



Roj: **STS 3702/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3702**

Id Cendoj: **28079110012023101233**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2023**

Nº de Recurso: **6432/2019**

Nº de Resolución: **1268/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 11627/2019,**
ATS 7697/2022,
STS 3702/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.268/2023

Fecha de sentencia: 20/09/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 6432/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/09/2023

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE BARCELONA SECCION N. 15

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 6432/2019

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1268/2023

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 20 de septiembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Pedro Enrique y D.^a Maite, representados por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, bajo la dirección letrada de D.^a Patricia Gabeiras Vázquez, contra la sentencia núm. 1085/2019, de 11 de octubre, dictada por la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 1851/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 608/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Barcelona. Ha sido parte recurrida Bankinter S.A., representado por la procuradora D.^a María del Rocío Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de D.^a Ana María Rodríguez Conde.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Rafael Taulera Salvador, en nombre y representación de D. Pedro Enrique y D.^a Maite, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"A).- Se declare la nulidad (radical) parcial del préstamo hipotecario suscrito por mis mandantes, relativa únicamente al conjunto de cláusulas denunciadas en esta demanda, por falta de transparencia, claridad y/o equilibrio entre las partes (abusividad) conforme a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, o subsidiariamente se declare la anulabilidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por mis mandantes, relativa únicamente al conjunto de cláusulas denunciadas en esta demanda, por error/vicio en el consentimiento, conforme al C.C. Y en ambos casos con derecho de restitución de las cantidades generadas a favor de BANKINTER SA, como consecuencia de dichas cláusulas y sus intereses, declarando no obstante la subsistencia del resto del contrato y en ambos casos declarando:

1.- Clausula 3^a D. - Opción de cambio de moneda: CLAUSULA MULTIDIVISA.- Se declare Nula/Anulable y por tanto, sin efectos desde la suscripción del contrato o desde que fue aplicada. Y que en consecuencia la cantidad pendiente de pago sea el saldo referido en EUROS que resulte de restar del importe inicialmente prestado en euros (350.000.-€), la totalidad de las cantidades pagadas en Euros en concepto de principal, intereses y comisiones de cambio de moneda, durante la vida del préstamo. Y condenando a BANKINTER a recalcular todas las cuotas de amortización del préstamo, desde el inicio de la relación, teniendo en cuenta la totalidad de los pagos efectuados en Euros, y fijando el nuevo capital pendiente en euros, aplicando como interés de referencia el EURIBOR más el diferencial pactado en la cláusula 3^a B, es decir 0'50 puntos netos, con revisión anual y cálculo en base a 365 días, restituyendo al consumidor las cantidades percibidas de más por aplicación de la cláusula Multidivisa, con los intereses legales devengados por las cantidades pagadas de más, desde su percepción.

2.- Clausula 3^a A y B.- a).1 y b).1 - Devengo y cálculo de intereses, tomando como base un año de 360 días. Ordenando el cálculo de los intereses sobre la base de 365 días y ordenando restituir a los Actores las cantidades que se hayan pagado de más como consecuencia de haber aplicado esta cláusula, con sus respectivos intereses legales.

3.- Clausula 3^a apartados B.2.1 y B.2.2 en cuanto a la variabilidad del índice aplicable al contrato, cuando la deuda se mantenga en EUROS. Ordenando que el tipo de referencia variará ANUALMENTE (y no mensualmente).

4.- Clausula 3^a C.- c).2 - Renuncia a la notificación de las variaciones del tipo de interés aplicable. Se declare Nula/anulable.

5.- Clausula 3^a C.- c).2 - Fórmula para calcular el importe de los intereses. Se declare Nula/Anulable y se ordene la sustitución del denominador de la formula (360) por 365.

6.- Clausula 6^a. Intereses de Demora. Se declare Nula/anulable.

7.- Clausula 7^a. Resolución de contrato en sus apartados A, B, C, D, E, F, I, K, L. Se declaren Nulas/anulables.

8.- Clausula 8^a. Información debida al Prestamista. Se declare Nula/anulable.

9.- Clausula Real 4^a. Apartado c): Designación a BANKINTER como mandatario para poder vender el inmueble. Se declare Nula/anulable.

10.- Clausula 7^a. Renuncia a la Notificación de la Cesión del préstamo. Se declare Nula/anulable.



