



---

# Universidad de Valladolid



**FACULTAD DE DERECHO**

**Máster de abogacía**

**TÍTULO:** LAS HIPOTECAS MULTIDIVISA. ESPECIAL REFERENCIA AL DEBER DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS Y AL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS INCLUIDAS EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES.

**AUTOR:** Jorge Criado García.

**TUTOR:** Jesús Quijano González.

# INDICE

ABREVIATURAS.....	4
[DICTAMEN].....	6
1. ANTECEDENTES DE HECHO.....	6
2. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	10
3. NORMATIVA APLICABLE.....	11
3.1. Normativa.....	11
3.2. Jurisprudencia aplicable.....	12
4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	13
4.1. Análisis previo: préstamo de hipoteca multidivisa como estrategia bancaria.....	13
4.1.1. <i>Aparentes beneficios para el prestatario de este tipo de préstamos.....</i>	13
4.1.2. <i>EURIBOR vs. LIBOR. Evolución y comparativa.....</i>	13
4.1.3. <i>Fluctuación de los tipos de cambio.....</i>	15
4.1.4. <i>Beneficios que tal tipo de hipotecas reportaban a las entidades financieras.....</i>	17
4.2. <b>Posible aplicabilidad de la LMV y de la Directiva MiFID.....</b>	18
4.2.1. <i>Ámbito material de la ley.....</i>	18
4.2.2. <i>Regulación referente a los instrumentos financieros.....</i>	20
4.3. <b>El control de transparencia.....</b>	22
4.3.1. <i>Introducción conceptual.....</i>	22
4.3.2. <i>Relación con el control de contenido o abusividad y con el control de incorporación o inclusión.....</i>	23
4.3.3. <i>Régimen jurídico del control de transparencia.....</i>	25
4.3.4. <i>Transparencia exigible según la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017.....</i>	28
4.3.5. <i>Transparencia exigible según la sentencia del TS de 15 de noviembre de 2017.....</i>	28
4.4. <b>Posibles causas de nulidad de la hipoteca multidivisa.....</b>	29
4.4.1. <i>Nulidad por error en el consentimiento.....</i>	29
4.4.2. <i>Nulidad por incumplimiento de norma imperativa.....</i>	30
4.4.3. <i>Nulidad por existencia de cláusulas abusivas.....</i>	32

4.5. Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017. Caso Andriuciuc.....	32
4.6. Sentencia del TS de 15 de noviembre de 2017.....	35
4.6.1. <i>Motivo 1 del recurso de casación</i> .....	35
4.6.2. <i>Motivo 2 del recurso de casación</i> .....	36
4.6.3. <i>Motivo 5 del recurso de casación</i> .....	36
4.6.4. <i>Fallo de la sentencia</i> .....	39
<b>5. CONCLUSIONES.....</b>	<b>40</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>43</b>
<b>RECURSOS WEB.....</b>	<b>43</b>
<b>JURISPRUDENCIA CITADA Y CONSULTADA.....</b>	<b>43</b>

## ABREVIATURAS

AP.....	Audiencia Provincial.
Ap.....	Apartado.
Art./s. ....	Artículo/s.
BCE.....	Banco Central Europeo.
CC.....	Código civil, aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889.
CCom.....	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
CE.....	Constitución Española de 1978.
CNMV.....	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
Directiva MiFID.....	Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifica la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE.
DUDH.....	Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.
EURIBOR.....	Euro Interbank offered rate (tipo europeo de oferta interbancaria).
FJ.....	Fundamento/s jurídico/s.
LCGC.....	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
LGDCU.....	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba la Ley General Para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
LIBOR.....	London Interbank offered rate (tipo interbancario de oferta de Londres).

LMV.....Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre,  
por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

LOSSEC.....Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación,  
supervisión y solvencia de entidades de crédito.

NIC.....Normas Internacionales de Contabilidad.

PH.....Préstamo Hipotecario.

TJUE.....Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS.....Tribunal Supremo.

YJP.....Yen/es Japonés/es.

## [DICTAMEN]

Dictamen que emite Jorge Criado García, alumno del Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Valladolid, como Trabajo Fin de Máster.

