



Roj: **STS 4068/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4068**

Id Cendoj: **28079110012020100623**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2020**

Nº de Recurso: **2181/2018**

Nº de Resolución: **660/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 660/2020**

Fecha de sentencia: 10/12/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2181/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/11/2020

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCION N. 25

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2181/2018

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 660/2020**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 10 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Laureano y D.<sup>a</sup> Valentina , representados por el procurador D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> María José Lunas Díaz, contra la sentencia núm. 85/2018, de 1 de marzo, dictada por la Sección 25.<sup>a</sup> de la Audiencia



Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 612/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1463/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 60 de Madrid. Ha sido parte recurrida Deutsche Bank S.A.E., representado por la procuradora Dª María del Carmen Azpeitia Bello y bajo la dirección letrada de D. Carlos Aguilar Fernández y D. Gonzalo Eizaga Aranzadi.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo, en nombre y representación de D. Laureano y de Dª Valentina, interpuso demanda de juicio ordinario contra Deutsche Bank S.A, en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

"a) Se declare la nulidad del acuerdo suscrito en la escritura pública referida, en lo que se refiere a la opción y cláusulas sobre divisa extranjera, declarando así mismo de manera integradora que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a Euros, resultante de disminuir al importe prestado de 506.955,18 € en el préstamo la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en Euros, así como los gastos o comisiones abonados por dicha opción, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, adoptando al efecto las medidas necesarias para esta adaptación, como la elaboración de la tablas comparativa entre lo efectivamente abonado por todos los conceptos y lo que se tendría que haber abonado, actualizado con los intereses legales correspondientes y corriendo con todos los gastos que se deriven del cumplimiento del fallo.

"b) Subsidiariamente, y para el caso de no estimarse la nulidad de las referidas disposiciones sobre divisa, manteniendo intacto entonces el contrato de préstamo hipotecario, se declare la nulidad total del contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por las partes en escritura pública de fecha 14 de enero de 2008, con la consiguiente restitución de las cantidades indebidamente abonadas, con sus intereses, y, en su caso, se condene a la entidad a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en Euros en la cuantía necesaria para el cumplimiento del fallo, aplicando las mismas condiciones pactadas en la escritura en relación con los intereses, que se fijan al Euribor + 0.7, con las bonificaciones acordadas en su caso, y corriendo la entidad con todos los gastos e impuestos que se deriven de la cancelación y nueva constitución de hipoteca.

"c) Subsidiariamente, para el caso de que se considere que la entidad demandada no podía prever el cambio radical y sobrevenido de las circunstancias económicas que habían dado lugar a la suscripción del producto, se aplique la cláusula "*rebus sic stantibus*", reduciendo la deuda pendiente de pago, según las pautas indicadas anteriormente o el mejor criterio del Juzgador.

"d) Asimismo, en cualquiera de los casos, se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento."

2.- La demanda fue presentada el 14 de octubre de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 60 de Madrid se registró con el núm. 1463/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora Dª María del Carmen Azpeitia Bello, en representación de Deutsche Bank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 60 de Madrid dictó sentencia n.º 542/2016, de 21 de diciembre, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda, y todo lo anterior con imposición de la condena de las costas causadas a la parte actora".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Laureano y de Dª Valentina. La representación de Deutsche Bank S.A. presentó escrito de oposición al recurso interpuesto.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 612/2017 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 1 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva establece:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Laureano y Dña. Valentina contra la Sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016 dictada por el juzgado de 1ª Instancia n.º



60 de Madrid en juicio ordinario nº 1463/2015, resolución que se confirma íntegramente, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias".

**TERCERO** .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo, en representación de D. Laureano y D<sup>a</sup> Valentina , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Por infracción de la doctrina sobre la presunción del carácter no negociado de las cláusulas recogido en la sentencia del pleno de la Sala de lo Civil del TS, 608/2017, de 15 de noviembre, en relación con la vulneración del artículo 1.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, del artículo 3.2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, de la que proviene en parte la norma española (TRLCYU), cuyo artículo 82.1 y 2 se considera infringido, respecto de la consideración como cláusulas negociadas individualmente de cláusulas cuya negociación no se declara probada.

