

**COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 28 DE MARZO Y 10 DE ABRIL DE 2023
(418/2023 Y 445/2023)**

**Criterios para determinar la validez
de las cláusulas relativas a la opción multidivisa
y de ampliación de garantías en préstamos
hipotecarios suscritos por consumidores.**

**Aplicación de la doctrina del
Tribunal de Justicia de la Unión Europea
sobre el control de transparencia aplicable
a las cláusulas contractuales según su naturaleza**

Comentario a cargo de:
PATRICIA PUGNAIRE PADRÓ Y JAIME VIAÑO GARCÍA
Abogados de *Cuatrecasas*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MARZO DE 2023

ROJ: STS 1068/2023 – **ECLI:ES:TS:** 2023:1068

ID CENDOJ: 28079119912023100006

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ABRIL DE 2023

ROJ: STS 1287/2023 – **ECLI:ES:TS:** 2023: 1287

ID CENDOJ: 28079119912023100008

PONENTE: EXCMO. SR. DON JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Asunto: Ambas sentencias abordan la nulidad parcial de los préstamos hipotecarios multidivisa y sus consecuencias. Sin embargo, las sentencias difieren en el alcance de la nulidad y en sus efectos sobre el saldo y las cuotas del préstamo.

La Sentencia del Tribunal Supremo 1287/2023, de 10 de abril declara la nulidad de todas las cláusulas multidivisa y ordena que el préstamo se trate como si se hubiera concedido y amortizado en euros desde el inicio. Además, como consecuencia de la desaparición de las referencias a moneda extranjera, declara la nulidad de la cláusula que obliga al prestatario a aportar garantías adicionales si la moneda se aprecia más de un 10% respecto al euro. La sentencia estima el recurso de casación del prestatario y revoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que había confirmado la sentencia de primera instancia que solo había anulado las cláusulas de vencimiento anticipado y de interés de demora por abusivas. La Sentencia del Tribunal Supremo 1068/2023, de 28 de marzo solo declara la nulidad de las cláusulas que facultan al banco a exigir garantías adicionales o a cancelar la parte excedida del préstamo si el equivalente en euros supera el límite del préstamo en un 10%, y a declarar el préstamo vencido anticipadamente si el equivalente en euros del capital pendiente supera el límite pactado. La sentencia mantiene la validez del resto de las cláusulas que regulan la opción multidivisa del préstamo. En definitiva, la sentencia estima parcialmente el recurso de casación del prestatario y confirma en lo demás la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que había revocado la sentencia de primera instancia que había declarado la nulidad parcial del contrato respecto al contenido multidivisa y ordenado el recálculo del préstamo como si se hubiera concedido en euros.

Suamrio: 0. Advertencia previa. 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *Sobre la cuestión a decidir.* 5.2. *La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el control de transparencia aplicable a las cláusulas de los préstamos hipotecarios en moneda extranjera.* 5.3. *La aproximación del Tribunal Supremo a los préstamos con opción multidivisa: la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia y su aplicación a los casos enjuiciados.* 5.4. *La falta de información precontractual (y, por tanto, falta de transparencia) genera un desequilibrio crucial en las obligaciones de las partes del contrato de préstamo.* 5.5. *Las cláusulas de ampliación de garantías y la cláusula de vencimiento anticipado declaradas nulas por el TS en las sentencias objeto de análisis.* 5.6. *Los malabares argumentativos del Tribunal Supremo para anular la cláusula de ampliación de garantías y vencimiento anticipado, manteniendo el resto del contrato (y del contenido multidivisa) incólume en la STS 418/2023, de 28 de marzo.* 5.6. *Conclusión.* 6. Bibliografía.

0. Advertencia previa

Las dos sentencias analizan, alcanzando conclusiones distintas, dos contratos de préstamo hipotecario en modalidad multidivisa en dos supuestos en los que el consumidor demandante alegaba, entre otros motivos, la nulidad de (i) las cláusulas relativas a divisa extranjera por error vicio en el consentimiento y por abusividad y (ii) la cláusula que facultaba a la entidad prestamista para exigir al prestatario la ampliación de las garantías en el supuesto de que el capital pendiente se viera incrementado en más de un diez por ciento como consecuencia de la apreciación de la divisa extranjera frente al euro, por ser ésta abusiva.

En la STS núm. 410/2023, de 10 de abril, el TS afirma que la declaración de nulidad del clausulado multidivisa supone la nulidad de la cláusula de ampliación de garantías; mientras que en la STS 410/2023, de 28 de marzo, el TS confirma la validez del contrato en lo que a las cláusulas relativas a divisas del préstamo se refiere, pero declara la nulidad por abusividad de la cláusula de aplicación de garantías.

Aunque ambas sentencias tienen peculiaridades (debido a que enjuician supuestos de hecho no totalmente coincidentes), el contenido de las decisiones admite (y aconseja) un comentario conjunto de ambas para evitar reiteraciones innecesarias. Además, el análisis conjunto presenta cierto interés dado el diferente resultado que el Tribunal Supremo alcanza en supuestos de hecho aparentemente similares y que, *a priori*, podrían parecer merecedores de la misma conclusión.