### 1. ANTECEDENTES DE HECHO

En fecha 30 de septiembre de 2013, el matrimonio formado por D. Carlos Francisco y D<sup>a</sup> Milagros, interpuso demanda de juicio ordinario contra Barclays Bank S.A. (actualmente, Caixabank S.A.), para que se declarase la nulidad parcial del acuerdo suscrito en escritura pública, consistente en un préstamo hipotecario multidivisa, concretamente en aquellas estipulaciones referentes a las mencionadas divisas, y así mismo declarar de manera integradora que la cantidad adeudada del entonces saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultase de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada, condenando a la entidad bancaria a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que ésta generase.

Todo esto, en aplicación del art. 6.3 del CC, en relación con la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios, y con los arts. 79 y siguientes de la LMV; en aplicación de la LGDCU y de la LCGC; y, por último, en aplicación de los arts. 1265, 1266, 1269 y concordantes del CC.

El contrato en cuestión, consistía en un préstamo con garantía hipotecaria que difiere del tradicional en que en lugar de contratar en euros, se contrata en una o varias monedas extranjeras, y en que el tipo de interés a aplicar en vez de estar referenciado por el EURIBOR, lo está por otro índice de referencia consistente en la London InterBank Offered Rate (LIBOR), traducido al castellano como el “tipo interbancario de oferta de Londres”.

Estas hipotecas fueron ofertadas por los bancos como un producto beneficioso entre el año 2006 y el 2008, dado que eludían el EURIBOR como tipo de interés, que por entonces alcanzaba máximos históricos.

EURIBOR	LIBOR YEN JAPONÉS
Enero 2006: 2,361%	Enero 2006: 0,043%

Enero 2007: 3,614%	Enero 2007: 0,408%
Enero 2008: 4,124%	Enero 2008: 0,576%
Octubre 2008: 4,846% (máximo)	Octubre 2008: 0,859%

Es más, en el mes de firma del contrato, julio de 2008, el EURIBOR se encontraba al 4,13%, mientras que el LIBOR yen japonés estaba en un promedio de 0,559%.

Pero, dado que esta hipoteca depende de la fluctuación de la/s divisa/s pactada/s, la situación podía cambiar drásticamente.

Así sucedió en el supuesto en cuestión. El contrato fue firmado por las partes el 31 de julio de 2008, y en el periodo comprendido entre 2009 y 2012, el euro sufrió una depreciación muy elevada frente a la divisa pactada en el contrato, el yen japonés. Esto supuso un elevado ascenso en las cuotas de amortización del contrato.

<b>Fecha</b>	<b>Montante de la cuota</b>	<b>Tipo de interés (LIBOR+ 0,82%)</b>
<b>Agosto 2008</b>	1019,66€	1,47%
<b>Noviembre 2009</b>	1180,72€	0,97%
<b>Mayo 2010</b>	1361,68€	0,98%
<b>Agosto 2010</b>	1432,13€	0,96%
<b>Junio 2012</b>	1540,95€	0,96%

La equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar por los prestatarios el día 24 de agosto de 2012, ascendía a 404.323,94€.

En resumen, que tras estar pagando mensualmente durante tres años las cuotas de un préstamo hipotecario de 260.755€, debía a la entidad financiera, conforme a las cláusulas del contrato, prácticamente el doble.

La demanda interpuesta por los prestatarios del contrato en cuestión fue admitida a trámite, previa subsanación de los defectos formales apreciados en la misma, por el Juzgado de Primera Instancia nº 84 de Madrid, dándose el posterior traslado a Barclays Bank S.A., para

que formulase las alegaciones correspondientes. En el escrito de contestación, la demandada se opuso a la demanda alegando que:

- Los prestatarios eran totalmente conscientes de los riesgos que asumían al contratar el préstamo en yenes japoneses.
- Que las previsiones realizadas en aquella fecha no apuntaban a la depreciación del euro frente al yen que posteriormente se produjo, por lo que fue absolutamente imprevisible.
- Que en todo caso tal situación se ha revertido a partir del año 2012.
- Que los demandantes habían solicitado anteriormente una hipoteca de similares características a otra entidad bancaria.
- Y que la comercializadora del préstamo ofreció a los prestatarios una información completa y detallada de las características, ventajas y riesgos que conllevaba ese préstamo.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 84 de Madrid dictó sentencia el día 12 de mayo 2014 que estimó la demanda, y que en consecuencia:

1. Declaró la nulidad parcial del préstamo hipotecario en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa.
2. Declaró que la cantidad adeudada por los demandantes, consecuentemente, es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, restando evidentemente todo lo amortizado al préstamo inicial, y utilizando el mismo índice de referencia del LIBOR incrementado en 0,82 puntos porcentuales.
3. y condena por último a la entidad bancaria a correr con los gastos que pudieran derivarse del cumplimiento de la sentencia y a las costas procesales.

Esta sentencia, fue recurrida por la parte demandada en apelación, y tal recurso fue resuelto por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid. Por lo tanto, ésta última dictó sentencia resolviendo el caso, en la cual estimó el recurso interpuesto por la representación de la entidad bancaria, basándose en las siguientes afirmaciones:

1. Que el préstamo multidivisa en cuestión, no es un derivado financiero de los definidos en el art. 2 de la LMV y desarrollados en la directiva MiFID, sino que simplemente lleva implícito un doble riesgo. Tal riesgo, consiste primero en las posibles subidas y bajadas del tipo de interés a aplicar a las cuotas, y segundo en las posibles oscilaciones en el tipo de cambio entre las divisas.

2. Que este doble riesgo, que en principio no existe en los préstamos hipotecarios convencionales, puede ser evitado por el prestatario mediante el ejercicio de la opción que se le ofrece en el contrato de modificar la divisa operante del préstamo, cumpliendo unos requisitos previos.
3. Que el principio general del derecho del *"pacta sunt servanda"*, exige que ambas partes contratantes de una relación contractual, cumplan las obligaciones que de ella se desprendan.
4. Y que el principio general de derecho "rebus sic stantibus" alegado por la parte prestataria, para su posible aplicación, requiere que la alteración sustancial de las circunstancias haya sido imprevisible, y esto no encaja en el ámbito de la regulación contractual, dado que la incertidumbre es la base de tal regulación, sumado a que tal incertidumbre puede ser paliada con la opción de modificación de divisa y mencionada.

Tras este fallo de la AP, el matrimonio demandante en Primera Instancia, interpone ante el TS recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación de la AP.

Los motivos de casación de la parte recurrente, son los siguientes:

1. La infracción de la LMV. Por un lado, al asegurar que el préstamo hipotecario multidivisa resulta ser un instrumento financiero complejo, dado que contiene un derivado implícito, por lo que su regulación está contenida en la mencionada ley. Y por otro lado, al no seguir la entidad bancaria el estándar de diligencia ni de buena fe, ni cumplir con el deber de información en materia de inversiones financieras.
2. La infracción del CC, dado que no se ha declarado la nulidad de pleno derecho del contrato cuando está infringiendo normas imperativas tales como la LMV, la LDIEC, la DUDH y la CE.
3. La infracción de la LGDCU, en concreto, referente al control de abusividad de las cláusulas no negociadas con el consumidor y al control de transparencia de tales cláusulas.

## 2. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN

1. ¿Es de aplicación la Ley de Mercado de Valores y la normativa MiFID a un préstamo hipotecario multidivisa?
2. ¿Nos encontramos ante cláusulas negociadas o de CGC? Y en el caso de que se trate de CGC, ¿existe vulneración de la LGDCU? ¿superan estas cláusulas el control de abusividad y el control de transparencia exigidos?
3. ¿Cuál es el alcance del deber de información del empresario o profesional con el consumidor, es decir, de la entidad financiera con la parte prestataria?
4. ¿existen realmente vicios en el consentimiento prestado por los prestatarios en la formalización del contrato? ¿hay error en el consentimiento? ¿existe dolo omisivo por parte de la parte prestamista?