- 11.- Clausula Personal Primera: Responsabilidad solidaria e ilimitada de los deudores. Se declare Nula/anulable.
- 12.- Clausula Personal Segunda: Traslado del criterio de imputación de pagos a BANKINTER. Se declare Nula/anulable.
- 13.- Clausula Personal Cuarta. Limitación para arrendar la finca. Se declare Nula/anulable.
- 14.- Clausula Personal Octava. Autorización a favor de BANKINTER para obtener Segundas Copias. Se declare Nula/anulable
- 15.- Clausula Personal Novena. Recepción del folleto de tarifas, condiciones de valoración y gastos. Se declare Nula/anulable

"B) Subsidiariamente a los dos anteriores, para el caso de no ser estimadas, se condene a BANKINTER SA al pago de los daños y perjuicios causados a mis Mandantes por incumplimiento de la obligación de los deberes de información sobre los riesgos de la operación, condenando a BANKINTER SA a restituir el perjuicio que dicha omisión les ha causado a mis mandantes, valorado en 143.298'39.-€, más las comisiones generadas por el cambio de divisa mensual a determinar en fase de ejecución de sentencia y los intereses legales calculados sobre dichos perjuicios, desde que se pagaron a la entidad financiera.

"C) Y acumuladamente con la acción principal o las subsidiarias, se condene expresamente a BANKINTER SA, al pago de las Costas causadas con esta demanda."

2.- Presentada la demanda, fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Barcelona y se registró con el núm. 608/2017. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Ricard Simó Pascual, en representación de Bankinter S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] dicte sentencia por la que se acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la demandante."

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Barcelona dictó sentencia n.º 519/2018, de fecha 23 de abril de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMO la demanda interpuesta por Pedro Enrique y Maite , contra la entidad mercantil BANKINTER, S.A. y, en consecuencia, declaro la nulidad parcial de del contrato de préstamo con garantía hipotecaria por abusividad y concertado entre las partes el 26/06/2007, con derecho de restitución de las cantidades generadas a favor de BANKINTER SA, como consecuencia de dichas cláusulas y sus intereses, declarando no obstante la subsistencia del resto del contrato, declarando, en base a los términos expuestos en los anteriores Fundamentos de Derecho, la nulidad de las siguientes cláusulas:

"1.- Clausula 3ª D. - Opción de cambio de moneda: cláusula Multidivisa desde que fue aplicada. La cantidad pendiente de pago será el saldo referido en euros que resulte de restar del importe inicialmente prestado en euros (350.000.- €), la totalidad de las cantidades pagadas en esa moneda en concepto de principal, intereses y comisiones de cambio de moneda, durante la vida del préstamo. Así pues, condeno a BANKINTER a recalcular todas las cuotas de amortización del préstamo, desde que fue aplicada, teniendo en cuenta la totalidad de los pagos efectuados en euros, y fijando el nuevo capital pendiente en esa moneda, aplicando como interés de referencia el Euribor más el diferencial pactado en la cláusula 3ª B, es decir 0'50 puntos netos, con revisión anual y cálculo en base a 365 días, restituyendo al consumidor las cantidades percibidas de más por aplicación de la cláusula Multidivisa, con los intereses legales devengados por las cantidades pagadas de más, desde su percepción.

"2.- Clausula 3ª A y B.- a).1 y b).1 - Devengo y cálculo de intereses, tomando como base un año de 360 días. Ordenando el cálculo de los intereses sobre la base de 365 días y ordenando restituir a los Actores las cantidades que se hayan pagado de más como consecuencia de haber aplicado esta cláusula, con sus respectivos intereses legales.

"3.- Clausula 3ª apartados B.2.1 y B.2.2 en cuanto a la variabilidad del índice aplicable al contrato, cuando la deuda se mantenga en euros. Disponiendo que el tipo de referencia variará anualmente y no mensualmente.

"4.- Clausula 3ª C.- c). 2 - Renuncia a la notificación de las variaciones del tipo de interés aplicable.

"5.- Clausula 3ª C.- c).2 - Fórmula para calcular el importe de los intereses, disponiendo la sustitución del denominador de la formula (360) por 365.

"6.- Clausula 6ª. Intereses de Demora.



