisa extranjera y la sustituyó por el tipo de interés más el diferencial previstos en el contrato. Asimismo, ordenó el recálculo de la cantidad debida por los prestatarios, ajustándola a tales parámetros.

4.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de la entidad prestamista y desestimó la demanda. En lo que ahora interesa, consideró que, aunque el banco no había ofrecido una información suficiente ni había ilustrado a los prestatarios sobre las características esenciales del préstamo y los riesgos que asumían, ha existido confirmación del contrato, puesto que los prestatarios eran conscientes de los riesgos desde el año 2012 y continuaron casi cuatro años cumpliendo el contrato, sin solicitar su nulidad.

5.- Los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Único motivo de infracción procesal. Incongruencia omisiva*

Planteamiento:

1.- El único motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción de los arts. 218, 1 y 2, LEC.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la Audiencia Provincial ha incurrido en incongruencia omisiva, porque no se ha pronunciado sobre la acción de nulidad de condiciones generales de la contratación ejercitada subsidiariamente en la demanda, pese a que se solicitó expresamente el complemento de la sentencia.

Decisión de la Sala:



1.- La incongruencia omisiva supone que el tribunal no se haya pronunciado sobre alguna de las pretensiones formuladas en la demanda o en la reconvenición, por lo que no existe correlación entre los pedidos de las partes y el fallo de la sentencia, en atención a la petición y a la causa de pedir (por todas, sentencia 580/2016, de 30 de julio).

2.- Desde esta concepción, no existe incongruencia en la resolución recurrida. La Audiencia Provincial aclaró, en el auto en que dio respuesta a la solicitud de complemento, que consideraba que la confirmación del negocio por los actos propios del prestatario abarcaba tanto al error en el consentimiento como a la acción relativa a las condiciones generales de la contratación.

En consecuencia, la parte demandante obtuvo respuesta a sus pretensiones. Otra cosa es que no le convenzan jurídicamente, pero ese no es un problema de incongruencia omisiva.

3.- En su virtud, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación

TERCERO.- *Primer y segundo motivos de casación. El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores*

Planteamiento:

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 2 b), 63.2 g) y 79 de la Ley del Mercado de Valores (LMV), en relación con la sentencia de esta sala núm. 323/2015, de 30 de junio, y la STJUE de 3 de diciembre de 2015.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que el préstamo multidivisa lleva inserto un instrumento financiero derivado, por lo que resultan de aplicación las obligaciones de información exigidas en la normativa del mercado de valores y en la Directiva MiFID.

2.- El segundo motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los arts. 1311 y 1313 CC, en relación con las sentencias de esta sala 11/2017, de 13 de enero; 269/2017, de 4 de mayo; y 605/2017, de 6 de octubre.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega que el mero cumplimiento de las obligaciones de amortización por parte de los prestatarios no puede considerarse como un acto propio e inequívoco de conformidad que convalide el error en el consentimiento.

Decisión de la Sala:

1.- La STJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14, posterior a la sentencia de esta sala 323/2015, de 30 de junio, declaró que el art. 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que:

"no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad".

2.- Este tribunal, en su sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, asumió la doctrina sentada en la citada STJUE y modificó la anterior de su sentencia 323/2015, de 30 de junio. Así lo hemos confirmado también en las sentencias 599/2018, de 31 de octubre, 158/2019, de 14 de marzo, y 439/2019, de 17 de julio, en las que nos hemos hecho eco de nuevas resoluciones del TJUE, a las que haremos también referencia en esta resolución.

Nos remitimos a los argumentos expresados en las citadas sentencias, por ser plenamente aplicables al caso objeto de este recurso.

3.- La consecuencia de lo expuesto es que no se han infringido los arts. 2 b), 63.2 g) y 79 LMV, por cuanto no resultaban aplicables al caso.

El incumplimiento de los deberes de información exigibles a las entidades bancarias es relevante, como se verá más adelante, al realizar el control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores.

4.- Respecto a la infracción de los arts. 1311 y 1313 CC, dicha alegación tendría sentido si el ámbito del enjuiciamiento fuera el propio de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento. Pero, al no ser así, por las razones que han quedado expuestas, tampoco puede considerarse que hayan sido infringidos.

5.- Lo expuesto conduce a la desestimación de los dos primeros motivos de casación.

**CUARTO.- Tercer motivo de casación. Falta de transparencia de la cláusula multidivisa. Consecuencias***Planteamiento:*

1.- El motivo tercero de casación denuncia la infracción de los arts. 5, 7 y 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), y 60.1, 80.1, 82 y 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGCU) y de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

2.- En el desarrollo del motivo, y en lo que resulta relevante, se alega que la sentencia infringe el control de transparencia que exige la legislación protectora de los consumidores y la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, pues faltaba la información clara y comprensible sobre las consecuencias de las cláusulas multidivisa, que no permiten conocer al consumidor su posición jurídica, ni la carga económica que realmente asume.