### 3. NORMATIVA APLICABLE

Ya planteadas las cuestiones jurídicas que van a ser sometidas a estudio, se enumera la siguiente normativa y jurisprudencia que serán de utilidad y aplicación al caso objeto del dictamen.

#### 1. Normativa.

- Código civil, aprobado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889.
- Ley 2/1981 de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario, modificada por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre.
- Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, derogada y sustituida por la Ley 10/2014 de 26 de junio, de Ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito.
- Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, derogado por la actual EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, modificada por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.
- Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social.
- Ley 24/1988 del Mercado de Valores.
- Ley 47/2007 de 20 de diciembre por la que se modifica la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, y que incorpora al ordenamiento español tres directivas europeas: la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CEE y la Directiva 2006/49/CEE.
- Normas Internacionales de Contabilidad.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- RD Ley 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

2. Jurisprudencia aplicable.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de marzo de 2013. Sala primera. Asunto C-92/11. Ponente: M. Safjan.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014. Sala Cuarta. Asunto C-26/13. Ponente: A. Prechal.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de diciembre de 2015. Sala cuarta. Asunto C-312/14. Ponente: A. Prechal.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016. Gran Sala. Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. Ponente: E. Levits.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de septiembre de 2017. Sala segunda. Asunto C-186/16. Ponente: A. Prechal.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2010. Sala de lo civil. Rec. 2559/2005. Ponente Xavier O'callaghan Muñoz.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de abril de 2013. Sala de lo civil. Rec. 1979/2011. Ponente: Rafael Saraza Jimena.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 1916/2013, de 9 de mayo de 2013. Sala de lo civil. Rec. 485/2012. Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 354/2014, de 20 de enero de 2014. Sala de lo civil. Sección 991. Rec. 879/2012. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2015. Sala de lo civil. Sección 991. Rec. 2780/2013. Ponente: Rafael Saraza Jimena.
- Sentencia del Tribunal Supremo número 608/2017, de 15 de noviembre de 2017. Sala de lo Civil. Sección 991. Rec. 2678/2015. Ponente: Rafael Saraza Jimena.

## 4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### 4.1. Análisis previo: préstamo de hipoteca multidivisa como estrategia bancaria.

#### 4.1.1. *Aparentes beneficios para el prestatario de este tipo de préstamos.*

Para el prestatario, el principal y más suculento beneficio que le suponía contratar en una divisa extranjera, era beneficiarse de un tipo de interés inferior al EURIBOR. Éste último, entre los años 2006 y 2008, estaba teniendo al alza, alcanzando máximos históricos como ya se ha explicado.

Sin embargo, el índice de referencia utilizado para este tipo de contratos, era el LIBOR, que referido concretamente al franco suizo o al yen japonés, se encontraba muy por debajo del EURIBOR, lo que era muy llamativo para los prestatarios.

#### 4.1.2. *EURIBOR vs. LIBOR. Evolución y comparativa.*

El EURIBOR, consiste en una estimación de los intereses que tanto los bancos europeos como los internacionales que operan en la zona euro se pagan entre sí. En resumen, pretende reflejarla realidad del mercado de dinero.

Sin embargo, actualmente este índice se separa de la realidad y es controlado por el Banco Central Europeo, con la finalidad de favorecer los créditos entre entidades bancarias y paliar así la anterior crisis económica y reactivar la economía en la zona euro. De esta circunstancia se desprende la continua bajada del EURIBOR desde el año 2008.

El LIBOR, en cambio, es el tipo de interés fijado por el mercado de Londres, conforme al cual se prestan dinero entre sí distintas entidades financieras de países externos a la zona euro.

Es un índice utilizado frecuentemente en los mercados financieros profesionales para el cálculo de productos como los futuros, opciones o *swaps*.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> JIMÉNEZ DE LUCAS, I. y VICIANO ESTEBAN, S. “Guía de productos tóxicos bancarios III hipotecas multidivisa”, THOMSON REUTERS, ARANZADI, 2015.