- "7.- Clausula 7ª. Resolución de contrato en sus apartados A, B, C, D, E, F, I, K, y L.
- "8.- Clausula 8ª. Información debida al Prestamista.
- "9.- Clausula Real 4ª. Apartado c): Designación a BANKINTER como mandatario para poder vender el inmueble.
- "10.- Clausula 7ª. Renuncia a la Notificación de la Cesión del préstamo.
- "11.- Clausula Personal Primera: Responsabilidad solidaria e ilimitada de los deudores.
- "12.- Clausula Personal Segunda: Traslado del criterio de imputación de pagos a BANKINTER.
- "13.- Clausula Personal Cuarta. Limitación para arrendar la finca.
- "14.- Clausula Personal Octava. Autorización a favor de BANKINTER para obtener segundas copias.
- "15.- Clausula Personal Novena. Recepción del folleto de tarifas, condiciones de valoración y gastos.

Teniendo en cuenta la estimación de la demanda, impongo las costas de este procedimiento en la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

- 1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Bankinter S.A.
- 2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 1851/2018 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 11 de octubre de 2019, cuya parte dispositiva establece:

"Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por Bankinter, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona de fecha 23 de abril de 2018, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que modificamos en el sentido de dejar sin efecto los pronunciamientos 1 (relativo a las cláusulas multidivisa) y 13 (limitación para arrendar), manteniendo el resto de los pronunciamientos, todo ello sin hacer imposición de las costas de la primera instancia.

No se hace imposición de las costas del recurso, con devolución del depósito".

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

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

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- 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 razonabilidad."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Infracción por inaplicación del art. 7 a) de la LGCC en relación con el art. 5 de la Directiva 93/13/CEE en lo referido al control de incorporación.

"Segundo.- Infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLCU, que desarrollan las previsiones de la Directiva sobre cláusulas abusivas, como son las del art. 4.2 de la Directiva, en relación con el filtro de transparencia.

"Tercero.- Infracción del art. 1269 CC interpretado según el Artículo 4:107 de los Principios de derecho europeo de los contratos y en relación con el Art. 1270 que prevé la indemnización de daños y perjuicios por quiebra dolosa de la buena fe al incumplir los deberes de información.

"Cuarto.- Infracción de los arts. 1265 y 1266 CC. Error vicio.

"Quinto.- Infracción de los arts. 82,4 literal b y 83 del TRLCU, en conjunción con el artículo 33 de la CE, que vienen a considerar el deber del juez de declarar la abusividad de aquel clausulado que limite los derechos básicos de los consumidores."

- 2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de mayo de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Don Pedro Enrique y Doña Maite contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, (Sección 15.ª),



de fecha 11 de octubre de 2019, dictada en el rollo de apelación n.º 1851/2018, dimanante del procedimiento ordinario n.º 608/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Barcelona.

2.º) Admitir el recurso de casación contra la citada sentencia.

3.º) Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal 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 su oposición al recurso de casación admitido. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la secretaría."

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

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 13 de septiembre de 2023, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 26 de junio de 2007, D. Pedro Enrique y Dña. Maite concertaron un préstamo hipotecario con Bankinter S.A., por importe de 350.000 €.

El 30 de agosto siguiente realizaron la conversión del préstamo en yenes, con fundamento en un informe prospectivo a treinta años que les facilitó el banco y del que se desprendía que podían tener un ahorro total de 188.879,91 €.

No obstante, en enero de 2011 comprobaron que, pese a llevar tres años y medio abonando las correspondientes cuotas de amortización del préstamo, el capital se había incrementado en 111.000 €, por lo que seguían debiendo 461.173,34 €.

2.- Junto con las cláusulas multivisa, la escritura contenía, en lo que ahora atañe al recurso de casación, la siguiente cláusula:

"En caso de arrendar la finca hipotecada durante la vigencia del préstamo, el prestatario se compromete a realizarlo según el artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario. Es decir, se deberá arrendar por una renta anual, que capitalizada al 6%, cubra la responsabilidad asegurada. De no ser así, dicho arrendamiento requerirá la autorización explícita de Bankinter".

3.- Los prestatarios interpusieron una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitaron, entre otras pretensiones, que se declarase la nulidad de la cláusula multivisa por falta de transparencia, y, ser por tanto, abusiva, con la consecuencia de que el préstamo se dejara de referenciar en yenes con efectos retroactivos y se aplicara el contravalor en euros y el interés a Euribor más diferencial pactado; así como la nulidad de la cláusula de limitación de la facultad de arrendamiento de la finca hipotecada.

4.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad, entre otras, de las dos cláusulas referidas.

