



Roj: **STS 975/2021 - ECLI:ES:TS:2021:975**

Id Cendoj: **28079110012021100137**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/03/2021**

Nº de Recurso: **2251/2018**

Nº de Resolución: **155/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 155/2021

Fecha de sentencia: 16/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: **2251/2018**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/03/2021

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: **2251/2018**

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 155/2021

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 16 de marzo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 445/2017, de 15 de diciembre, dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia



Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 115/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Valencia, sobre préstamo multidivisa.

Es parte recurrente D. Pedro Francisco y D.ª Estibaliz, representados por la procuradora D.ª Clara González Rodríguez y bajo la dirección letrada de Doña Patricia Gabeiras Vázquez.

Es parte recurrida Banco Santander, S.A., representada por el procurador D. Jaime Quiñones Bueno y bajo la dirección letrada de D. Daniel Machado Rubiño.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Clara González Rodríguez, en nombre y representación de D. Pedro Francisco y D.ª Estibaliz, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia en virtud de la cual:

"[...] 1.- Declare la nulidad de las cláusulas sobre las que recae el error y por ende la nulidad parcial del préstamo hipotecario multidivisa de fecha 3 de octubre de 2008, en lo que se refiere a la cláusula multidivisa y las referencias a divisas, por error o vicio en el consentimiento prestado por mis mandantes conforme a lo dispuesto en el artículo 1.300 en relación con el artículo 1.265, ambos del Código Civil (en adelante CC); y/o por el carácter abusivo de dicha cláusula, conforme a lo establecido en el art. 3 y concordantes de la Directiva 93/13/CEE del Consejo Europeo, arts. 83 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, y art. 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

"Y como consecuencia de dicha nulidad parcial, declare que la cantidad adeudada es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir del importe prestado (355.000,00 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, por cualesquiera conceptos (principal, intereses y comisiones de cambio o cualesquiera otras derivadas de la cláusula multidivisa), así como que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo inicial lo fue de 355.000,00 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés el fijado en la escritura para la hipoteca en euros y referenciada al Euribor.

"2) Subsidiariamente, para el improbable caso de no estimar la nulidad parcial del contrato por el motivo que fuera, declare la resolución parcial del contrato, en lo que se refiere a la cláusula multidivisa, por infracción de los deberes y obligaciones legales y contractuales de información, asesoramiento, transparencia y protección exigibles a Banco Popular, conforme a lo expuesto en el cuerpo de este escrito, y en virtud de lo establecido en el art. 1124 en relación con el art. 1101 y concordantes del CC, deje sin efecto alguno la cláusula multidivisa; y condene a Banco Popular a resarcir a esta parte los daños y perjuicios ocasionados, mediante restitución de la "pérdida acumulada" desde el momento de la contratación de la hipoteca multidivisa hasta sentencia, y dejando sin efecto o liberando a mis mandantes del pago del resto de las cantidades en que se hubiese incrementado la cantidad de 355.000 € inicialmente prestadas, por la variación en el tipo de cambio.

"La "pérdida acumulada" al igual que en el caso de la nulidad parcial consistirá en la cantidad equivalente a la diferencia entre el coste de la misma hipoteca referenciada en euros frente al coste (principal, intereses y comisiones de cambio o cualesquiera otros derivados de la cláusula multidivisa) pagado por los Sres. Pedro Francisco y Estibaliz por razón de la hipoteca multidivisa enjuiciada.

"Y como consecuencia de dicha resolución parcial; declare que la cantidad adeudada es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir del importe prestado (355.000,00 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, por cualesquiera conceptos (principal, intereses y comisiones de cambio o cualesquiera otras derivadas de la cláusula multidivisa), así como que el contrato debe subsistir sin los contenidos relativos a la cláusula multidivisa, entendiéndose que el préstamo inicial lo fue de 355.000,00 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés el fijado en la escritura para la hipoteca en euros y referenciada al Euribor.