"Segundo.- Por infracción de la doctrina sobre el control de inclusión y control formal y gramatical de transferencia recogido en la sentencia del pleno de la Sala de lo Civil del TS, 608/2017, de 15 de noviembre en reiteración de lo anteriormente dicho por la sentencia del pleno de la Sala Civil, 1916/2013, de 9 de mayo, en relación con la vulneración de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, la Directiva 93/13 sobre Cláusulas abusivas en contratos de Consumidores (en particular en sus artículos 3, 4, 5, 6 y 7 ), de la que proviene en parte la norma española (TRLCYU) cuyo artículo 80.1 se considera infringido, así como la Orden Ministerial de 1994 sobre transparencia en los préstamos hipotecarios y la jurisprudencia vinculante del TJUE sobre esa cuestión [...].

"Tercero.- Por incumplimiento de la jurisprudencia del TS, pleno Sala 1<sup>a</sup>, 367/2017, de 8 de junio, en relación con STJUE de 3 de septiembre de 2015, [...]; infracción del art. 2 LCGC y art. 3 TRLCYU, así como artículos 8,12, 60, 80, 82, 83, 86, 87 y 89 que se consideran infringidos.

"Cuarto.- Por infracción de la doctrina sobre el control de transparencia contextual recogido en la sentencia del pleno de la Sala de lo Civil del TS, 608/2017, de 15 de noviembre, en relación con la aplicación de los artículos 5 a 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos de consumidores (en particular en sus artículos 3, 4, 5, 6 y 7), de la que proviene en parte la norma española (TRLCYU), cuyos artículos 3, 8, 12, 60, 80, 82 y 83 se consideran infringidos, junto a la Orden Ministerial de 1994 sobre préstamos hipotecarios y la jurisprudencia vinculante del TJUE [...].

"Quinto.- Por infracción de la doctrina sobre el control de contenido recogido en la sentencia del pleno de la Sala de lo Civil del TS, 241/2013, de 9 de mayo, en relación con la aplicación de los artículos 8 a 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos de consumidores (en particular en sus artículos 4, 5, 6 y 7), de la que proviene en parte la norma española (TRLCYU), cuyos artículos 3, 8, 12, 60, 80, 82, 83, 85, 86, 87 y 89 se consideran infringidos, y la jurisprudencia vinculante del TJUE [...].

"Sexto.- Infracción de los artículos 1265 y 1266 CC, en relación con el 1261.1 CC, [...], artículo 7 y 1258 CC y los principios de Derecho Europeo contractual 1:201; consecuencia aplicación de la jurisprudencia del pleno de esta Sala, en sentencia 89/2018, de 18 de enero (caducidad), en relación con el artículo 1301 CC, con nulidad parcial del contrato y posibilidad de integración por imposición legal (art. 65 TRLCYU y jurisprudencia del TJUE [...].

"Séptimo.- Vulneración de la sentencia del pleno TS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 y STJCE de 27 de junio de 2000: Infracción del deber de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas, con infracción del art. 6.1 de la Directiva 93/13, del art. 51 CE, y de los artículos 19.1, 82 y 83 TRLCYU."

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 10 de junio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Valentina y D. Laureano frente a la sentencia de 1 de marzo de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 612/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 1463/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 60 de Madrid".

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



4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de noviembre de 2020, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 14 de enero de 2008, D. Laureano y Dña. Valentina celebraron un contrato de préstamo hipotecario con Deutsche Bank S.A. En la escritura constaba que los prestatarios recibían 82.000.000 yenes japoneses, equivalentes a 506.955,18 €.

Se pactó que el préstamo se devolvería en cuotas mensuales pagaderas en yenes japoneses.

2.- Los Sres. Laureano y Valentina interpusieron una demanda contra la entidad prestamista, en la que, como pretensión principal, solicitaron la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa y la declaración de que el importe adeudado era el resultado de reducir el capital prestado en euros en la cantidad ya amortizada, en euros. Como pretensión subsidiaria, que se declarase la nulidad total del préstamo. Y subsidiariamente que se aplicara la cláusula *rebus sic stantibus* y se redujera la cantidad pendiente de pago.

3.- El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. Consideró, en síntesis, que el Sr. Laureano conocía perfectamente la operativa de este tipo de préstamos en divisas, que fue él quien tomó la iniciativa de solicitar esta modalidad de préstamo, que sabía que las posibles fluctuaciones de la moneda podrían afectar a las cuotas mensuales y que también sabía que, en función de tales fluctuaciones, podría verse obligado a devolver más cantidad de la recibida inicialmente. Y en cuanto a la acción de anulabilidad la consideró caducada.