1. Resumen de los hechos

STS 1068/2023: Resuelve un caso en que el consumidor en su condición de prestatario pretende que se declare la nulidad de las cláusulas referidas a divisa extranjera del préstamo hipotecario suscrito en 2008 en yenes japoneses. Alega error vicio en el consentimiento prestado y que son condiciones generales de la contratación que no superan el control de transparencia. Entre las cláusulas impugnadas, figura la que contempla la facultad de la entidad prestamista de exigir al prestatario la concesión de garantías adicionales en caso de que, como consecuencia de la apreciación de la divisa del préstamo, el capital dispuesto pendiente excediera en un 10% del límite del capital inicialmente prestado en su contravalor en euros. Esa misma cláusula otorgaba la facultad al banco de declarar el vencimiento anticipado del préstamo, exigiendo la devolución de la totalidad del capital pendiente de amortizar, más los intereses correspondientes, en el supuesto de que las garantías exigidas no se prestasen.

En el supuesto de hecho, había quedado acreditado que la iniciativa de la contratación del préstamo en moneda extranjera había partido del propio consumidor y que la entidad bancaria le había facilitado información precon-

tractual. De hecho, el prestamista facilitó al consumidor un Documento de Primera Disposición que refería, entre otras cuestiones, la naturaleza y riesgos derivados de la contratación de un préstamo en divisas. Dicho documento, que constaba de dos páginas, únicamente estaba fechado y firmado en la primera de ellas.

STS 1287/2023: Resuelve un supuesto en el que un consumidor solicita (i) por un lado, la declaración de nulidad parcial por error vicio en el consentimiento del préstamo hipotecario suscrito en 2006 en cuanto a las cláusulas relativas a la opción multdivisa, la conversión del saldo vivo del préstamo a euros y la aplicación del tipo de interés resultante de adicionar al Euribor el diferencial pactado (0,6%); y (ii) por otro, la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, intereses moratorios y ampliación de garantía por abusividad.

En el caso analizado, se considera probado que el demandante tuvo la iniciativa de contratar un préstamo en divisas por recomendación de un amigo y el agente de la propiedad inmobiliaria que gestionaba la compra de su vivienda. Además, según se refiere en la sentencia, la entidad bancaria demandada (CAIXA DE TERRASSA, ahora BBVA, S.A.) no acreditó haber entregado ningún documento que contuviera información sobre los riesgos del préstamo, ni la oferta vinculante. La única prueba sobre la información proporcionada al consumidor consiste en la declaración testifical del director de la oficina quien afirmó haber trasladado las condiciones del contrato sin especificar en qué términos, más allá de la advertencia de que la moneda podía fluctuar. Sin embargo, parece inferirse de la sentencia que no informó sobre el impacto que dicha fluctuación podía tener en el capital pendiente.

Por supuesto, en ambos casos, las entidades bancarias demandadas constataron a las demandas presentadas, solicitando su íntegra desestimación con expresa imposición de costas. En ambos supuestos, los bancos aducían, en esencia, que en el momento de la contratación, el consumidor estaba debidamente informado de la naturaleza y los riesgos inherentes a un préstamo en divisa extranjera.

2. Soluciones dadas en primera instancia

STS 1068/2023: El Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de Madrid estimó la demanda, por entender que existió un vicio en el consentimiento del prestatario y declaró la nulidad parcial del contrato de préstamo en relación con todos los contenidos referidos a la opción multdivisa. Así, el Juzgado ordenó que el préstamo quedase referenciado a la divisa euros, condenando a la entidad bancaria a recalcular en su integridad y desde el inicio de la vigencia del préstamo el capital amortizado y el pendiente de amortizar, como si este se hubiera concedido en euros y aplicando un tipo de interés correspondiente al Euribor más el diferencial pactado.

STS 1287/2023: El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Terrassa estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad de las cláusulas del contrato referidas al vencimiento anticipado e intereses de demora, por considerarlas abusivas. Sin embargo, no lo hizo respecto de las cláusulas del contrato referidas a la opción multdivisa y de ampliación de garantías. El Juzgado entendió, por un lado, que la acción de nulidad por error vicio en el consentimiento del clausulado multdivisa estaba caducada *ex* artículo 1.301 del Código Civil y, por otro, que la cláusula que preveía la ampliación de las garantías si la divisa extranjera se revalorizaba un 10% frente al euro era legítima, al estar protegida por el principio de autonomía de la voluntad.

3. Soluciones dadas en apelación

STS 1068/2023: La Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid revocó íntegramente la sentencia de primera instancia, al entender que la acción de nulidad por error vicio en el consentimiento no podía ser estimada, pues únicamente se refería a una parte del contrato de préstamo hipotecario y no a su totalidad. De igual modo, rechazó la acción de nulidad por falta de transparencia de las cláusulas impugnadas pues concluyó que, de la prueba practicada, se desprendía que la entidad bancaria demandada (BANKINTER, S.A.) había proporcionado al consumidor información precontractual suficiente. Concretamente, la Audiencia estimó que la entidad informó sobre el riesgo de incremento de la cuota de amortización y el riesgo de que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar no disminuyese como consecuencia de esa fluctuación del tipo de cambio, pese a que el prestatario fuese pagando todas sus cuotas.

