

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066010

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 29/2022, de 18 de enero de 2022

Sala de lo Civil

Rec. n.º 4701/2018

SUMARIO:

Préstamo hipotecario multidivisa con consumidores. Nulidad de las cláusulas relativas a las divisas. Control de abusividad. Falta de transparencia por déficit de información. La sala no comparte el criterio de la Audiencia Provincial y declara que para que la cláusula sea abusiva, no es preciso que se aprecie mala fe subjetiva en la entidad predisponente. La información cuya ocultación o, al menos, no comunicación al consumidor relevante no es la de la evolución futura de la divisa sino la de los riesgos de no disminución de la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de infra garantía. Por otra parte, la falta de prueba sobre el alcance de la información suministrada no puede servir como argumento para fundar la desestimación de la acción de nulidad de la cláusula abusiva por cuanto que la carga de la prueba del suministro de información adecuada recae sobre la entidad predisponente. En todo caso, 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, 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. Por último, que los prestatarios optaran por dicho préstamo porque la cuota era inferior a los préstamos referenciados al Euribor tampoco puede ser un argumento que excluya el carácter abusivo de las cláusulas.

PRECEPTOS:

Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), art. 1.2.
Código civil, arts. 1170, 1753 y 1754.
RD Leg. 1/2007 (TRLGDCU), art. 82.

PONENTE:*Don Rafael Saraza Jimena.*

Magistrados:

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO
Don RAFAEL SARAZA JIMENA
Don JUAN MARIA DIAZ FRAILE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 29/2022

Fecha de sentencia: 18/01/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4701/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/01/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta

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

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4701/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 29/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 18 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia 392/2018 de 7 de junio, dictada en grado de apelación por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 329/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 43 de Barcelona, sobre nulidad de préstamo hipotecario multidivisa.

Son parte recurrente D.^a Sagrario y D. Valeriano, representado por el procurador D. Pedro Moratal Sendra y bajo la dirección letrada de D.^a Patricia Gabeiras Vázquez.

Es parte recurrida CaixaBank S.A., representada por el procurador D. Ramón Feixó Fernández-Vega y bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Fernández Bermúdez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Pedro Moratal Sendra, en nombre y representación de D.^a Sagrario y D. Valeriano, interpuso demanda de juicio ordinario contra la antigua Barclays Bank S.A.U., hoy CaixaBank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que:

" a) Se declare la nulidad parcial de los acuerdos suscritos en la escritura pública de préstamo multidivisa, en lo que se refiere a las divisas, declarando, así mismo, de manera integradora que la cantidad adeudada por razón del préstamo hipotecario otorgado es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, resultante de disminuir al importe prestado inicialmente en euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en

euros, así como cualesquiera otras cantidades pagadas por razón del préstamo hipotecario multidivisa incluyendo cualesquiera otros costes, gastos y comisiones abonadas por razón de la constitución del derivado financiero, así como de aquellos contratos suscritos con posterioridad que traigan causa del préstamo multidivisa objeto de esta litis; condenando a Caixa Bank S.A a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

" b) Subsidiariamente se declare resuelto el contrato en su parte referida al instrumento financiero en el que consiste el mecanismo multimonedado con condena al pago en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados, consistentes en la pérdida sufrida por razón de dicho mecanismo hasta la fecha de sentencia siguiendo los criterios establecidos en la pericial aportada por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y de buena fe que competen al banco y a la pérdida sobrevenida de causa del contrato.