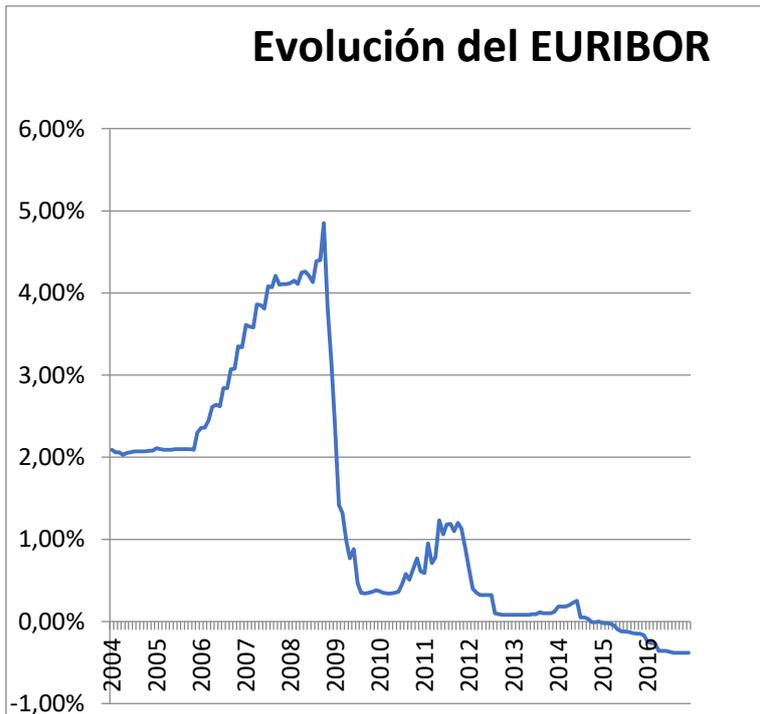
- Evolución del EURIBOR:

Este índice descendió en gran medida en 2002, y así se mantuvo hasta el 2005, pero desde este último, comenzó a subir progresivamente hasta que en octubre de 2008 alcanzó su máximo histórico de un 5,526%.

Y, a partir de esta fecha, y desde que el EURIBOR empezó a ser controlado por el BCE, volvió a descender. Ya con anterioridad a esta circunstancia los bancos comenzaron a aminorar sus riesgos en caso de bajada del EURIBOR mediante las cláusulas suelo en los contratos convencionales de préstamo con garantía hipotecaria.

Pero durante ese periodo de tres años de subida del índice de referencia, y especialmente al final de este, fue cuando se empezaron a ofertar y contratar las hipotecas multidivisa, que se ofrecían como método de reducción de los intereses a pagar por los prestatarios.

Evidentemente, las entidades financieras eran conscientes de la probable bajada del EURIBOR en un futuro próximo como método de paliar la ya por entonces insalvable crisis económica.