"3) Con independencia de que la estimación de la demanda, sea de la petición principal o de la subsidiaria, condene a Banco Popular, S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores, y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento; y, en particular, le condene a recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta la totalidad de los pagos efectuados y se fije el capital pendiente de pago en euros.



"4) Todo ello con condena en costas a la entidad demandada Banco Popular, S.A. de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la LEC".

2.- La demanda fue presentada el 18 de enero de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Valencia, fue registrada con el n.º 115/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Calabuig Villalba, en representación de Banco Popular Español, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrado/a-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Valencia dictó sentencia 48/2017, de 21 de febrero, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por D. Pedro Francisco y D.ª Estibaliz contra Banco Popular Español, S.A., declaro nula la cláusula referida a la opción multidivisa que se incluye en el préstamo que los actores, en fecha 3 de octubre de 2008, suscribieron con la entidad demandada, en concreto la cláusula 1.3, así como todas aquellas que hagan referencia a la misma debido al incumplimiento del control de transparencia, declarando la misma abusiva, condenando a la demandada a dejar referenciado el citado préstamo a moneda euros según la paridad a fecha 3 de octubre de 2008, aplicando el interés pactado, y condenando al banco a recalcular las cuotas pagadas hasta la fecha con aplicación del exceso del pago realizado, a partir del devengo de la primera cuota a la amortización anticipada, como si desde un principio el préstamo hubiese estado en Euros.

"Todo, con expresa imposición a la demandada al pago de las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Popular Español, S.A. La representación de D. Pedro Francisco y D.ª Estibaliz se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 488/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 445/2017, de 15 de diciembre, cuyo fallo dispone:

"1º) Estimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil Banco Popular Español S.A.

"2º) Revocar la Sentencia de fecha 21 de febrero de 2017 y, en consecuencia, desestimándose la demanda interpuesta por Doña Estibaliz y Don Pedro Francisco, se absuelve a la entidad mercantil Banco Popular SA.

"3º) En esta alzada no se hace expresa condena en costas procesales en primera instancia, se imponen a la parte actora.

"4º) Con devolución del depósito".

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

1.- La procuradora D.ª Clara González Rodríguez, en nombre y representación de D. Pedro Francisco y D.ª Estibaliz, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Motivo único. - Al amparo del ordinal 4 del art. 469.1.4º de la LEC, citando como infringido el art. 24.1 CE, puesto en relación con el art. 218.2 LEC, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como incompatible con un pronunciamiento judicial erróneo, ilógico o irrazonable que no supera el test de la razonabilidad".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Motivo primero. - Infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLCU.

"Justificación del Interés casacional: La infracción legal se ha cometido en la no aplicación de los preceptos legales que regulan el control de transparencia y la interdicción de la abusividad de las cláusulas no negociadas de conformidad con la interpretación contenida en la Sentencia del Pleno 608/2017, de 15 de noviembre de 2017 (documento nº 4), que a su vez se refiere a la STJUE de 20 de septiembre de 2017, caso Andriuc, puesto que a pesar de encontramos; (i) ante un consumidor medio, (ii) que suscribe un producto complejo, (iii) al que no sólo no se ha facilitado información precontractual alguna, sino que ha quedado acreditado en autos que existía un desequilibrio de partida que podía ser conocido por la entidad al momento de la suscripción del contrato; la Audiencia Provincial deduce indebidamente por razón de correspondencia 4 años posterior a la firma del contrato, que el consumidor "tenía amplios conocimientos del mercado de divisas" y considera suficiente la información dada por el banco (esto es ninguna más allá de la contenida en la propia escritura) "atendiendo al perfil de los actores". Es decir, el problema jurídico planteado que presenta interés



casacional es que la Audiencia Provincial aplica en sede de transparencia una presunción de la abusividad salvo prueba en contrario, considerando suficiente prueba a estos efectos la existencia de mails varios años posteriores a la contratación, a pesar de constar el desequilibrio de partida y de que los mails no acreditan el amplio conocimiento del mercado de divisas, ni en el momento de la correspondencia, ni especialmente en el momento de la contratación.