" A efectos de liquidación, se considerará que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, restando de esta cantidad la diferencia total entre las cuotas que mi mandante hubiera abonado de más con razón del préstamo hipotecario multidivisa en comparación con un préstamo hipotecario directamente en euros, todo ello de acuerdo con la pericial aportada, y restando asimismo de este importe las cantidades en euros pagadas en concepto de principal, intereses y cualesquiera otros conceptos, desde aquella fecha, condonando por lo tanto el resto de la deuda que se haya incrementado por la variación de la paridad de las divisas. Las cantidades condonadas constituirán los daños y perjuicios sufridos por mi mandante, condenando a Caixa Bank, S.A. a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

" c) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 16 de marzo de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 43 de Barcelona, fue registrada con el núm. 329/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Ramón Feixó Fernández Vega, en representación de CaixaBank S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a los demandantes.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 43 de Barcelona, dictó sentencia 63/2017 de 9 de marzo, cuyo fallo dispone:

"Estimo la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Moratal en representación de Sagrario y Valeriano, contra Catalunya Banc SA (sic), representada por el Procurador Sr. Feixó, y declaro la nulidad parcial de los acuerdos suscritos en la escritura pública de préstamo multidivisa de 3/10/08, en lo que se refiere a las divisas, declarando asimismo, de manera integradora, que la cantidad adeudada por razón del préstamo hipotecario otorgado es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, resultante de disminuir al importe prestado inicialmente en euros la cantidad amortizada el concepto de principal e intereses también en euros, así como cualesquiera otras cantidades pagadas por razón del préstamo hipotecario multidivisa incluyendo cualesquiera otros costes, gastos y comisiones abonadas por razón de la constitución del derivado financiero, así como de aquellos contratos suscritos con posterioridad que traigan causa del préstamo multidivisa objeto de esta litis, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, corriendo con todos los gastos".

Con fecha 20 de marzo de 2017 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Decido suplir la omisión advertida en el fallo de la sentencia de 9/3/17, y condeno a la parte demandada al pago de las costas del procedimiento".

Segundo. Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de CaixaBank S.A. y la representación de D.ª Sagrario y D. Valeriano se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 530/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 392/2018 de 7 de junio, cuyo fallo dispone:

"Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de CaixaBank S.A. contra la sentencia de 9 de marzo de 2017, que revocamos. En su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por la representación procesal de Sagrario y Valeriano, absolviendo libremente a la demandada. Sin imposición de las costas en ninguna de las dos instancias".

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

1.- El procurador D. Pedro Moratal Sendra, en representación de D.^a Sagrario y D. Valeriano, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Primero.-Al amparo del ordinal 2 del artículo 469.1 de la LEC, por infracción del art. 386 LEC.

" Infracción procesal: Errónea aplicación del mecanismo de presunciones, acuñando el criterio particular de esta Sección del "juicio de pronóstico" en cuya virtud atribuye a los actores el conocimiento de que el riesgo de cambio afectaba al principal, pese a declararse probado que no se informó sobre dichos extremos; apoyándose en dos hechos base que por sí mismos y como ya ha sido declarado tanto por el TJUE como por el TS, no son suficientes para realizar el nexo que realiza la Sección 15^a."

" Segundo.- Al amparo del ordinal 4 del Art. 469.1. 4º de la LEC, citando como infringido el Art. 24.1 CE, por infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como incompatible con un pronunciamiento judicial que no supera el test de la razonabilidad a la vista de la prueba practicada relativa a las previsiones que tenían el mercado financiero mundial.

" Infracción procesal: Supone un error fáctico, de posible verificación directa e inmediata, la no consideración de la pantalla de pronósticos Bloomberg referida por el perito en su informe; pues dicha información acredita el hecho de, como también recoge su informe Barclays era una contribuidora de dicha pantalla y por tanto resulta evidente y de fácil verificación en autos, que tenía acceso a la información de los mercados financieros que ya arrojaba información de revalorización de la divisa; es decir, que el desequilibrio contractual existía de partida porque las pérdidas de los ahora recurrentes eran previsibles y probables. A la vista de estas pruebas, no es razonable pensar que nadie en su sano juicio hubiese aceptado este contrato de haber conocido las previsiones que reflejaban las pantallas Bloomberg y que acreditan la existencia de un desequilibrio de partida.