STS 1287/2023: La Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Terrassa. Ahora bien, para llegar al resultado de su pronunciamiento, la Audiencia siguió una vía distinta a la seguida por el Juzgado para rechazar la nulidad de las cláusulas impugnadas. Así, mientras que el Juzgado de Terrassa no anuló las cláusulas con opción multdivisa al entender que la acción de nulidad por error en el consentimiento había caducado, la Audiencia Provincial analizó la pretensión de nulidad desde la perspectiva del control de transparencia y abusividad de las cláusulas impugnadas. Concluyó que no procedía su declaración de nulidad por entender que las cláusulas superaban el control de transparencia. Todo ello sobre la base de la declaración del director de la oficina. Pese a la ausencia de documental, este testimonio fue suficiente para concluir que se había facilitado información precontractual suficiente y que, en consecuencia, el demandante había suscrito el contrato conociendo los riesgos propios de las cláusulas multdivisa.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

STS 1068/2023: La parte recurrente interpone un recurso extraordinario por infracción procesal que funda en dos motivos. En primer lugar, alega la vulneración del artículo 24 de la Constitución y del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por valoración manifiestamente arbitraria o ilógica de la prueba. El segundo motivo denuncia nuevamente la vulneración del artículo 24 de la Constitución y del artículo 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que la sentencia de la Audiencia Provincial utiliza un “proceso lógico-deductivo ilógico” para al considerar probado que la entidad bancaria entregó al consumidor demandante la segunda hoja del Documento de Primera Disposición, la cual no aparece fechada ni firmada. El Tribunal Supremo inadmite ambos motivos: el primero, por entender que la valoración de la prueba que efectúa la sentencia recurrida, si bien puede cuestionarse, ni es arbitraria ni incurre en error patente; el segundo, por cuanto la conclusión alcanzada en relación con la entrega de la segunda página del Documento de Primera Disposición es una de las posibles deducciones lógicas derivadas del contenido de la primera página –fechada y con la firma del demandante– de ese mismo documento, independientemente de si la Audiencia recurrió a la prueba de presunciones o no, lo cual no es claro.

Respecto del recurso de casación interpuesto, este se articula en tres motivos:

En el primer motivo se denuncia la infracción de los artículos 1,3, 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. El recurrente argumenta que la Audiencia ha empleado criterios erróneos para concluir que las cláusulas impugnadas superan el control de transparencia en relación con la información relativa a los riesgos inherentes al clausulado multidivisa y, en concreto, el de aumento de la cuota y del capital pendiente de amortización. La Sala desestima dicho motivo, con cita a su sentencia núm. 613/2022, de 20 de septiembre, por entender que el Documento de Primera Disposición acredita que el consumidor dispuso de información precontractual suficiente acerca de las características y riesgos de la hipoteca multidivisa, dado que este contenía información, ejemplos y explicaciones comprensibles acerca de –entre otras cuestiones– los riesgos de apreciación de la divisa en la cuota y en el capital pendiente de amortizar, o el riesgo de incremento del capital pendiente en su contravalor en euros, respecto del capital inicialmente prestado.

En el segundo motivo el recurrente alega la infracción de los artículos 1, 3, 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 por cuanto la Sentencia de la Audiencia no habría analizado los riesgos derivados de las cláusulas de ampliación de

garantías, de cancelación anticipada, así como de que se produzca el vencimiento anticipado como consecuencia del aumento del capital pendiente de amortizar en euros. La Sala estima este motivo tras concluir que las cláusulas controvertidas no superaron ni los parámetros de transparencia (BANKINTER no informó debidamente de los potenciales riesgos concretos de estas cláusulas) ni de contenido, por ser desproporcionado. De este modo, el Pleno entiende que las cláusulas de ampliación de garantías y vencimiento anticipado generaban un desequilibrio de los derechos y obligaciones del contrato muy perjudiciales para el consumidor. El posible vencimiento anticipado “*no es proporcional a la ventaja que el banco obtiene de la cláusula, que aun sin ampliación [de las garantías] sigue disponiendo del ius vendendi propio de la garantía hipotecaria (art. 1858 del Código Civil), de la afectación del bien por el valor por el que se constituyó inicialmente la hipoteca (art. 104 de la Ley Hipotecaria), y de la posibilidad de ejercitar la acción ejecutiva en caso de impago (arts. 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil)*”. Por tanto, la cláusula debe ser considerada abusiva y, en consecuencia, nula.

En el tercer motivo se alega la infracción del art. 1255 del Código Civil sobre la base de que la Audiencia habría aceptado el valor probatorio de un documento que no constaba fechado ni firmado. El Tribunal considera el motivo inadmisibles dado que las cuestiones probatorias no pueden ser objeto del recurso de casación.

STS 1287/2023: La parte recurrente, el prestatario, interpone un recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial basado en dos motivos que la Sala estima. Estos dos motivos son, en esencia, coincidentes, pero referidos a distintas cláusulas del contrato, como exponemos a continuación.

El primer motivo, denuncia que la sentencia dictada infringe los artículos 60.2, 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE. En esta línea, el prestatario entendía que las cláusulas con opción multidivisa del contrato de préstamo no superaban el control de transparencia, puesto que la prestamista no le informó debidamente de que las fluctuaciones del tipo de cambio podían poner en riesgo su capacidad de repago. Los mismos preceptos entiende el recurrente que fueron infringidos en relación con la cláusula de ampliación de garantías y vencimiento anticipado. La Sala estima el primer motivo al entender que no constaba acreditado que la prestamista hubiese informado al prestatario sobre los riesgos que entrañaba una fluctuación drástica del tipo de cambio en un contrato con opción multidivisa. Una vez anuladas las referencias a la opción multidivisa del contrato, la cláusula sobre ampliación de garantías como consecuencia de una devaluación considerable del euro respecto a la moneda extranjera “*pierde su razón de ser*”. Es decir, el Pleno del Tribunal Supremo estima también el segundo motivo de casación, como consecuencia directa y necesaria de la estimación de la solicitud de nulidad de las referencias a moneda extranjera del contrato de préstamo.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

En el presente apartado nos centraremos en el análisis que efectúa el Tribunal Supremo sobre la validez o nulidad de las cláusulas de opción multidivisa y de ampliación de garantías (y, en menor medida, de vencimiento anticipado). Como veremos, debido a particularidades de cada caso, el Alto Tribunal alcanza soluciones distintas en relación con la validez del clausulado multidivisa, aunque en ambas sentencias declara la nulidad de la cláusula de ampliación de garantías, los motivos que justifican dicha decisión son distintos en uno y otro supuesto.