4.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de los demandantes, por considerar, resumidamente, que el prestatario era conocedor de las características esenciales del préstamo y de los riesgos que asumía.

5.- Los demandantes han interpuesto un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

### SEGUNDO.- *Primer motivo de casación. Condiciones generales de la contratación*

#### *Planteamiento:*

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción de los art. 1.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), 3.2 de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores y 81.1 y 2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGU), en relación con la sentencia de esta sala núm. 608/2017, de 15 de noviembre.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la Audiencia Provincial yerra al considerar que las cláusulas relativas a la modalidad multidivisa fueron negociadas individualmente, y no tiene en cuenta que la prueba de la negociación corresponde al profesional y no al consumidor.

#### *Decisión de la Sala:*

1.- El motivo incurre en el defecto insubsanable de alterar la base fáctica de la sentencia recurrida. Sin formular recurso extraordinario por infracción procesal, en un recurso de casación no se puede cuestionar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de segunda instancia. Y la Audiencia Provincial consideró probado que el Sr. Laureano había negociado el préstamo en su específica modalidad en divisas.

2.- Los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados -petición de principio o hacer supuesto de la cuestión- (por todas, sentencia 484/2018, de 11 de septiembre).

3.- En este momento procesal, la causa de inadmisión deviene en causa de desestimación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia ( sentencias 97/2011, de 18 de febrero, 548/2012, de 20 de septiembre, 564/2013, de 1 de octubre, y 146/2017, de 1 de marzo).

### TERCERO.- *Segundo motivo de casación. Control de inclusión*

#### *Planteamiento:*



1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 5 y 7 LCGC, 3, 4, 5, 6 y 7 de la Directiva 93/13, 80.1 TRLCU y la Orden Ministerial de 1994 sobre transparencia de préstamos hipotecarios. Cita como infringidas las sentencias de esta sala 608/2017, de 15 de noviembre, y 241/2013, de 9 de mayo, así como las SSTJUE C-26/13, C-186/16, C-484-08 y C-154/15.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que las cláusulas multidivisa fueron desconocidas por los clientes hasta la fecha de la escritura y no se les entregó folleto informativo alguno.

*Decisión de la Sala:*

1.- Nuevamente se hace supuesto de la cuestión. La sentencia recurrida considera probado que el Sr. Laureano conocía perfectamente el producto, que fue él quien tomó la iniciativa contractual y que comprendía los riesgos.

2.- El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato. Si se considera probado que el adherente conocía perfectamente lo que estaba contratando, difícilmente puede sostenerse que no se habían incumplido las garantías de cognoscibilidad que pretende salvaguardar el control de inclusión.

3.- Pero es que, además, las cláusulas litigiosas sí superan el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerlas, al estar incluidas en la escritura pública y ser gramaticalmente comprensibles, dada la sencillez de su redacción. El problema, en su caso, sería de transparencia, en el sentido de información sobre los riesgos, no de incorporación.

Carece completamente de sentido que se afirme que el elemento multidivisa estaba prácticamente oculto cuando la escritura pública recoge que el importe del préstamo se recibía en yenes y se explicable que las cuotas se calcularían en dicha divisa.

4.- Como consecuencia de lo cual, el segundo motivo de casación debe ser desestimado.

**CUARTO.- Tercer motivo de casación. Condición de consumidor**

*Planteamiento:*

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 2 LCGC y 3, 8, 12, 60, 80, 82, 83, 86, 87 y 89 TRLCU. Invoca las sentencias de esta sala 840/2013, de 20 de enero de 2014 y 367/2017, de 8 de junio, y las SSTJUE de 3 de septiembre de 2015, 30 de mayo de 2013 y 14 de junio de 2012.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente argumenta, en síntesis, que no puede negarse la condición legal de consumidor del recurrente, ni el hecho de que pudiera tener conocimientos financieros previos le priva de sus derechos de consumidor.

*Decisión de la Sala:*

1.- Este motivo de casación es completamente inoperante. La sentencia recurrida en ningún momento niega que los demandantes tuvieran la cualidad legal de consumidores, en los términos del art. 3 TRLCU.