" La Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia pese a reconocer que existe en autos, ha prescindido de valorar de modo absoluto el contenido de dichas pruebas, fundamentales para concluir si existió un desequilibrio de partida y en consecuencia para concluir si hubo un incumplimiento de la normativa imperativa (tanto de ley del mercado de valores, como de la transparencia y no abusividad), así como dolo de la entidad al ocultar datos con los que los clientes hubiesen declinado suscribir el préstamo multidivisa, siendo este supuesto un motivo del recurso extraordinario por infracción procesal según la jurisprudencia del TC (Sentencias TC 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero y 211/2009, de 26 de noviembre)".

El motivo del recurso de casación fue:

"Primero.- Infracción del Art. 2.2 de la Ley del Mercado de Valores, en relación con la norma novena de registro y valoración de los instrumentos híbridos recogida en el punto 5.1 del RD 1514/2007 (que es reflejo de la norma internacional de contabilidad 39 incorporada al acervo comunitario mediante Reglamento de la Comisión 1126/2008, de 3 de noviembre de 2008) en el que se califican y definen los derivados financieros implícitos.

" Justificación del interés casacional: Al considerar la sentencia que no resulta aplicable la LMV a la opción multidivisa, incluida en los préstamos hipotecarios denominados multidivisa, pese a ser su comportamiento idéntico al descrito en el RD 1514/2007, norma 9 5.1 de registro y valoración, infringe el art. 2.2 LMV.

" Jurisprudencia infringida: Sentencia de Pleno nº 608/2017, de 15 de noviembre (Documento nº 6) en cuyo apartado 6º del FJ Quinto, se indica que el préstamo multidivisa se comporta tal y como define la NIC 39 en relación con la TJUE de 20 de septiembre de 2017, Asunto Andriuc (Documento nº 7)".

"Segundo.- Infracción del art. 82 TRLCU, que define cuándo una cláusula debe considerarse abusiva.

" Justificación del interés casacional: En particular el presente recurso presenta interés casacional por vulnerar la jurisprudencia del TS en relación con la consideración de una cláusula multidivisa como abusiva, de conformidad con la interpretación contenida en la Sentencia del Pleno de 15 de noviembre de 2017.

" Jurisprudencia que se considera infringida: Sentencia del Pleno, nº 608/2017, de 15 de noviembre (Documento nº 6)".

"Tercero.- Infracción del art. 1269 CC interpretado según el Artículo 4:107 de los Principios de derecho europeo de los contratos.

" Justificación del interés casacional: Oposición y desconocimiento de la sentencia a la jurisprudencia del TS respecto de la existencia de dolo cuando se acredita que el banco tenía información que no compartió.

" Jurisprudencia que se considera infringida: Sentencias 798/2007 de 11 de julio (Documento nº 8) y la 129/2012, de 5 de marzo (Documento nº 9) que declaran que la nulidad de este contrato también se puede llegar por el dolo omisivo (art. 1269 CC)".

"Cuarto.- Infracción de los Arts. 7 CC y 1.258 del CC en la interpretación dada por el Art. 4:103 de los Principios contractuales europeos.

" Interés casacional: 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 e información en materia de contratos financieros complejos constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad de los daños y perjuicios producidos.

" Jurisprudencia que se considera infringida: STS 3219/2015, de 10 de julio de 2015 (Documento nº 10 y STS 754/2014, de 30 de diciembre (Documento nº 11) STS 583/2016 de 30 de septiembre (Documento nº 12) STS de 21 mayo 1992 dictada en el recurso nº 367/1990 (Documento nº 13)".

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 septiembre de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

"La Sala acuerda:

" 1.º) Admitir los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de casación interpuesto por la representación procesal D.ª Sagrario y D. Valeriano contra la sentencia de 7 de junio de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) en el rollo de apelación n.º 530/2017 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 329/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Barcelona.

" 2.º) Inadmitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal D.ª Sagrario y D. Valeriano contra la sentencia de 7 de junio de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) en el rollo de apelación n.º 530/2017 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 329/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Barcelona.