5.1. Sobre la cuestión a decidir

Como hemos visto, en ambos supuestos se trata de determinar si el clausulado multidivisa y la cláusula de ampliación de garantías y de vencimiento anticipado insertas en los préstamos hipotecarios suscritos por los consumidores demandantes con BANKINTER, S.A. y CAIXA TERRASSA, S.A. (actualmente, BBVA), respectivamente, deben reputarse abusivos o no.

De una primera lectura de las sentencias, podría parecer, *quod non*, que el Tribunal adopta soluciones dispares para problemas muy parejos. Sin embargo, los hechos probados en cada caso justifican, como veremos a continuación, la distinta decisión de la Sala tras efectuar el control de transparencia y abusividad del clausulado multidivisa de ambos préstamos hipotecarios.

En un caso (STS 418/2023, de 28 de marzo), la Sala confirma la conclusión de la Audiencia Provincial en cuanto a que las cláusulas contractuales referidas a la opción multidivisa del préstamo hipotecario superan el control de transparencia. Entiende el Alto Tribunal que el Documento de Primera Disposición constituye información suficiente y fácilmente comprensible sobre la naturaleza y riesgos de las cláusulas impugnadas. Sin embargo, y contrariamente a lo que cabría esperar, declara la nulidad de la cláusula de ampliación de garantías tras un exhaustivo análisis tendente a justificar su abusividad. Así, la sentencia confirma la validez del contrato de préstamo hipotecario en divisa extranjera en todos sus extremos, a excepción de la cláusula de ampliación de garantías y de vencimiento anticipado vinculado a ésta. De este modo, mientras que el préstamo seguirá teniendo la naturaleza y funcionamiento de un préstamo en divisas, con todos sus riesgos inherentes, la entidad bancaria no podrá exigir al prestatario la aportación de garantías adicionales o proceder a dar por vencido anticipadamente el préstamo en el supuesto de que el capital pendiente y dispuesto exceda el 10% del límite inicial, en su contravalor en euros.

En el otro caso (STS 445/2023, de 10 de abril), la Sala entiende que la sentencia recurrida contraviene la doctrina del Tribunal Supremo relativa a qué información es exigible a las entidades que ofertan préstamos hipotecarios en divisas (STS 608/2017, de 15 de noviembre y STS 599/2018, de 31 de octu-

bre) y declara la anulabilidad del contrato de préstamo porque las cláusulas multidivisa en este caso, no superan el control de transparencia y abusividad. Y ello debido a que la información que consta suministrada al consumidor no era suficiente para cumplir con las exigencias de transparencia. La nulidad parcial declarada supone la reconversión del préstamo a euros desde su firma, con el consiguiente recálculo retroactivo del cuadro de amortización que ello supone. Y los efectos de la nulidad de las cláusulas multidivisa determinan la nulidad de cláusula de ampliación de garantías y de vencimiento anticipado. Por ello, es innecesario realizar un análisis autónomo de la transparencia y abusividad de estas.

Si no se trascendiese de este breve resumen, podría parecer que estamos ante dos resoluciones, en cierta medida, contradictorias. Sin embargo, un análisis más detallado de los pronunciamientos lleva a poder conciliar el contenido de las dos sentencias.

5.2. *La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el control de transparencia aplicable a las cláusulas de los préstamos hipotecarios en moneda extranjera*

El análisis y adecuada comprensión de las conclusiones alcanzadas en una y otra sentencia requiere tener en cuenta, además de la normativa aplicable, la jurisprudencia previa del propio Tribunal Supremo y los hechos probados en cada caso, la doctrina del TJUE relativa al control de transparencia aplicable a este tipo de préstamos hipotecarios en divisas.

Préstamos que, desde hace años, han sido objeto de un intenso debate judicial en el seno de la Unión Europea. Se han dictado, entre otros pronunciamientos, las sentencias del TJUE de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18 (ECLI:EU:C:2019:819), de 2 de septiembre de 2021, OTP Jelzálogbank, C-932/19 (ECLI:EU:C:2021:673), y de 25 de noviembre de 2020, Banco B, C-269/19 (ECLI:EU:C:2020:954) que han declarado abusiva una cláusula de conversión que permitía a la entidad calcular el importe a reembolsar en función del índice de compra de la divisa extranjera, pero el importe de las cuotas mensuales en función del índice de conversión aplicable a la venta de la divisa. El beneficio del banco estaba en la diferencia entre los índices de venta y los de compra.

De igual modo, destaca la sentencia C-520/21, de 15 de junio de 2023 (ECLI:EU:C:2023:478), en la que el TJUE ha remarcado la línea proteccionista que venía siguiendo respecto del consumidor en los préstamos multidivisa y ha sentado que la entidad prestamista no puede reclamar más allá de la cantidad prestada y sus intereses. Sin embargo, resulta ciertamente paradójico que el consumidor sí pueda reclamar a la entidad el eventual beneficio patrimonial obtenido por ésta con las cantidades que le pagó pues *“no puede admitirse que una parte obtenga ventajas económicas de su comportamiento ilícito ni que se le indemnice por las desventajas provocadas por tal comportamiento”* (apartado 81).