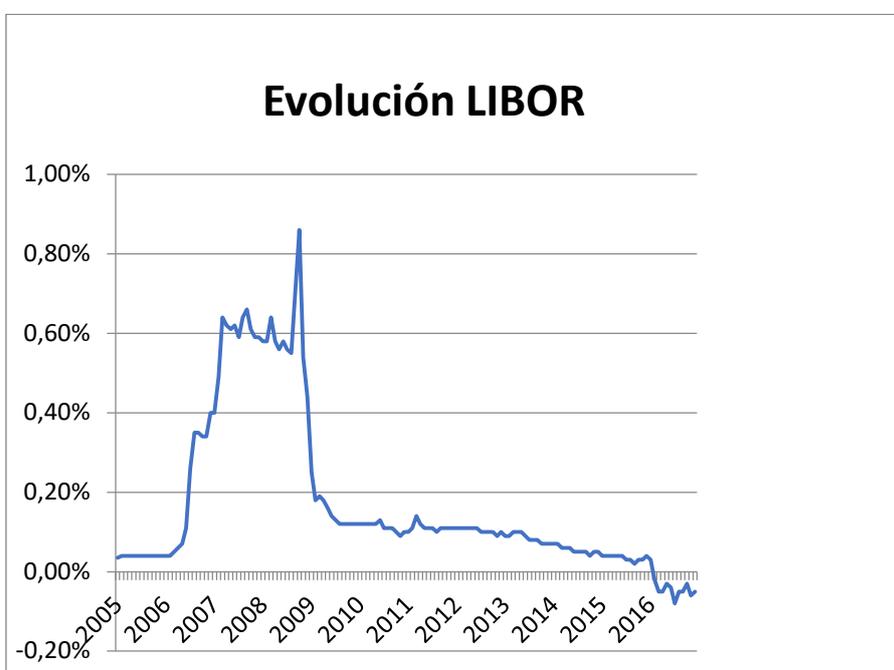


Así se puede observar en la gráfica, donde vemos la paulatina subida del Euribor desde el 2006 hasta finales del 2008, momento que las entidades aprovecharon para ofertar las referidas hipotecas multidivisa, y como de golpe en 2009 en cuanto fue el BCE quien fijaba

el índice de referencia sufre una acusada bajada, llegando en los últimos años a encontrarse en negativo.

- Evolución del LIBOR.

En junio del 2012, varias entidades financieras fueron sancionadas por manipulación fraudulenta del LIBOR entre los años 2005 y 2009. Desde la aparición de la crisis, algunos de los bancos que operaban con este índice de referencia, artificialmente, mantuvieron bajo el nivel del LIBOR, para aparentar una adecuada situación de capitalización. Una de las entidades financieras multadas fue Barclays Bank, la protagonista del antecedente de hecho descrito anteriormente.



Esta manipulación, entrañó un aumento del riesgo que asumían los prestatarios, aunque realmente el riesgo que hizo que el equilibrio entre derechos y obligaciones de ambas partes desapareciese por completo, fue la fluctuación de la divisa pactada en el contrato.

4.1.3. *Fluctuación de los tipos de cambio.*

Las fluctuaciones que pueden sufrir los tipos de cambio entre divisas, pueden ser extremadamente bruscas. Para un experto en finanzas que vigila el tipo de cambio a diario, no habría supuesto in problema la adhesión a este tipo de contratos.

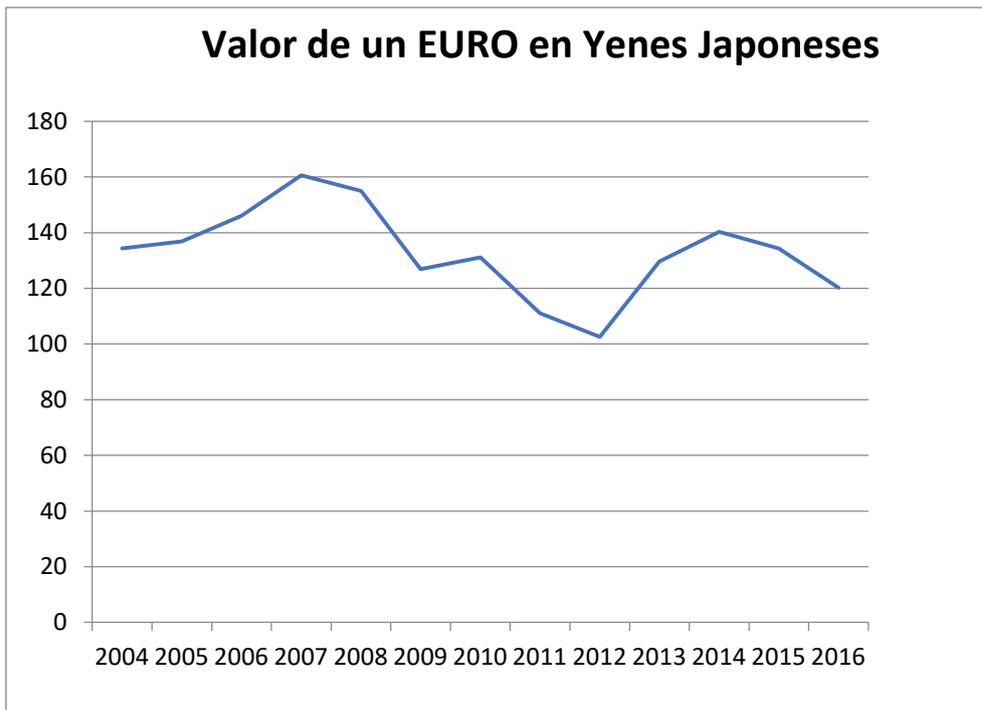
Este fue el problema para todos aquellos prestatarios de este tipo de contratos, que la cantidad que se debe al banco va a cambiar día a día conforme cambie el precio de la divisa pactada.