" 3.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la indicada parte recurrente contra la mencionada sentencia, con imposición de costas a la parte recurrente, que perderá el depósito constituido.

" 4.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito de oposición a los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de casación admitidos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la secretaría".

3.- CaixaBank S.A. se opuso al recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de diciembre de 2021. Por providencia se acordó su suspensión, señalándose nuevamente el 13 de enero de 2022 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Antecedentes del caso*

1.- D.ª Sagrario y D. Valeriano interpusieron una demanda contra Caixabank S.A. en la que solicitaron la nulidad de las cláusulas relativas a divisas del préstamo hipotecario que concertaron el 3 de octubre de 2008.

2.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que estimó la demanda y declaró la nulidad parcial de los acuerdos suscritos en la escritura pública de préstamo hipotecario relativas a divisas.

3.- Caixabank apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocó la sentencia recurrida y desestimó la demanda.

4.- Los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido inadmitido, y un recurso de casación que ha sido admitido a excepción del motivo primero.

5.- La causa de inadmisión alegada por Caixabank no puede ser estimada. El motivo segundo del recurso de casación no se aparta de la ratio decidendi de la sentencia recurrida, como se verá al resolverlo.

Segundo. *Cuestiones previas: la alegada imposibilidad de control de las cláusulas cuestionadas*

1.- Caixabank, sucesora de Barclays, ha realizado extensas alegaciones relativas a la imposibilidad de realizar el control de abusividad de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario relativas a las divisas, por impedirlo el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE. Según Caixabank, nuestra jurisprudencia, que ha rechazado esta tesis, se opone al reciente auto del TJUE de 14 de abril de 2021. Y vuelve a invocar la sentencia del TJUE de 9 de

julio de 2020, asunto C-81/19, caso Banca Transilvania S .A., que había sido ya invocada en anteriores recursos, en los que esta sala rechazó la pretensión de Caixabank.

2.- En primer lugar, la pretensión de Caixabank no puede estimarse porque se trata de una cuestión nueva. El recurso de casación tiene por objeto decidir si la Audiencia Provincial, al resolver las cuestiones planteadas por los litigantes, ha incurrido en una infracción legal. Pero no pueden plantearse en casación cuestiones sobre las que la Audiencia Provincial no se haya pronunciado sin incurrir en una incongruencia omisiva o en falta de exhaustividad, como es el caso.

3.- En todo caso, el auto del TJUE en que pretende apoyarse Caixabank no hace sino reiterar la doctrina sentada con anterioridad por el TJUE en sus sentencias, por lo que hemos de remitirnos a nuestra jurisprudencia, establecida en las sentencias 99/2021, de 23 de febrero, 188/2021, de 31 de marzo, y 672/2021, de 5 de octubre, en las que resolvimos las alegaciones realizadas por Caixabank.

4.- Las cláusulas cuestionadas por los prestatarios no se limitan a reflejar las disposiciones legales o reglamentarias imperativas. El TJUE ha declarado reiteradamente que la exclusión contenida en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE "es de interpretación estricta". Debe recordarse que la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, C-81/19, Banca Transilvania, que también resulta invocada por Caixabank, declara expresamente que "incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio". Esta doctrina se reitera en el auto de 14 de abril de 2021, asunto C-364/19, apartado 38. Y hemos rechazado de forma reiterada que las cláusulas cuestionadas reflejen normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa.

5.- En la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, habíamos declarado sobre esta cuestión:

"7.- Tampoco puede admitirse la segunda objeción opuesta por la entidad bancaria, expresada en el trámite de alegaciones sobre la STJUE del caso Andriuc, en el sentido de que las estipulaciones cuestionadas quedan fuera del ámbito de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 1.2.

" Este precepto dispone:

" "Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

" La razón por la que, según el banco, debe aplicarse tal precepto consiste en que esas estipulaciones se limitan a reflejar el principio del nominalismo monetario del art. 1170 del Código Civil en relación con los arts. 1753 y 1754 del Código Civil y 312 del Código de Comercio.