"Motivo segundo; Infracción del art. 1269 CC.

"Justificación del interés casacional: Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en la Sentencias 798/2007 de 11 de julio, y la 129/2010, de 5 de marzo, que declaran que la nulidad de este contrato también se puede llegar por el dolo omisivo (art. 1269 CC) documentos nº 5 y 6, puesto que ante la existencia de prueba que demuestra que existía una situación en el mercado negativa para el cliente y un claro desequilibrio de partida en su contra, debe entenderse que la entidad actuó con dolo omisivo, susceptible de viciar el consentimiento prestado por los demandantes.

"Motivo tercero. - Infracción de los arts. 1265 y 1266 CC.

" Interés casacional: Oposición o desconocimiento de la Sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS sobre error vicio. En concreto, infracción de los mencionados preceptos de conformidad con la interpretación y aplicación de los mismos según la Sentencia del Pleno nº 89/2018, de 19 de febrero (documento nº 7) en relación con la Sentencia del Pleno nº 608/2017 de 15 de noviembre (documento nº 4) y la Sentencia nº 32/2016 (documento nº 8).

"En particular, el presente recurso presenta interés casacional por existir doctrina jurisprudencial que afirma que para poder excluir el error o su excusabilidad son necesarios conocimientos especializados en productos complejos y de riesgo; y en concreto, para préstamos multdivisa, se concreta por la doctrina jurisprudencial que se resulta necesario que el prestatario multdivisa cuente con "amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas" lo que no sucede en el caso que nos ocupa.

"Motivo cuarto.- Infracción de los Arts. 7 CC y 1.258 del CC.

"Interés casacional; Oposición o desconocimiento de la Sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS, en concreto: STS 3219/2015, de 10 de julio de 2015 (documento nº 9) y STS 754/2014, de 30 de diciembre (documento nº 10) STS 583/2016 de 30 de septiembre (documento nº 11) STS de 21 mayo 1992 dictada en el recurso nº 367/1990 (documento nº 12). En particular, el presente recurso presenta interés casacional por existir doctrina jurisprudencial que afirma que el incumplimiento grave del estándar de diligencia y buena fe durante la ejecución del contrato en materia de contratos financieros complejos constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad de los daños y perjuicios producidos".

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 25 de octubre de 2020, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- Banco Santander, S.A (antes Banco Popular Español, S.A.) 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 11 de marzo de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El 3 de octubre de 2008, D. Pedro Francisco y D.ª Estibaliz, celebraron un contrato de préstamo hipotecario con la entidad Banco Popular, S.A. (actualmente, Banco Santander,S.A.), en la modalidad denominada multimonedada. En la escritura constaba que los prestatarios recibían 52.140.980 yenes japoneses, equivalentes a 355.000 euros.

2.- Los Sres. Pedro Francisco y Estibaliz interpusieron una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitaron: (i) la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario, respecto de las cláusulas relativas a su denominación en divisas, por error vicio y/o abusividad, 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; y (ii) subsidiariamente solicitaron la resolución parcial del contrato por incumplimiento.



3.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda, declaró la nulidad parcial del contrato en lo referido a las divisas extranjeras por falta de transparencia y abusividad, y fijó la cantidad adeudada en el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad ya amortizada en concepto de principal e intereses, también en euros.

Al razonar su decisión, tras valorar la prueba, afirmó:

"ni una sola prueba obra en autos que acredite que, tras un adecuado estudio del perfil de los suscriptores, se les informara directa e individualizadamente de la complejidad de la inversión [...] en la fase pre-contractual, no consta que hubiesen recibido una información ajustada a las exigencias legales [...] se estima esencial que la información dada a los clientes aclare todas las circunstancias relativas al funcionamiento y a todos los riesgos de la hipoteca, información que en el caso de autos no consta y que no puede presumirse". A continuación, añadió que "resulta intrascendente si los actores dispusieron o no de información sobre la evolución de los tipos de cambio y de interés durante la vigencia del préstamo". Y Concluyó:

"En definitiva, aunque los actores no ignorasen que se estaban endeudando en una moneda extranjera cuando firman la hipoteca y que una depreciación del euro respecto de la divisa elegida (yen japonés) podía implicar un encarecimiento de la cuota a pagar en euros, el banco debió suministrar información que posibilitase que se hicieran una idea cabal de los concretos riesgos de la posible fluctuación de la divisa. En el presente caso, suscrita la hipoteca en fecha 3 de octubre de 2008, a tal tiempo las previsiones a un plazo 3-4 años eran de una apreciación del Yen Japonés frente al Euro, siendo que desde la fecha de suscripción del préstamo hasta la de cambio de la moneda en la que estaba denominada la deuda, enero de 2012, se cambia a la divisa franco suizo, el yen se había apreciado aproximadamente un 46%. La divisa elegida no tenía una cotización libre y, cuando el Banco Nacional Suizo puso fin a su sostenimiento artificial, el tipo de cambio del franco se apreció de forma inmediata en un 14%. La situación expuesta, riesgo en modo alguno informado, determina que, estando el préstamo litigioso determina que, estando al corriente de pago, después de dos amortizaciones anticipadas de capital, y tras más de siete años desde la contratación, el saldo vivo del contrato a fecha 13 de enero de 2016 es de 447.252.37 euros".

4.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de la entidad prestamista y desestimó la demanda. En lo que ahora interesa, el tribunal, sin refutar la ausencia de información precontractual, basó la estimación del recurso de apelación y su valoración sobre la superación del control de transparencia material, en los siguientes elementos: (i) recibos de amortización-liquidación moneda extranjera del préstamo hipotecario multidivisa; (ii) obtención de información por la parte actora en la web sobre las liquidaciones; (iii) el cambio de divisa del yen japonés a franco suizo el 27 de enero de 2012, a petición de los demandantes; (iv) tres correos electrónicos remitidos en los primeros meses de 2012 por los demandantes a una empleada del banco; en dos de estos correos preguntaban por el tipo de cambio de la divisa aplicado, que consideraban no era el de mercado, según la información que tenían de otros conocidos. El tercer correo, de fecha 23 de enero de 2012, al que la Audiencia atribuye una especial relevancia, era del siguiente tenor literal:

"Hola Maime,

"Las cosas parece que se ponen de cara para tratar de "amarrar" un poco y pasar a una divisa más estable para volver al yen cuando la cosa se calme. Ya sé que la HMD es a 30 años, pero dada la que nos viene encima (1 año y medio de recesión, dificultades para el euro, etc.), creo que, al menos por el momento, es conveniente no dejarse llevar por los vaivenes y tratar de estar un poco más encima y ser más proactivo. Requiere atención y tiempo pero creo (espero) que a la larga se notará algo.

"Creo que el rebote del yen ya se estaba anunciando desde hace unos días ya está aquí y según todo lo que leo, tocará techo en 102-104 y seguirá hacia abajo hasta un rango de 85-90 (todo sea que luego el Banco de Japón intervenga la divisa -aunque anteriores intervenciones no han frenado las caldas).

"Bueno, todo son elucubraciones, pero hasta ahora no se han equivocado.

"Según leo (porque yo no tengo ni idea, como el resto de los mortales...), el par CHF/JPY va a tocar techo entre 83 y 84, luego se irá a aprox. 75. Sería una buena ocasión para mejorar la situación de la hipoteca, si te parece bien y me echas una mano en los preparativos, control de gastos en lo que también puedas apretar, seguimiento y demás.

"Con este cambio podría hacer una mejora si la tendencia del yen es la que leo de distintos analistas (salvo que vosotros tengáis una previsión de una depreciación del yen frente al euro, que parece que no está a la vista).

"Ya sé que no puedes aconsejarme, pero todo lo que puedas ayudarme, será muy bienvenido (p.ej. con tipo de cambios, curso de orden llegado el caso, etc).