5.- La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la entidad prestamista precisamente en cuanto a la validez de las dos mencionadas cláusulas. En cuanto a la opción multivisa, consideró que, al haberse pactado inicialmente el contrato en euros y transformarse en yenes dos meses después, podía deducirse que los prestatarios eran conscientes del riesgo del tipo de cambio no solo respecto de las cuotas, sino también respecto del capital pendiente. Y en cuanto a la cláusula de limitación de la facultad de arrendar, consideró que únicamente suponía una traslación de lo previsto en el art. 219.2 del Reglamento Hipotecario, sin que tampoco excediera las condiciones de validez fijadas por la sentencia de esta sala de 16 de diciembre de 2009.

Como consecuencia de lo cual, estimó en parte el recurso de apelación y dejó sin efecto la declaración de nulidad de las dos cláusulas a que nos venimos refiriendo.

6.- Los prestatarios han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, que no ha sido admitido, y un recurso de casación.

SEGUNDO.- *Primer motivo de casación. Control de incorporación*

Planteamiento:



1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), en relación con las sentencias de esta sala 57/2019, de 25 de enero, y 314/2018, de 28 de mayo.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida no realiza correctamente el control de incorporación de la cláusula multidivisa, ya que ni se entregó a los prestatarios la oferta vinculante ni se les ofreció ninguna otra información antes de la firma de la escritura.

Decisión de la Sala:

1.- El control de incorporación no ha sido objeto del litigio en ninguna de las dos instancias, en las que se ha debatido la transparencia de la cláusula multidivisa, no su correcta inclusión en el contrato.

2.- Por lo demás, si el control de incorporación ha sido configurado por esta sala como un control de cognoscibilidad, difícilmente puede considerarse que no se conocía la existencia de la cláusula multidivisa si fueron los propios prestatarios quienes, tras dos meses de vigencia del contrato, solicitaron el cambio del capital de euros a yenes. Cosa distinta es que fueran conscientes de su carga jurídica y económica, pero eso se refiere al control de transparencia y no al de incorporación.

3.- Como consecuencia de lo expuesto, el primer motivo de casación debe ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo de casación. Transparencia de la cláusula multidivisa

Planteamiento:

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 80.1 y 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGU), en relación con el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, en cuanto al control de transparencia.

Cita como infringidas las sentencias de esta sala 669/2018, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que ni consta que se informara al cliente sobre los efectos de la opción multidivisa en el capital, ni el cambio de divisa implica conocimiento sobre dicha circunstancia.

3.- Al oponerse al recurso de casación, la parte demandada alegó la inadmisibilidad de este motivo por alteración de la base fáctica. Sin embargo, no es así, los recurrentes no pretenden alterar el resultado probatorio, sino que cuestionan la valoración jurídica que ha hecho la Audiencia Provincial sobre su conocimiento de las implicaciones de la opción multidivisa.

Decisión de la Sala:

1.- Como afirmamos en las sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor, sino que 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; lo que le lleva a comprometerse en un contrato de préstamo que puede tener para él consecuencias ruinosas (sentencias 391/2021 y 392/2021, ambas de 8 de junio, y 406/2022, de 23 de mayo). Además, 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.

2.- No basta con presumir que quien solicita un préstamo de esta naturaleza conoce que las divisas fluctúan. Porque junto a ello, lo relevante es que los prestatarios fueran debidamente informados del riesgo principal de este tipo de préstamos referenciados en divisas, que es que el cumplimiento de sucesivos plazos de amortización no supone que la equivalencia en euros del capital prestado vaya disminuyendo, sino que incluso puede suceder lo contrario; como de hecho sucedió.

3.- La sentencia recurrida no se adapta a esta jurisprudencia, puesto que presume, sin base fáctica sólida, que por haber solicitado el cambio de divisa tanto al principio del contrato como en un momento posterior, los prestatarios tenían que ser conscientes de que la fluctuación de la moneda podía influir en un aumento del capital pendiente. Sin embargo, no tiene en cuenta que, ni consta la entrega de ninguna documentación que advirtiera de un riesgo tan relevante, ni que la decisión de los prestatarios estuvo precedida de un informe del banco que aseguraba, mediante una prospección a treinta años que, no solo no iban a tener que pagar más capital del inicialmente recibido, sino que iban a beneficiarse de un sustancioso ahorro de intereses.