Si bien en los supuestos resueltos por las sentencias dictadas por el TJUE no se impugnaban las cláusulas objeto de las sentencias analizadas, lo cierto es que la jurisprudencia europea sobre préstamos hipotecarios en divisa extranjera ha levantado un halo de sospecha y abusividad alrededor de los préstamos multidivisa que se ve reflejado en las sentencias dictadas por los jueces y tribunales nacionales en casos como los que nos ocupan. Por tanto, el Tribunal Supremo, al decidir sobre los contratos estudiados, partía de una situación muy proteccionista de cara al prestatario consumidor.

Por un lado, la conclusión que alcanza la Sala en la STS 445/2023, de 10 de abril se basa, en buena medida, en la doctrina sentada por la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (caso Andriuc), que establece la relevancia de que antes de la celebración de un contrato el consumidor disponga de información sobre su contenido y riesgos. Y, en el caso de los préstamos en moneda extranjera explicitó –entre otras cuestiones que por espacio no se reproducen– que *“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”*.

Y, precisamente por considerar infringida esta doctrina, como veremos, la Sala revoca la sentencia de la Audiencia Provincial y declara la anulabilidad o nulidad parcial del préstamo en divisas.

Por otro, en la STS 418/2023, de 28 de marzo, la Sala analiza la validez de la cláusula de ampliación de garantías y vencimiento anticipado del préstamo multidivisa a la luz de sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013 C-92/11 (caso RWE Vertrieb AG) y de 12 de enero de 2023 –dictada poco antes de que el Tribunal Supremo resolviera este caso. Ambas sentencias subrayan la relevancia de la información precontractual proporcionada al consumidor en relación con las condiciones y consecuencias de la celebración del contrato. Información que, según afirma la más reciente sentencia del TJUE de 12 de enero de 2023 en su apartado 43 *“No obstante, si bien no puede exigirse a un profesional que informe al consumidor sobre las consecuencias económicas finales de su contratación, que dependen de acontecimientos futuros, imprevisibles e independientes de la voluntad de ese profesional, no es menos cierto que la información que está obligado a comunicar antes de la celebración del contrato debe permitir al consumidor tomar su decisión con prudencia y con pleno conocimiento, por una parte, de la posibilidad de que se produzcan tales acontecimientos, y por otra parte, de las consecuencias que estos pueden acarrear en cuanto a la duración de la prestación de servicios jurídicos de que se trate”*.

5.3. *La aproximación del Tribunal Supremo a los préstamos con opción multidivisa: la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia y su aplicación a los casos enjuiciados*

Además de los precedentes del TJUE, es la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo la que sirve de base a las sentencias objeto de análisis y, de hecho, ambas citan sentencias recientes y no tan recientes del Alto Tribunal en esta materia.

Por un lado, la STS 445/2023, de 10 de abril concluye, con expresa cita a la STS 439/2019, de 17 de julio que *“no ha existido esa información precontractual necesario para que el prestatario conociera adecuadamente la naturaleza y los riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa [...]”*. Y refiere, para reforzar la declarada falta de transparencia de estas cláusulas, lo afirmado en las 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: *“la falta de transparencia [...] 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”*.

En consecuencia, declara la nulidad parcial del contrato de préstamo, posibilidad que ya examinó en la paradigmática STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, en la que se enunció que declarar la nulidad total del contrato supondría *“un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada no puede perjudicarlo más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84)”*. Por tanto, el Tribunal concluyó que la solución más adecuada era la de sustituir el régimen contractual para que pasase a estar denominado en euros.

Como no habrá pasado desapercibido al lector más atento, esta solución es replicada en sólo una de las dos sentencias objeto de este comentario (en la STS 445/2023, de 10 de abril). Sin embargo, en la otra, el Pleno reafirma la validez de la opción multidivisa del contrato y sólo anula la cláusula relativa a la ampliación de garantías y vencimiento anticipado. En el siguiente apartado estudiaremos qué diferencias coyunturales existían en ambos supuestos para que la solución a la que llegó el Alto Tribunal sea tan dispar.

No obstante, para declarar la nulidad de la cláusula de ampliación de garantías, en la STS 418/2023, de 28 de marzo la Sala acude también a la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre con ocasión del examen autónomo de la transparencia de la cláusula de ampliación de garantías y vencimiento anticipado, al amparo del artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE. Con base en esta sentencia y en otras dictadas con posterioridad la Sala recuerda nuevamente la importancia de suministrar la información precontractual al cliente sobre

el riesgo derivado de las cláusulas multidivisa y, en particular, de la cláusula enjuiciada. Precisamente sobre esa información precontractual, el TS afirma que el profesional debe informar al potencial cliente del riesgo de que, como consecuencia del incremento del capital pendiente en su contravalor en euros, la garantía prestada puede resultar insuficiente y que tal situación faculta a la entidad bancaria a exigir la ampliación de las garantías prestadas, so pena de dar por vencido anticipadamente el préstamo. El Alto Tribunal concluye, como posteriormente se abordará, que en este caso, la cláusula no supera el control de transparencia y debe reputarse abusiva.