"De la cláusula de la hipoteca yo interpreto que:



"1. Puede hacerse en cualquier momento, pero siempre ANTES -con un mínimo- DE 3 DÍAS HÁBILES al vencimiento de la cuota (día 4 de cada mes). Si se hace dentro de estos 3 días hábiles antes del vencimiento, entonces se entendería realizada el primer día hábil siguiente. Podrías confirmarme que es así?.

"2. ¿Qué diferencia hay en el cambio comprador vendedor del banco? O ¿Qué porcentaje? ¿es el conocido como "fixing"? o ¿Dónde puedo consultarlo?

"3. Puedes recalcularme la cuota que me quedaría ahora si paso de JPY a CHE? De 81:49 hemos pasado a 83 (tendencia a tocar los 84 según dicen).

"4. Podrías decirme el coste total de esta operativa, y el trámite a seguir?... ".

A la vista de estos datos, la Audiencia estimó que nos encontramos ante clientes con amplios conocimientos del mercado de divisas que pueden prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que estaba representado el capital del préstamo (en este caso yenes y franco suizos), y concluyó que en este caso el banco había proporcionado "información transparente y de calidad sobre todos los elementos que intervienen en la determinación de las cuotas mensuales y sobre los distintos niveles de riesgo vinculados a la fluctuación de la moneda, atendido el perfil de los actores".

5.- Los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en un motivo, y un recurso de casación, articulado en cuatro motivos, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO. *Formulación del único motivo.*

1.- El motivo denuncia la infracción del art. 24.1 CE, en relación con el art. 218.1 LEC, y se introduce con el siguiente encabezamiento:

"Motivo único. - Al amparo del ordinal 4 del art. 469.1.4º de la LEC, citando como infringido el art. 24.1 CE, puesto en relación con el art. 218.2 LEC, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como incompatible con un pronunciamiento judicial erróneo, ilógico o irrazonable que no supera el test de la razonabilidad".

2.- En su desarrollo se argumenta, en resumen, que la valoración que hace la Audiencia sobre los conocimientos de los clientes al tiempo de la contratación resulta errónea por ilógica y que no supera el test de la razonabilidad pues, por un lado, afirma que en aquel momento (el de la contratación, esto es, el 3 de octubre de 2008) eran personas "con amplios conocimientos en el mercado de divisas" y, por otro, a los efectos de fijar el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad por error vicio, afirma que no es hasta el 23 de enero de 2012 (fecha en la que remiten un correo electrónico a un empleado del banco aludiendo a "la que se nos viene encima") cuando existe un conocimiento de los riesgos del préstamo hipotecario multidivisa.

TERCERO.- *Decisión de la Sala. Error y arbitrariedad en la resolución. Desestimación.*

1.- El Tribunal Constitucional ha incidido en la noción de decisión judicial irrazonable a partir de la idea de que lo que se pone a prueba es la lógica del argumento, no su plausibilidad. Desde ese punto de vista, una resolución judicial será irrazonable cuando "a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parte de premisas inexistentes o patentemente erróneas o sigue un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas" (STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4). En el mismo sentido SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, y 157/2009, de 25 de junio.

Y, salvo que afecten al contenido de otro derecho fundamental diferente al de tutela judicial efectiva, la exigencia de que las resoluciones judiciales contengan una fundamentación en Derecho no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; y 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3).

2.- En este caso, la sentencia de la Audiencia Provincial supera el canon de la razonabilidad. Examina los hechos probados y explica por qué considera que las cláusulas multidivisa satisfacen el control de transparencia. La omisión sobre la existencia o inexistencia de información precontractual podrá tener importancia desde el punto de la valoración jurídica, pero no determina por sí misma la irrazonabilidad de la resolución recurrida. Tampoco el hecho de que, a los efectos de analizar la posible caducidad de una acción distinta, la nulación del contrato por error vicio del consentimiento, se aprecie que el momento en que se superó el error fue uno posterior a la misma celebración del contrato.