En consecuencia, al no haber prueba de que los prestatarios pudieran ser conscientes del riesgo de que la fluctuación de la divisa provoque que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar pueda no disminuir o incluso incrementarse, no puede afirmarse que la cláusula fuera transparente. Por lo que este segundo motivo de casación debe ser estimado, con el efecto de confirmar la declaración de nulidad efectuada en la sentencia de primera instancia.

4.- Asimismo, no cabe atender la solicitud de Bankinter de planteamiento de una petición de decisión prejudicial, que ya ha sido desestimada por esta sala en casos idénticos. Así en la sentencia 776/2021, de 10 de noviembre, declaramos:

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

"Conforme a tales pronunciamientos, es indiferente que el consumidor tuviera la oportunidad temporal de modificar la divisa a la que referenciaba el préstamo, ni podía quedar vinculado por dicha facultad, en el sentido del art. 6.1 de la Directiva, puesto que ello no influía en el deber precontractual de la entidad prestamista de informarle sobre todos los riesgos inherentes a estos préstamos, particularmente que la fluctuación en la paridad de la moneda podía influir, no solo en la variación de la cuota mensual, sino también en un posible incremento del capital pendiente, pese a haber realizado amortizaciones parciales.

"Además, las circunstancias posteriores son inanes, puesto que para apreciar si la cláusula relativa al riesgo de tiempo de cambio cumple con la exigencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 de estar redactada "de manera clara y comprensible", ha de analizarse conforme a todas las circunstancias que rodearon el momento de la celebración del contrato, por ser en ese momento cuando el consumidor decide si desea vincularse contractualmente a un profesional adhiriéndose a las condiciones redactadas por este último.

"También ha quedado claro en la jurisprudencia del TJUE que no se opone a la Directiva 93/13/CE la sustitución de las amortizaciones en divisas por la moneda de curso legal -euro-, porque si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente (STJUE de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*).

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

5.- La estimación del segundo motivo de casación hace innecesario el examen de los motivos tercero y cuarto, que también perseguían la nulidad del clausulado multdivisa.

CUARTO.- *Quinto motivo de casación. Cláusula de limitación de las facultades de arrendamiento de la vivienda arrendada*

Planteamiento:

1.- El quinto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 82.4 b) y 83 TRLCU, en relación con el art. 33 de la Constitución.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la cláusula que limita la facultad de los prestatarios de arrendar la vivienda hipotecada es abusiva porque condiciona sus derechos básicos como consumidores y su derecho de propiedad, al tiempo que es contraria a la sentencia de esta sala 792/2009, de 16 de diciembre, que se refirió a una cláusula idéntica.

Decisión de la Sala:

1.- Como hemos visto en el primer fundamento de derecho, la cláusula a la que se refiere este motivo de casación expresa:

"En caso de arrendar la finca hipotecada durante la vigencia del préstamo, el prestatario se compromete a realizarlo según el artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario. Es decir, se deberá arrendar por una renta anual, que capitalizada al 6%, cubra la responsabilidad asegurada. De no ser así, dicho arrendamiento requerirá la autorización explícita de Bankinter".



2.- A su vez, el art. 219.2 del Reglamento Hipotecario establece:

"El valor de la finca hipotecada a los efectos del artículo ciento diecisiete de la Ley, se entenderá disminuido cuando, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al seis por ciento, no cubra la responsabilidad total asegurada. El Juez, a instancia de parte, podrá declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar cualquier otra medida que estime procedente".

3.- Por su parte, el art. 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) establecía, en la fecha en que se suscribió el contrato, que es la relevante para enjuiciar la abusividad:

"Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador.

"1. Si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1.

"En contratos de duración pactada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, continuará el arrendamiento por la duración pactada".

4.- Posteriormente, cuando se interpuso la demanda y también cuando se dictaron las sentencias de ambas instancias, el art. 13.1 LAU disponía:

"Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador.

"1. Si durante la duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, quedará extinguido el arrendamiento.

"Conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 7 y en el artículo 14, se exceptúan los supuestos en los que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendado. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada".

5.- Finalmente, la redacción actualmente vigente, fruto de la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, establece:

"Artículo 13.1 Resolución del derecho del arrendador.

"1. Si durante los cinco primeros años de duración del contrato, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años o siete años respectivamente, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1.