2.- No es incompatible ser consumidor e inversor ( STJCE de 10 de abril de 2008, asunto *Hamilton* y STS 356/2018, de 13 de junio), ni ser consumidor y al mismo tiempo cliente minorista (STUJE de 2 de abril 2020, asunto C-500/18, y las que en ellas se citan), siempre que la inversión no tenga carácter profesional. Pero ello no impide que el perfil inversor del consumidor pueda ser tenido en cuenta a efectos de comprobar si hubo transparencia en la contratación.

Que para valorar el nivel de información que tenían los prestatarios y su conocimiento sobre los riesgos de la modalidad de préstamo hipotecario contratada la Audiencia Provincial tuviera en cuenta la actividad empresarial del demandante o sus conocimientos financieros, no quiere decir que le niegue la cualidad de consumidor.

3.- Por tanto, este motivo debe decaer sin necesidad de mayor argumentación.

**QUINTO.- Cuarto motivo de casación. Control de transparencia**

*Planteamiento:*

1.- El cuarto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 5 a 7 LCGC, 3, 4, 5, 6 y 7 de la Directiva 93/13 y 3, 8, 12, 60, 80, 82 y 83 TRLCU. En relación con la sentencia de esta sala 608/2017, de 15 de noviembre y las SSTJUE C-26/13, C-186/16, C-484-08 y C-154/15.





2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que la entidad no ofreció información al cliente sobre los riesgos de la modalidad multidivisa, que éste no pudo ser consciente de que podría acabar pagando mucho más que en otro tipo de préstamo y que no hubo información precontractual.

*Decisión de la Sala:*

1.- Son bastantes las sentencias de esta sala que han tratado el problema de la transparencia en los préstamos hipotecarios referenciados en divisas. Así, por ejemplo, en las sentencias 323/2015, de 30 de junio, 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, hemos explicado por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que oferta este producto. Declaramos en esas sentencias:

"Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que, pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros, sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo".

2.- Es decir, para que la cláusula multidivisa supere el control de transparencia debe acreditarse que el prestatario pudiera ser consciente de que: (i) el riesgo de fluctuación de la moneda en que se referencia el préstamo puede influir en el importe de las cuotas periódicas de amortización; y (ii) que también puede influir en la cantidad que haya que amortizar en total, lo que supone que puede acabar pagándose más capital del recibido.

3.- Pues bien, la Audiencia Provincial declara probado que el prestatario conocía ambos riesgos y en particular que sabía que podría verse obligado a devolver más cantidad de la recibida inicialmente.

Con esa base probatoria, no es posible afirmar que la cláusula multidivisa no superase el control de transparencia, salvo que se intente sustituir las conclusiones probatorias del tribunal de apelación por las de la parte recurrente.

4.- En consecuencia, este motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

**SEXTO.- Quinto motivo de casación. Control de contenido**

*Planteamiento:*

1.- El quinto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 8 a 10 LCGC, 4, 5, 6 y 7 de la Directiva 93/13 y 3, 8, 12, 60, 80, 82, 83, 85, 86, 87 y 89 TRLCU. En relación con las SSTJUE C-26/13, C-186/16, C-484-08 y C-154/15.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que el tribunal de apelación no ha realizado el control de abusividad por desequilibrio en las prestaciones o cargas del contrato, ni tampoco ha tenido en cuenta la inclusión en la lista negra de cláusulas abusivas de determinadas estipulaciones del contrato.

*Decisión de la Sala:*

1.- Para que pueda realizarse un control de abusividad de una cláusula que afecta a los elementos esenciales del contrato necesariamente ha de considerarse previamente como no transparente, sin que quepa un control de contenido directo. El art. 4.2 de la Directiva 93/13 excluye del juicio de abusividad la adecuación o el equilibrio entre el precio y la contraprestación, por ser esta una cuestión metajurídica, concerniente al mercado, sobre la que despliega plenamente sus efectos el principio de autonomía de la voluntad, siempre y cuando el consumidor estuviera perfectamente informado, pues la transparencia (información) es presupuesto del consentimiento sobre el objeto principal del contrato.

2.- El problema de la transposición al ordenamiento español del art. 4.2 de la Directiva 93/13 y la cuestión concreta de si en nuestra legislación cabe un control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato atañen a la interpretación de la legislación española, que no compete al TJUE, sino a los tribunales españoles y, en unificación de doctrina, a este Tribunal Supremo.