" 8.- La objeción debe ser rechazada. Es innegable que en un contrato del que resulten obligaciones pecuniarias es necesario fijar la moneda en la que deben cumplirse las obligaciones de pago fijadas en el contrato. Pero las cláusulas impugnadas en la demanda no se limitan a reflejar los preceptos legales invocados por la recurrida. Tampoco la redacción concreta que se ha dado a esas cláusulas en la escritura pública y la ausencia de información precontractual y contractual sobre su trascendencia para la posición jurídica y económica de las partes en el desarrollo del contrato son consecuencia de la trasposición al contrato de esas normas legales. Frente a lo que parece sostener Caixabank, las cláusulas cuestionadas no se limitan a fijar la moneda en que deben ser cumplidas las obligaciones derivadas del contrato".

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

"Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias".

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

un préstamo de similares características, otorgado por la misma entidad financiera, y en el que se planteó esta misma cuestión, declaramos:

"23.- Para determinar la información que Barclays debió suministrar a los demandantes tiene especial relevancia la diferenciación entre la divisa en que se denominó el préstamo, pues en ella se fijaba el capital prestado y el importe de las cuotas de amortización, a la que podemos llamar "moneda nominal", y la moneda en la que efectivamente se entregó a los demandantes el importe del préstamo y se pagaron por estos las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar "moneda funcional". En la cláusula en la que se especificaba, denominada en divisa, el capital prestado, se fijaba también su equivalencia en euros.

" 24.- Los demandantes solicitaron el préstamo para hacer el pago de una cantidad de dinero determinada en euros, concretamente la cantidad necesaria para cancelar anteriores préstamos denominados en euros, cuyas condiciones consideraban más desfavorables que el préstamo denominado en divisas que Barclays les ofreció a un interés más bajo.

" La escritura pública de préstamo hipotecario preveía que el ingreso del capital prestado en la cuenta de los prestatarios se haría, como se hizo, en euros, y fijaba el tipo de cambio aplicado para hallar la equivalencia del capital denominado en divisa (yen japonés) con el capital que se entregó efectivamente en euros, que era el tipo de cambio de venta de esa divisa que tenía fijado el banco. Por tanto, el importe del capital del préstamo denominado en la divisa inicial, el yen japonés, era la equivalencia, al tipo de cambio fijado, del importe que los prestatarios necesitaban en euros.

" La valoración del bien hipotecado contenida en la escritura se hizo en euros y la fijación de la extensión de la garantía hipotecaria se hizo también en euros.

" Los prestatarios tenían sus ingresos en euros. Aunque el clausulado predispuesto por Barclays preveía la posibilidad de hacer los pagos de las amortizaciones en divisas o en euros y establecía en este último caso el tipo de cambio aplicable (tipo de cambio de compra de la divisa fijado por el banco en un determinado momento), esta segunda opción era la única que podía cumplirse de forma efectiva en la ejecución del contrato puesto que los prestatarios obtenían sus ingresos en euros. [...]

" 25.- Lo expuesto muestra que era exigible a Barclays que hubiera informado a los demandantes sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, el yen japonés, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución (esto es, la entrega efectiva del capital a los prestatarios, el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización y la reclamación por el banco del capital pendiente de amortizar cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo, mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria)".

8.- Por todas estas razones no puede estimarse la alegada imposibilidad de control de abusividad de las cláusulas cuestionadas, puesto que no se encuentran en el ámbito de aplicación de la excepción del art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE.

Tercero. *Formulación del segundo motivo del recurso de casación*

1.- En el encabezamiento del segundo motivo del recurso de casación los recurrentes alegan la infracción del art. 82 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

2.- Al desarrollar el motivo, se argumenta que la infracción se ha producido porque, pese a que ha existido un déficit de información y falta de transparencia, la Audiencia Provincial no ha apreciado el carácter abusivo de las cláusulas.