5.4. La falta de información precontractual (y, por tanto, falta de transparencia) genera un desequilibrio crucial en las obligaciones de las partes del contrato de préstamo

Efectivamente, la STS 445/2023, de 10 de abril, replica la fórmula seguida por la STS 608/2017 y declara la nulidad parcial del contrato con relación a todas las referencias multidivisa. En otras palabras, convierte el préstamo a euros, lo cual obliga a la entidad bancaria a recalcular el cuadro de amortización y el capital pendiente como si el préstamo hubiera sido concedido en euros.

En cambio, la STS 418/2023, de 28 de marzo, valida las cláusulas referidas a la opción multidivisa del préstamo hipotecario y únicamente anula la facultad del banco de exigir garantías adicionales o resolver el contrato ante la insuficiencia de éstas, como consecuencia del incremento del capital inicialmente prestado en su contravalor en euros.

La diferencia clave entre ambos supuestos y que explica las dispares soluciones dadas por la Sala radica en el distinto grado de información precontractual que las entidades bancarias probaron haber proporcionado al consumidor en relación con las condiciones y riesgos del préstamo en divisas. Esto determinó un distinto grado de conocimiento de los prestatarios acerca del préstamo en el momento de contratar.

Así, en la STS 445/2023, el Tribunal concluyó que la sentencia de la Audiencia Provincial contradice la doctrina del TJUE y del TS en la valoración de la prueba relativa a la información suministrada y que consistió únicamente en la declaración del director de la oficina quien, según palabras de la propia Audiencia “no supo especificar en qué manera, ni en qué términos” informó, más allá de la posibilidad de fluctuación de la divisa. De la prueba practicada, la Sala infiere que “no consta que la entidad financiera informase al demandante 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; que la equivalencia en euros de la cuota de amortización del préstamo podía fluctuar tan drásticamente que hiciera difícil a la prestataria afrontar su pago; y que esta fluctuación podía determinar una situación de infragarantía”. En definitiva, el TS determina que el prestatario no fue informado de **ninguno** de los riesgos de la opción multidivisa, por lo que estima el primer motivo de casa-

ción (que denunciaba la infracción de artículos 60.2, 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE), declara la nulidad parcial del préstamo y acuerda su conversión a euros.

Sin embargo, la conclusión alcanzada por la STS 418/2023, de 10 de abril, es radicalmente opuesta. En ésta, el Tribunal valida el razonamiento de la Audiencia Provincial que analizó el contenido del Documento de Primera Disposición –considerando probado que había sido entregado en su totalidad, pese a no constar la segunda página firmada ni fechada– y concluye que “*la información proporcionada por la demandada sobre las características y los riesgos del producto fue suficiente y fácilmente comprensible*”, por lo que “*las cláusulas contractuales impugnadas superan el control de transparencia*”.

Es decir, la diferencia de las resoluciones radica en la prueba existente acerca de la información proporcionada al consumidor o, lo que es lo mismo, en la existencia del Documento de Primera Disposición en un caso, y la ausencia de información documental o prueba alguna sobre este extremo en otro. La STS 445/2023 entiende, como la Audiencia Provincial, que este documento informativo era suficiente para que el consumidor entendiese que: “(i) *la apreciación de la divisa en la que han contratado el préstamo implica un incremento en (a) la cuota y (b) en el capital pendiente de amortizar; (ii) el contravalor en euros del capital pendiente puede superar el contravalor inicial del préstamo, situación que se describe en el cuadro con las simulaciones; (iii) en caso de optar el prestatario por un cambio de divisa, el riesgo sobre el capital vivo se materializa, es decir, habrá que estar al capital pendiente en euros en el momento en que se realiza el cambio, al igual que ocurre en el caso de amortización anticipada*”. Y es que el documento –según se desprende de la sentencia– informaba expresamente de ello “*con ejemplos y explicaciones fáciles de entender*”.

La ausencia de este documento (sumada a la falta de prueba de haber proporcionado una información equivalente por cualquier otro medio) en el supuesto estudiado en la STS 445/2023, de 10 de abril, lleva al TS a estimar la acción de nulidad parcial y a convertir el préstamo a euros.

Hasta aquí, las distintas soluciones dadas por el TS a cada uno de los casos, teniendo en cuenta sus diferencias, resultan razonables. Sin embargo, es a partir de ese momento, con ocasión del análisis que el TS efectúa de la cláusula de ampliación de garantías y vencimiento anticipado en la STS 418/2023, de 28 de marzo, que el razonamiento y posterior conclusión de la Sala resultan, cuando menos, inesperados y merecedores de comentario. Y es que el Alto Tribunal concluye que el Documento de Primera Disposición era suficiente para que el consumidor conociese y entendiese la naturaleza y riesgos inherentes a la opción multidivisa –confirmando la validez de dichas cláusulas– con la salvedad de aquellos relacionados con la ampliación de garantías y vencimiento anticipado. Y decimos que se trata de un razonamiento cuando menos particular porque, *a priori*, parece difícil justificar que la información proporcionada permitiera al consumidor conocer y comprender las condiciones y riesgos

típicos de un préstamo en divisas y, en particular, el de incremento del capital prestado en su contravalor en euros y, sin embargo, esa misma información no fuera adecuada y suficiente para que comprendiera que dicho riesgo podía derivar en la insuficiencia de las garantías prestadas y la necesidad de ampliarlas.