Las pautas para la realización del control de transparencia y la valoración sobre la existencia o inexistencia de información precontractual son valoraciones jurídicas y no puramente fácticas, distintas de las que corresponden a la valoración jurídica sobre los vicios del consentimiento, por lo que ni su corrección o incorrección, o incluso su falta de plasmación en la sentencia, son cuestiones que puedan combatirse en el recurso de infracción procesal, sino, en su caso, en el de casación. Tampoco la diferente apreciación sobre ambos controles (transparencia, vicios del consentimiento), sujetos a pautas distintas, determinan en sí misma una motivación ilógica o irracional.

3.- Como consecuencia de lo cual, el recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación

CUARTO. - *Formulación del primer motivo. Admisibilidad.*

1.- El motivo, formulado bajo la modalidad de interés casacional, denuncia la infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLCU y de la jurisprudencia contenida en la sentencia del Pleno de esta Sala Primera 608/2017, de 15 de noviembre de 2017.

2.- En su desarrollo, en resumen, razona que la infracción legal se habría producido por la inaplicación de los preceptos legales que regulan el control de transparencia y la interdicción de la abusividad de las cláusulas no negociadas, de conformidad con la interpretación jurisprudencial nacional, y la contenida en la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriciuc*), puesto que, a pesar de encontramos ante un consumidor medio que suscribe un producto complejo y al que no se ha facilitado información precontractual alguna, la Audiencia Provincial concluye indebidamente que tenía amplios conocimientos del mercado de divisas por razón de unos correos electrónicos posteriores, en varios años, a la firma del contrato, y considera suficiente la información dada por el banco atendiendo al perfil de los actores. En definitiva, la sentencia habría infringido el control de transparencia que exige la legislación protectora de los consumidores, pues no se proporcionó una información clara y comprensible sobre las consecuencias de las cláusulas multdivisa, lo que no permitió a los demandantes conocer su posición jurídica, y la carga económica que realmente asumían.

3.- La parte recurrida, al oponerse al recurso de casación, alegó que los cuatro motivos del recurso eran inadmisibles, por no respetar la base fáctica del proceso fijada en la instancia y por falta de acreditación del interés casacional.

Esta alegación no puede ser acogida. La fundamentación del recurso no se apoya en una improcedente nueva valoración de la prueba. La revisión de las valoraciones jurídicas de determinados hechos, que han quedado incólumes tras la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal, no supone una revisión de la prueba. El análisis de los razonamientos de la sentencia de la Audiencia muestra que la afirmación relativa a la suficiencia de la información suministrada a los demandantes sobre la naturaleza y los riesgos del préstamo hipotecario "multidivisa", y el correlativo conocimiento y comprensión de tales extremos por los prestatarios, no tiene naturaleza fáctica, sino que constituye una valoración jurídica sustantiva.

También tienen naturaleza jurídica, y no fáctica, las afirmaciones relativas al perfil de los consumidores demandantes que se contienen en la sentencia recurrida y las relativas a su trascendencia en la comprensión de los riesgos del producto (como sucedía también en el caso resuelto por la sentencia 158/2019, de 14 de marzo).

En cuanto al interés casacional, ya fue valorado favorablemente en el trámite de admisión, y no se aprecian ahora motivos para desestimarlo. En la formulación del motivo se identifica con claridad las normas cuya infracción se denuncia y la jurisprudencia que se entiende vulnerada, así como las razones en que se apoya esa afirmación. El acierto o desacierto de esas razones no afecta a la admisibilidad del recurso, sino a su prosperabilidad.

QUINTO. - *Decisión de la Sala. Falta de transparencia de la cláusula multdivisa. Consecuencias. Estimación.*

1.- El motivo se basa 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, en concreto 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 *Andriciuc*, 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 *Andriciuc* 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 *Andriciuc*, 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, *Andriciuc* 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 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 *Andriciu* 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 no consta "una sola prueba obra en autos que acredite que, tras un adecuado estudio del perfil de los suscriptores, se les informara directa e individualizadamente de la complejidad de la inversión [...] en la fase pre-contractual, no consta que hubiesen recibido una información ajustada a las exigencias legales".