Cuarto. *Decisión del tribunal: la falta de transparencia, por déficit de información, de las cláusulas relativas a divisa determina su carácter abusivo*

1.- De los hechos fijados por la sentencia de la Audiencia Provincial resulta la insuficiencia de la información facilitada a los prestatarios, puesto que no se les informó de 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 pese al pago regular de las cuotas del préstamo; y que esto 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.

2.- También es pertinente recordar que, incluso en los casos en que los prestatarios cuentan con un asesoramiento contractual externo, este "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 multimonedas, mientras de la concreta relación de asesoramiento y de la participación del asesor en la contratación de los productos no sea razonable

entender que esa información había sido ya suministrada o suplida por la intervención del asesor" (sentencias 493/2020, de 28 de septiembre, 392/2021, de 8 de junio, y 829/2021, de 30 de noviembre).

3.- Asimismo, hemos declarado con reiteración que el hecho de que la iniciativa de contratar el préstamo multidivisa o multimonedada partiera del consumidor no libera al predisponente de informar, con la suficiente antelación, sobre los riesgos del producto demandado ni excluye la insuficiencia e inadecuación de la información obtenida (sentencias 158/2019, de 14 de marzo, 188/2021, de 31 de marzo, y 217/2021, de 20 de abril).

4.- La Audiencia Provincial afirma que "la falta de transparencia no produce como efecto directo la nulidad de la cláusula, sino que permite analizar el carácter abusivo en el sentido establecido en el artículo 82 de la LGDCU". Y considera que, pese a la falta de información sobre los riesgos inherentes al préstamo multimonedada o multidivisa, la entidad bancaria no contrarió las reglas de la buena fe porque no consta que ocultara a los prestatarios información sobre la evolución del yen pues "los informes y las pruebas documentales aportadas por las partes son contradictorias" y porque los prestatarios optaron por el préstamo multimonedada porque "la cuota en aquel momento era menor".

5.- El criterio seguido por la Audiencia Provincial no se ajusta a nuestra jurisprudencia. Para que la cláusula sea abusiva, no es preciso que se aprecie mala fe subjetiva en la entidad predisponente. La información cuya ocultación o, al menos, no comunicación al consumidor es relevante no es la de la evolución futura de la divisa sino la de los riesgos de no disminución de la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de infra garantía. Por otra parte, la falta de prueba sobre el alcance de la información suministrada no puede servir como argumento para fundar la desestimación de la acción de nulidad de la cláusula abusiva por cuanto que hemos reiterado que la carga de la prueba del suministro de información adecuada recae sobre la entidad predisponente.

6.- En todo caso, en las anteriores sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, 599/2018, de 31 de octubre, 493/2020, de 28 de septiembre, y 391/2021 y 392/2021, ambas de 8 de junio, 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 comparar 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.

7.- Por último, que los prestatarios optaran por dicho préstamo porque la cuota era inferior a los préstamos referenciados al Euribor tampoco puede ser un argumento que excluya el carácter abusivo de las cláusulas. 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 del carácter abusivo de las cláusulas en cuestión, ni permite presuponer que incluso aunque hubieran sido informados de los riesgos, los prestatarios habrían contratado el préstamo.

8.- La estimación de este motivo determina la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial y la confirmación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, lo que hace innecesario entrar a resolver sobre los restantes motivos del recurso.

Quinto. Costas y depósito

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Procede condenar a Caixabank al pago de las costas del recurso de apelación, que resulta estimado.

2.- Procédase a la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación 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 D.ª Sagrario y D. Valeriano contra la sentencia 392/2018 de 7 de junio, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 530/2017.

2.º- Casar la expresada sentencia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por Caixabank S.A. contra la sentencia 63/2017, de 9 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia núm. 43 de Barcelona, que confirmamos, y condenar a la apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

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

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

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.