Parece lógico, a nuestro juicio, que si la información proporcionada permitió al consumidor comprender el riesgo de incremento del capital pendiente –pudiendo llegar a superar el capital inicialmente prestado en su contravalor en euros– pese al pago puntual de las cuotas hipotecarias (incluso durante años), esa misma información le debía hacerle comprender la necesidad de prestar mayores garantías ante un mayor riesgo. Es más, la comprensión del funcionamiento y riesgos de un préstamo en divisas –que el TS valida– se antoja más compleja que la comprensión del contenido y alcance de la cláusula de ampliación de garantías. En suma, resulta complicado entender que la misma información fuese suficiente para conocer y comprender al consumidor una cosa y no la otra.

5.5. *Las cláusulas de ampliación de garantías y la cláusula de vencimiento anticipado declaradas nulas por el TS en las sentencias objeto de análisis*

Como veíamos en los apartados anteriores, los pactos contractuales más controvertidos facultaban a la entidad prestamista a exigir al prestatario la ampliación de garantías en el supuesto de que el capital pendiente de amortizar y dispuesto excediera del 10% del capital concedido, en su contravalor en euros. Además, la falta de aportación de las garantías exigidas constituiría un incumplimiento contractual que podría determinar el vencimiento anticipado del préstamo.

Concretamente, las cláusulas controvertidas en uno y otro caso, si bien similares, presentan distinto tenor literal.

Por un lado, la cláusula enjuiciada en la STS 418/2023, de 28 de marzo establecía que “[e]l Banco se reserva el derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en Euros, todas las disposiciones al cambio del día excedieran en un DIEZ POR CIENTO del límite actual del préstamo (...) [s]i se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula 7ª de las financieras”.

Por otro, la STS 445/2023, de 10 de abril examina la siguiente cláusula: “[s]i durante la vigencia del préstamo, la divisa pactada se revalorizase con respecto la peseta/euros en más de un 10% en el mercado europeo de divisas y tomando como base la cotización que rija en la Caixa al día de hoy, el DEUDOR vendrá obligado a presentar a favor de Caixa garantías adicionales al presente contrato, reales o personales, propias o de terceros, que sean suficiente a juicio racional de aquella. Si transcurridos treinta días naturales desde el requerimiento que a tal fin le dirija la Caixa, la parte deudora no hubiera aportado las garantías solicitadas, se tomará este hecho como incumplimiento de contrato, con los efectos prevenidos para esta eventualidad”.

5.6. *Los malabares argumentativos del Tribunal Supremo para anular la cláusula de ampliación de garantías y vencimiento anticipado, manteniendo el resto del contrato (y del contenido multidivisa) incólume en la STS 418/2023, de 28 de marzo*

Tras desestimar el primer motivo del recurso de casación, el Alto Tribunal aborda segundo motivo del recurso al que dedica varias páginas (el Fundamento de Derecho Séptimo) en las que examina la normativa vigente y la jurisprudencia europea relacionada –en mayor o menor medida– con la facultad que contemplan las cláusulas de ampliación de garantías y vencimiento anticipado impugnadas

De esta forma, (i) recopila disposiciones legales o reglamentarias que facultan al prestamista a exigir garantías adicionales al prestatario, para concluir que ninguna coincide con las particularidades del caso, por lo que no hay disposición legal o reglamentaria expresa que facultase al banco a establecer las cláusulas controvertidas; (ii) analiza resoluciones del TJUE para subrayar la obligación de los prestamistas de informar debidamente al consumidor sobre los riesgos del contrato antes de contratar; (iii) recupera otras sentencias del TJUE para concluir que la ampliación de garantías y el vencimiento anticipado no se pueden considerar como cláusulas que regulen extremos esenciales del contrato (bajo la definición del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE); y (iv) sistematiza otro elenco de sentencias del TJUE para concluir que, pese a que las cláusulas examinadas no son relativas al objeto esencial del contrato, también deben superar el control de transparencia y que el hecho de no superarlo genera indicios (a veces con entidad suficiente como para ser considerados prueba fehaciente) de la abusividad de la cláusula en cuestión.

Tras ese análisis minucioso y, sin duda, extenso, el Tribunal Supremo concluye que la falta de transparencia –como consecuencia de la falta de información precontractual específica sobre los riesgos de esas concretas cláusulas– determina la abusividad del contenido de las disposiciones contractuales que facultaban al banco para exigir mayores garantías y, en su caso, resolver anticipadamente el préstamo.

Sin embargo, pese a la exhaustiva referencia y análisis de preceptos legales y sentencias del TJUE relacionados con este extremo, el Tribunal Supremo no extrae su conclusión de la falta de transparencia de la cláusula, como parecería lógico tras dedicar páginas para declarar que la transparencia debe valorarse como un criterio más de abusividad en las cláusulas no esenciales del contrato. No. La *ratio decidendi* del Tribunal Supremo es el propio contenido de las cláusulas controvertidas que estima imponen un “*desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe, su carácter [es] abusivo*”. De hecho, el Alto Tribunal acaba concluyendo que ni siquiera es preciso entrar a valorar la claridad de la cláusula impugnada (criterio indispensable para el control de transparencia)

para determinar su abusividad: “*sin necesidad siquiera de entrar en la difícil intelección de las cláusulas cuestionadas para un consumidor medio, dados los términos en que están redactadas, las mismas han de ser consideradas abusivas y, por tanto, nulas*”.