Esta sala, en la interpretación del Derecho nacional, ha considerado que dicho precepto ha sido transpuesto de manera indirecta o implícita por la nueva redacción del art. 10 bis 1.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al transponer la Directiva en 1998: donde antes la ley se refería al "justo equilibrio de las contraprestaciones", tras la reforma aludía al "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes", de conformidad con los arts. 3 y 4.2 de la Directiva. Lo mismo establece hoy el art. 82 del Texto Refundido de 2007 de esa Ley. Por lo tanto, se desplaza el control desde una hipotética vigilancia del desequilibrio económico (de las prestaciones u objetos que se intercambian) a una revisión del desequilibrio jurídico de derechos.

Así lo hemos declarado en las sentencias 406/2012, de 18 de junio; 241/2013, de 9 de mayo (especialmente, apartado 195); 669/2017, de 14 de diciembre; y 44/2019, de 23 de enero. Además, esta última cita las SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei*. En concreto, afirma en el apartado 21 del fundamento jurídico tercero:

"No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones" en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado las sentencias de esta sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei*".

3.- Por consiguiente, no hay necesidad de plantear cuestión prejudicial, puesto que la jurisprudencia del TJUE es clara (sobre el acto claro o aclarado, véase la STJ de 6 de octubre de 1982, *Cilfit*), al determinar que solo cuando no se supera el control de transparencia es cuando se puede realizar el control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato (precio y prestación). Y, sobre todo, porque la interpretación de la legislación nacional a efectos de decidir si el art. 4.2 de la Directiva ha sido transpuesto, es una cuestión de Derecho interno cuya interpretación corresponde a los jueces nacionales, no al TJUE.

4.- Respecto a la alegación relativa a la denominada lista negra de cláusulas abusivas, la parte recurrente no formuló en su demanda una pretensión sobre nulidad de determinadas cláusulas por ser abusivas al estar incluidas en los arts. 85 a 90 TRLCU, y solo en el recurso de apelación introdujo *ex novo* una pretensión al respecto, con mención (sin identificación concreta en el contrato) al reconocimiento de hechos ficticios, la imposición de cargas al cliente, la aplicación del tipo de cambio comprador/vendedor en perjuicio del cliente, la interpretación unilateral del contrato o la renuncia de derechos. Pero, aparte de dicha inclusión sorpresiva, ni argumenta realmente sobre la abusividad de tales cláusulas (insistimos, que no identifica) ni las enmarca en los listados contenidos en los mencionados arts. 85 a 90 TRLCU. Por lo que esta pretensión extemporánea, inconcreta y que causa indefensión a la parte contraria, tampoco puede ser atendida.

5.- En su virtud, este motivo casación también debe ser desestimado.

#### **SÉPTIMO.- Sexto motivo de casación. Nulidad por vicio del consentimiento**

*Planteamiento:*

1.- El sexto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1265 y 1266 CC, en relación con el art. 1261.1 CC.

2.- En su desarrollo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida infringe dichos preceptos legales al no apreciar la existencia de vicio en el consentimiento por parte del cliente, pese a que no fue informado del funcionamiento complejo del producto contratado y la magnitud de los riesgos que contraía al suscribirlo, dada la falta de información adecuada.

*Decisión de la Sala:*

1.- Como resume la sentencia 395/2020, de 1 de julio, con cita de otras muchas:

"En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

"El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre



aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato ( art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

"Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

"Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

"El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

"Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida".

2.- Pues bien, si ha quedado probado que el Sr. Laureano conocía cuando contrató cuáles eran los riesgos de un préstamo en divisas y, en particular, era sabedor que la fluctuación de la divisa elegida podía repercutir tanto en un mayor coste en términos de intereses, como en el hecho de que pudiera acabar teniendo que devolver más capital que el recibido como importe del préstamo, no puede considerarse que su consentimiento estuviera viciado por error o que se hubiera hecho una representación equivocada sobre el funcionamiento del contrato y sobre sus riesgos. Por lo que la Audiencia Provincial no ha infringido los preceptos que se citan en el motivo.

3.- En consecuencia, este motivo de casación también debe ser desestimado.