En concreto, no permite entender que la referenciación del interés del préstamo a una divisa fluctuante puede influir en el aumento del capital pendiente de amortización.

Decisión de la Sala:

1.- El motivo se basa en la infracción legal que se habría cometido en la aplicación de los preceptos legales que regulan el control de transparencia de las cláusulas no negociadas, en concreto, los arts. 80.1 y 82 TRLGCU (más exactamente, los arts. 10.1 y 10.bis.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que era la numeración de tales preceptos antes de la refundición), que desarrollan las previsiones de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, como son las del art. 4.2 de la Directiva.

2.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, 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 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".

5.- Además, la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-260/18, *Dziubak*), de la que nos hicimos eco en nuestra sentencia 607/2019, de 14 de noviembre, introdujo un matiz interesante, al examinar las cláusulas que establecen que el capital del préstamo se entregue en moneda nacional, conforme al precio de compra de la divisa extranjera, mientras que las cuotas mensuales tendrán un importe a calcular en función del precio de venta de la misma divisa. Según el TJUE, esta diferencia otorga un margen de beneficio para el prestamista, al tiempo que supone un mayor coste para el consumidor que es indeterminado y queda a la discreción del propio prestamista, sin que el prestatario pueda evitarlo.

Si la entidad prestamista no realiza realmente las operaciones de compra y venta de las divisas, sino que únicamente las utiliza como un índice para concretar el capital pendiente de amortizar y el importe de cada cuota mensual, no debería aplicar un tipo comprador de la divisa en un caso y un tipo vendedor en otro, pues obtiene una ganancia injustificada, al cargar en cada recibo mensual el margen correspondiente a una compra de divisas que realmente no se ha realizado.

Y, en todo caso, el capital prestado se incrementa ya en ese margen desde el momento de la constitución del préstamo.

6.- En este caso, la Audiencia Provincial ha considerado que, en la fecha de suscripción del contrato, no se había ofrecido a los prestatarios información suficiente sobre los riesgos que conllevaba el préstamo multdivisa, en particular, el posible aumento del capital prestado, en el supuesto de una fluctuación importante del yen japonés; ni tampoco sobre la amortización anticipada obligatoria si se producía la depreciación del euro frente al yen.

No obstante, consideró que dicha falta de información había quedado convalidada desde el momento en que desde el año 2012 el prestatario fue consciente de tales circunstancias y, pese a ello, siguió cumpliendo con sus obligaciones de amortización y tardó casi cuatro años en interponer la demanda.

7.- Este criterio no es correcto, porque la nulidad derivada de la abusividad no es subsanable o convalidable.

Conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13, la falta de transparencia permite examinar la posible abusividad de un elemento esencial del contrato, como es el precio.

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 la 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.



9.- 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 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.

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.

10.- La consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula (previa su declaración de falta de transparencia, por afectar a un elemento esencial del contrato, como es el precio), es su nulidad de pleno derecho, como establecen inequívocamente los arts. 8.2 LCGC y 83 TRLCU (art. 10 bis LGCU, en la fecha de suscripción del contrato). Y esta nulidad de pleno derecho es insubsanable, porque el consumidor no puede quedar vinculado por la cláusula abusiva, según determina el art. 6.1 de la Directiva 93/13.

No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea (por todas, sentencias 654/2015, de 19 de noviembre, y 558/2017, de 16 de octubre, y las que en ellas se citan, tanto de esta sala como del TJUE).

11.- Por tales razones, este motivo del recurso debe ser estimado, al concurrir la infracción legal denunciada. Procede, en consecuencia, casar la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad prestamista.

QUINTO.- Costas y depósitos

1.- Procede condenar a los recurrentes al pago de las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido desestimado, y no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación, que ha sido estimado, de conformidad con los arts. 394 y 398 LEC.

2.- Respecto de las costas del recurso de apelación, como consecuencia de esta sentencia, debe ser desestimado, por lo que deben imponerse sus costas a la parte apelante (art. 398.1 LEC).

3.- Asimismo, procede la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y la pérdida de los constituidos para la interposición de los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal, 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 Dña. Remedios y D. Pablo Jesús contra la sentencia núm. 241/2017, de 30 de mayo, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 178/2017.

2.º- Casar la expresada sentencia y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank S.A. contra la sentencia núm. 432/2016, de 5 de diciembre, del Juzgado de Primera Instancia núm. 86 de Madrid, que confirmamos.

3.º- Imponer a Dña. Remedios y D. Pablo Jesús las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

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

5.º- Imponer a Banco Popular Español S.A. las costas del recurso de apelación.

6.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y la pérdida de los constituidos para la interposición de los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes.

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

Así se acuerda y firma.