Esta misma solución nos lleva a otro concepto de (recuperando los términos del Supremo) *difícil intelección* como es el del consumidor medio al que no sólo se refiere el Tribunal Supremo, sino el propio TJUE. Ciertamente se trata este de un concepto que es tan fundamental como indeterminado, pues presenta grandes incógnitas. ¿Qué debe entenderse por consumidor medio? ¿El concepto de consumidor medio es o, mejor dicho, puede ser uniforme en todos los Estados Miembros de la Unión Europea? ¿Debe entenderse que un consumidor medio lee todas las cláusulas de los contratos que firma o que tiene un cierto nivel de preparación y estudios?

Los atributos que se le han intentado asignar por la jurisprudencia europea no resuelven las preguntas: *normalmente informado, razonablemente atento, perspicaz...* Todas esas características están vacías de contenido concreto que permita despejar las dudas que plantea el concepto *per se*. Sin embargo, el Tribunal Supremo parece haber desmarañado estas incógnitas y ha establecido un límite claro –en nuestra opinión, algo caprichoso–: un consumidor medio, normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz puede comprender los riesgos de la fluctuación del tipo de cambio en lo que se refiere a la cantidad que debe; sin embargo, no puede extraer la consecuencia irremediable de que, si el importe debido aumenta, las garantías deben hacerlo también. En definitiva, parece, en palabras de GÓMEZ LIGÜERRE, que sólo superan los test de abusividad y transparencia aquellas cláusulas que no causan perjuicios al consumidor, independientemente del modo en que se hayan incorporado; sin distinguir entre los perjuicios propios del riesgo contractual y los riesgos exógenos relacionados con la mala fe del predisponente.

Sin duda, entendemos que la solución pasa por hacer esta distinción. En el supuesto estudiado, el Tribunal Supremo habría llegado a una conclusión distinta de haberlo hecho: por los antecedentes de la Sentencia no parece que hubiese mala fe ni riesgos sorpresivos ocultos por la entidad prestamista. El riesgo era inherente al contrato. Si el prestatario pudo comprender el riesgo de la fluctuación de la moneda, debió entender también el riesgo de ampliación de garantías.

5.7. Conclusión

Los préstamos con opción multidivisa no son nulos *per se*, sino que habrá que estar a la información precontractual facilitada por el banco. Cuando esa información es insuficiente (o peor, inexistente), los tribunales están facultados para convertir el préstamo en euros, con el consecuente recálculo retroactivo de la tabla de amortización y capital pendiente de pago, como sucede en la STS 1068/2023; cuando la información precontractual es adecuada, el préstamo podrá seguir vigente en moneda extranjera.

Sin embargo, la validez de las cláusulas multidivisa encuentra su límite en aquellos supuestos en los que el contrato de préstamo regula prestaciones especialmente perjudiciales para el consumidor. Con consecuencias tan graves como la posibilidad de pérdida de la vivienda hipotecada (STS 418/2023, de 28 de marzo). Así, si la cláusula multidivisa prevé un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor, será anulada, independientemente de la información proporcionada por la entidad bancaria. Y esto es precisamente lo que ocurre con la STS 445/2023. Es impensable que el Tribunal Supremo dé por válido que la información proporcionada por el prestamista era suficiente para entender los riesgos derivados de las fluctuaciones drásticas del tipo de cambio de la moneda extranjera, pero defienda que no lo era para comprender que el banco podía solicitar más garantías.

La única conclusión válida es que esa información es irrelevante a estos efectos dado el contenido de la cláusula que es, de origen, abusivo y, por tanto, nulo. Todo ello remarca el carácter proteccionista (quizá en exceso y rozando un paternalismo condescendiente impropio de una sociedad avanzada) de nuestro poder judicial en favor del consumidor.

6. Bibliografía

- ÁLVAREZ LATA, *Control de transparencia y préstamos multidivisa*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, vol. 119, 2022.
- CARRASCO PERERA, *Reembolso anticipado, vencimiento y ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, en CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo I, 4ª ed., Aranzadi, 2022, pp. 1145 a 1152.
- CLEMENTE MEORO, *Artículo 1129 CC*, en AA.VV., *Código Civil comentado*, Volumen III, Civitas, p. 248.
- CORDERO LOBATO, *La LCCI en el contexto normativo y judicial de la transparencia y protección hipotecaria*, en CARRASCO, *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, pp. 53 a 84.
- CÁMARA LAPUENTE, *Control of Price related Terms in Standard Form Contracts in the European Union: The Innovative Role of the CJEU's Case-Law* en ATAMER y PICHONNAZ, *Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts*, Springer, 2020, pgs. 67 a 101.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Cláusulas abusivas*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario del Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, 2ª ed., Aranzadi, 2015, pp. 1103 a 1148.
- GÓMEZ LIGÜERRE, *Ampliación de garantías, transparencia y abusividad en las hipotecas multidivisa*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, vol. 124, 2024.
- GÓMEZ LIGÜERRE, *Cláusulas abusivas, nulidad parcial del contrato y derecho dispositivo*, en GÓMEZ POMAR y FERNÁNDEZ CHACÓN, *Estudios de derecho contractual europeo*, Aranzadi, 2022, pp. 261 a 330.

- GÓMEZ POMAR y CANUDAS PERARNAU, *Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de junio de 2023 (Bank M): nulidad total del contrato por causa de abusividad de una cláusula y restricciones a las pretensiones del prestamista que exceden de la reintegración del nominal prestado*, InDret 3.2023, pp. 644 y ss.
- NAVAS NAVARRO, *Hipoteca multidivisa. No se trata de un instrumento financiero complejo. Nulidad parcial por falta de transparencia*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, vol. 106, 2018.
- RUIZ ARRANZ, *Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores*, InDret 1.2020, pp. 56 a 141.