"En contratos de duración pactada superior a cinco años, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, o los primeros siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el derecho del arrendador quedará resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, continuará el arrendamiento por la duración pactada".

6.- La sentencia de esta sala 792/2009, de 16 de diciembre, trató este mismo tema en relación con la primera de las redacciones del art. 13.1 LAU transcritas y declaró:

"[e]l acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a



título oneroso (art. 27 LH). La cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por lo tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca (tema que es el que aquí interesa), aparte de la sujeción a lo dispuesto en los arts. 661, 675 y 681 LEC, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca -realización de la finca hipotecada-.

"Sucede, sin embargo, que en el art. 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, se garantiza al arrendatario de vivienda el derecho a permanecer en la vivienda arrendada durante los primeros cinco años del contrato en el caso (entre otros) de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial. La consecuencia de la norma anterior es que, al no operar el principio de purga en la realización forzosa, el eventual adjudicatario o rematante tiene que soportar el arrendamiento durante un plazo. Ello, a su vez, acarrea un perjuicio para el acreedor hipotecario al reducirse los licitadores y las posturas, resultando completamente razonable imaginar que se produzca un inferior precio del remate en los casos en que no estando libre la finca los licitadores conocen el arrendamiento no purgable del inmueble que se ejecuta.

"Esta minusvaloración del bien derivada del arrendamiento de vivienda disminuye generalmente la garantía de la hipoteca, de ahí que sea razonable la inclusión de cláusulas que mantengan la integridad de la garantía, sin que ello suponga que se crea un desequilibrio para el hipotecante (aquí prestatario consumidor), salvo que la garantía resulte desproporcionada conforme al apartado 18 de la DA 1ª LGDCU -imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido".

Tras realizar estas consideraciones previas, la sentencia a la que nos referimos concluyó que, para el examen de abusividad de este tipo de cláusulas se había de estar a los siguientes parámetros:

"a) Que las cláusulas que someten a limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda ex art. 13 LAU de 1994, por lo que, al generalizar, el art. 219 RH se halla desfasado con el marco legislativo vigente.

b) Que el pacto de vencimiento anticipado solo es operativo cuando se trata de arriendos gravoso o dañosos, entendiéndose por tales los que suponen una minoración del valor de la finca en la perspectiva de la realización forzosa, bien por renta baja, o por anticipo de rentas.

c) Que no existe una regla única para baremizar la cuantía de la renta, y la posible desproporción depende de las circunstancias del caso

En principio el 6% previsto en el art. 219 RH no puede considerarse "per se" desproporcionado a efectos de declarar abusiva la cláusula de referencia".

7.- La sentencia recurrida no solo no desconoce dicha sentencia de la sala, sino que la aplica correctamente. Examina la cláusula controvertida a la luz de los requisitos antes expuestos y concluye que: (i) no prohíbe el arrendamiento, sino que únicamente impone que se comunique su existencia al acreedor hipotecario; (ii) no consta que la cuantía de la renta perjudique los derechos del arrendador y se adapta a las previsiones del art. 219 RH; (iii) el incumplimiento de la cláusula no acarrea ninguna consecuencia gravosa para el prestatario.

A lo que debemos añadir que el motivo de casación se plantea desde el punto de vista de la protección del derecho del propietario de la vivienda, pero el art. 13 LAU en la redacción aplicable lo que protege es el derecho del arrendatario a permanecer en la misma pese a la subasta y adjudicación a un tercero, por lo que sus previsiones repercutirían en el adquirente, no en el propietario/prestatario.

8.- Por tales razones, este motivo del recurso debe ser desestimado.

QUINTO.- Costas y depósitos

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas por él causadas, según determina el art. 398.2 LEC.

2.- Aunque la estimación de solo uno de los motivos de casación tiene como consecuencia la estimación también en parte del recurso de apelación y la estimación en parte de la demanda, debe confirmarse la condena en costas de primera instancia a la parte demandada, en aplicación de la STJUE de 16 de julio de 2020, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19.

3.- Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para su interposición, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, 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- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por D. Pedro Enrique y Dña. Maite contra la sentencia núm. 1805/2019, de 11 de octubre, dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación núm. 1851/2018, en el sentido de confirmar la nulidad de las cláusulas multivisa acordada en primera instancia.

2.- Confirmar la condena de la demandada al pago de las costas de la primera instancia.

3.- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación y ordenar la devolución del depósito constituido para su formulación.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