La Audiencia Provincial, sin embargo, a pesar de no refutar el argumento de la falta de información precontractual, a la vista de la información sobre las liquidaciones periódicas enviadas a los demandantes durante la vigencia del contrato y, especialmente, del contenido de los correos remitidos por uno de estos a una empleada del banco en los primeros meses de 2012, estimó que los clientes tenían amplios conocimientos del mercado de divisas y podían prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que estaba representado el capital del préstamo (yenes y franco suizos) y, con base en estos elementos, concluyó que en este caso el banco había proporcionado "información transparente y de calidad sobre todos los elementos que intervienen en la determinación de las cuotas mensuales y sobre los distintos niveles de riesgo vinculados a la fluctuación de la moneda, atendido el perfil de los actores".

10.- Esta conclusión no puede ser confirmada por varias razones. 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 (consultando páginas web, preguntando a conocidos, etc).

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, alude la Audiencia al perfil de los demandantes, para destacar, especialmente respecto del Sr. Pedro Francisco, su conocimiento sobre el mercado de divisas, que deduce especialmente del correo



electrónico transcrito. Sin embargo, el citado correo lo que pone de manifiesto es que los demandantes no contaban con asesoramiento externo, y que intentaban obtener información y asesoramiento de los empleados del propio banco prestamista, precisamente por no ser expertos en la materia. 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 multimonedada, 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" (sentencia 493/2020, de 28 de septiembre).

La entidad financiera no puede quedar exonerada de su deber de información en un caso como el presente en el que tal asesoramiento externo no ha existido y en el que las preguntas que formulan los demandantes al banco ("¿Qué diferencia hay en el cambio comprador vendedor del banco? O ¿Qué porcentaje? ¿es el conocido como "fixing"? ¿Dónde puedo consultarlo?, ¿Puedes recalcularme la cuota que me quedaría ahora si paso de JPY a CHE?; Podrías decirme el coste total de esta operativa, y el trámite a seguir?...") reflejan su falta de conocimiento cabal de las características, riesgos y funcionamiento de la hipoteca multidivisa. Lo que se advierte con la lectura de los correos electrónicos en que se apoya la Audiencia, en especial el de 23 de enero de 2012 antes transcrito, como apreció el juzgado, es que los demandantes son personas preocupadas que tratan de obtener información, ser proactivos, que buscan y piden ayuda y consejo, pero no que tengan conocimientos expertos en este tipo de préstamos multimonedada.

11.- Es cierto que la formación universitaria de los prestatarios (abogados en ejercicio) permite presumir que tenían capacidad suficiente para entender la información sobre el funcionamiento y riesgos de las hipotecas multidivisas. El problema estriba en que no se ha acreditado que se le proporcionara información precontractual suficiente y adecuada, sin que aquella formación universitaria (ajena al ámbito financiero) y el mero conocimiento del riesgo de la fluctuación del tipo de cambio de la divisa les permitiera conocer, por sí solos, 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).

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 primer motivo del recurso debe ser estimado, al concurrir la infracción legal denunciada, sin necesidad de entrar a examinar el resto de los motivos de casación. Procede, en consecuencia, desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia.

SEXTO. - Costas y depósito

1.- La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal supone que deben imponerse las costas causadas por el mismo al recurrente. 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, como consecuencia de esta sentencia debe ser desestimado, por lo que 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 de 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. Pedro Francisco y D.ª Estibaliz contra la sentencia 445/2017, de 15 de diciembre, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 488/2017, que casamos y anulamos.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander, S.A. contra la sentencia núm. 48/2017, de 21 de febrero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Valencia, en el procedimiento ordinario 115/2016, que confirmamos.

3.º- Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a los demandantes, y las del recurso apelación a la demandada. No imponer las costas del recurso de casación.

4.º- Acordar la devolución al recurrente el depósito constituido para interponer el recurso de casación, y la pérdida de los constituidos para interponer 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.