**OCTAVO.- Séptimo motivo de casación. Apreciación de oficio de la abusividad de cláusulas incluidas en contratos con consumidores**

*Planteamiento:*

1.- El séptimo motivo de casación denuncia la infracción del art. 6.1 de la Directiva 93/13 y de los arts. 51 CE, 19.1, 82 y 83 TRLCU, en relación con el control de oficio de la abusividad de las cláusulas incluidas en contratos con consumidores. Invoca las sentencias de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, y 705/2015, de 23 de diciembre.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega, sintéticamente, que en la demanda, además de la cláusula multidivisa, también se hizo mención a las cláusulas sobre vencimiento anticipado, intereses moratorios y gastos, sin que la Audiencia Provincial se pronunciara sobre ellas, con el argumento de que no se había deducido pretensión expresa al respecto en el suplico de la demanda, obviando su deber de realizar un control de oficio sobre la abusividad de tales cláusulas.

*Decisión de la Sala:*

1.- En la sentencia 53/2020, de 23 de enero, ante una solicitud de pronunciamientos de oficio similar a la presente, declaramos:





"Es contrario a las exigencias de utilización racional de los medios de la administración de justicia, no guarda relación con la finalidad de la normativa nacional y comunitaria de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, y supone una degradación de la función de asistencia del abogado (que en nuestro ordenamiento jurídico es obligatoria en la práctica totalidad de los litigios), pretender que el juez [...] no solo debe pronunciarse sobre la pretensión formulada en la demanda por los consumidores, sino que además tiene que realizar una especie de investigación en la relación contractual que une al consumidor con el empresario para descubrir si existen otras cláusulas potencialmente abusivas y pronunciarse sobre el carácter abusivo de cláusulas que nada tienen que ver con aquellas que el consumidor, en su demanda, con la asistencia y orientación profesional de su abogado, solicitó que se declararan abusivas y que, por tanto, son irrelevantes para la estimación de la pretensión formulada".

En este caso la petición de actuación de oficio no solo se realiza en relación con una demanda, sino también de unos recursos de apelación y de casación, porque se pretende que unas peticiones que no se concretaron en el *petitum* de la demanda sean incluidas en el debate en el ámbito de tales recursos, mediante una actuación de oficio de los tribunales de apelación y casación.

2.- La invocación de una jurisprudencia del TJUE supuestamente favorable a la pretensión no es correcta, cuando precisamente de la STJUE de 11 de marzo de 2020 (asunto C-511/17) se deduce lo contrario, al establecer las siguientes pautas:

(i) El examen de oficio "debe respetar los límites del objeto del litigio, entendido como el resultado que una parte persigue con sus pretensiones, tal como hayan sido formuladas y a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas" (apartado 28).

(ii) La protección que supone el control de oficio "no puede llegar hasta el punto de que se ignoren o sobrepasen los límites del objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido en sus pretensiones, interpretadas a la luz de los motivos que hayan invocado, de modo que el juez nacional no está obligado a ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas y de los motivos invocados ante él, analizando de manera individual, con el fin de verificar su carácter eventualmente abusivo, todas las demás cláusulas de un contrato en el que solo algunas de ellas son objeto de la demanda de que conoce" (apartado 30).

(iii) En otro caso, se vulnerarían el principio dispositivo y el principio de congruencia (apartado 31).

(iv) Por lo que concluye que el examen de oficio afectará "únicamente [a] aquellas cláusulas contractuales que, aunque no hayan sido impugnadas por el consumidor en su demanda, estén vinculadas al objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido, a la vista de las pretensiones que hayan formulado y de sus motivos" (apartado 34).

3.- Pues bien, si en la demanda no se llegó a formular pretensión de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, intereses moratorios y gastos, esta inactividad no puede ser suplida por los tribunales. Aparte de que las cláusulas que se pretende que sean revisadas de oficio en este recurso no están vinculadas al objeto del litigio tal como las partes, concretamente la parte demandante, lo han definido, a la vista de las pretensiones que han formulado y de sus motivos.

4.- Por lo que el último motivo de casación también debe ser desestimado.

#### **NOVENO.- Costas y depósitos**

1.- Procede condenar a los recurrentes al pago de las costas del recurso de casación, que ha sido desestimado, conforme ordena el art. 398.1 LEC.

2.- Asimismo, procede la pérdida del depósito constituido para su interposición, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Laureano y Dña. Valentina contra la sentencia núm. 85/2018, de 1 de marzo, dictada por la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 612/2017.

2.º- Imponer a D. Laureano y Dña. Valentina las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

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



Notifíquese esta resolución a las partes.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