Más concretamente, el yen japonés se apreció con respecto al euro en un 40% y en esta proporción se encarecieron consecuentemente las cuotas mensuales (la misma cantidad de yenes cada mes costaba más euros). Lo mismo sucedía con el capital restante a pagar.

De esta forma, se llegó a dar la situación del caso del antecedente de hecho anteriormente descrito, en el que después de estar los prestatarios pagando las cuotas mensuales durante tres años, se debía al banco casi el doble de cantidad que la que se debía al inicio del préstamo. Lo trascendente, como se explicará más adelante, es que nunca se informó de esta posibilidad a los citados prestatarios.

Los clientes de los bancos que pactaron su hipoteca mediante este sistema, en su gran mayoría ajenos al mundo de las finanzas, nunca fueron informados de qué sucedería con su hipoteca en el caso de apreciación de la divisa en que se contrataba. Sólo se les informó, y no en todos los casos, de la situación anterior a la firma del contrato, en la cual el yen se encontró durante varios años en constante declive de valor. Entre finales del año 2007 y principios del 2008, fue cuando el euro llegó a ser más fuerte que la divisa japonesa, periodo temporal coincidente con la mayoría de las contrataciones de este tipo de préstamos.

En la gráfica se puede apreciar ese punto en el que el euro tenía el mayor valor respecto al yen japonés. Fue en ese momento cuando se contrataron las referidas hipotecas multidivisa (entre 2007 y 2008, cuando un euro valía entre 150 y 160 yenes japoneses).



Sin embargo, posteriormente, el euro se devaluó en gran medida, y para cuando el prestatario quería volver a optar por su hipoteca en euros, la deuda en esta última moneda que le tocaría amortizar para tal cambio resultaba ser muy superior a la que se tenía en el momento inicial del préstamo. Se aprecia en la gráfica que desde 2009, la gran devaluación mencionada del euro obligaba a los prestatarios a tener que pagar muchos más yenes para alcanzar la cifra en euros. Esto, sumado a la caída del precio de los bienes inmuebles en esa época, no hacía posible que la venta del inmueble pudiese satisfacer lo que convertido a euros tendría que amortizar. Por esto, los prestatarios acababan quedando atrapados en su hipoteca en yenes.

#### *4.1.4. Beneficios que tal tipo de hipotecas reportaban a las entidades financieras.*

En el periodo de tiempo ya mencionado, entre 2007 y 2008, los bancos eran conscientes de dos situaciones, frente a sus clientes que las desconocían:

- El valor del yen japonés estaba tocando fondo frente al del euro, por lo que era más que probable que comenzase a ascender.
- Que, aun con el máximo histórico alcanzado por el EURIBOR, éste comenzaría a descender como consecuencia de la crisis económica.

Así, con la oferta de los préstamos hipotecarios multidivisa, se aparentaba una ventaja para el cliente en el momento de la contratación, pero sin embargo, el banco lo que estaba haciendo era una apuesta, apoyándose sobre la base de esa información que los prestatarios desconocían. Así:

- Con la posible bajada del EURIBOR, los bancos perdían dinero en aquéllos préstamos hipotecarios cuyo interés era calculado respecto al mencionado índice, situación que no tendría por qué suceder si fuesen calculados respecto a otro, en estos casos el LIBOR.
- En el posible caso de que el euro se depreciase frente a otra divisa, el contratar en esa divisa haría que el cliente debiera pagar una cantidad superior a la pactada inicialmente. Además, las entidades financieras se protegían de las posibles pérdidas en caso de que el euro no se devaluase, mediante un seguro de tipo de cambio en caso de que la divisa pactada siguiese disminuyendo su valor.
- Además, las hipotecas pactadas en otra divisa tienen unos costes adicionales que no tienen las convencionales y que siguen produciendo beneficios al banco:
  - 1) El diferencial es más alto en este tipo de contratos con respecto al índice de referencia.
  - 2) Suelen incorporar una comisión para el caso de que el prestatario desee cambiar la denominación de la divisa del préstamo.
  - 3) Existen comisiones que no están reflejadas en el contrato porque se derivan de actividades propias de la entidad, como por ejemplo la de que todo banco al realizar el cambio de moneda cobra una comisión. En estos casos, el cambio se hacía cada mes, por lo que mensualmente los bancos disponían de una comisión fija.

## **4.2. Posible aplicabilidad de la Ley de Mercado de Valores y la Directiva MiFID.**

### *4.2.1. Ámbito material de la ley.*

Sigue siendo una cuestión muy discutida jurisprudencialmente y objeto de controversia por los Tribunales, la de si una hipoteca multidivisa puede considerarse como un instrumento financiero a efectos de la Directiva MiFID, es decir, si es un producto derivado y complejo, y por consiguiente si tales hipotecas están sometidas a la mencionada Directiva y a la LMV.

Los Tribunales no se ponen de acuerdo respecto a esta cuestión. Tanto el TJUE como nuestro TS han pronunciado fallos tanto a favor como en contra de la conceptualización de estas hipotecas como instrumentos financieros derivados y complejos.

Por ejemplo, la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank,<sup>2</sup> declara que a determinadas operaciones de cambio no les puede ser de aplicación el art. 4.1 punto 2 de la Directiva MiFID. Concretamente, dice que las meras operaciones de cambio no se encuentran comprendidas en el ap. 55 de la sección A de la Directiva, porque simplemente se limitan a una operación de conversión, es decir, que sirven exclusivamente como modalidad de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del préstamo, y no para llevar a cabo una inversión mediante la gestión de un riesgo o la especulación con un tipo de cambio.

En esta sentencia, se apoya la del TS de 15 de noviembre de 2017 que resuelve el antecedente de hecho de este dictamen, concluyendo con que esa conversión de la divisa no es más que una “modalidad indisociable de ejecución del contrato”.

Sin embargo, el mismo TS, en su sentencia de 30 de junio de 2015,<sup>3</sup> afirma que la hipoteca multidivisa “es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera”.

Y conforme a esta argumentación, se inclina NAVAS,<sup>4</sup> que también entiende que nos encontramos ante un instrumento financiero derivado, basándose en las argumentaciones que se exponen a continuación.

Es evidente que en este tipo de préstamos, el riesgo que se asume con el tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en la divisa pactada, “no se limita realmente a ser una simple representación inicial del capital prestado, sino que actúa normalmente como factor de recálculo permanente del contravalor en euros del montante del capital debido en divisas, lo que provoca una pérdida total de referencias entre el activo (la vivienda hipotecada y la capacidad de pago del prestatario, valorado en euros) y el pasivo que lo financia, valorado en divisa, no sólo en una representación inicial, sino a lo largo de toda la vida del préstamo”.

---

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2015. Sala cuarta. Asunto C-312/14. Ponente: A. Prechal.

<sup>3</sup> Sentencia del TS de 30 de junio de 2015. Sala de lo civil. Sección 991. Rec. 2780/2013. Ponente: Rafael Saraza Jimena.

<sup>4</sup> NAVAS, JUAN IGNACIO “*Hipoteca Multidivisa, cómo conseguir la nulidad parcial del préstamo*”, THOMSON REUTERS ARANZADI, 2015.

Esto quiere decir, que lo que conforme el activo es de valoración sencilla, pero sin embargo, el pasivo se encuentra afectado por muy diversas variables y está en constante cambio, incluso al alza aun cuando se está cumpliendo con el pago de las cuotas. El precio para el prestatario, teóricamente, es el tipo de interés, es decir, el LIBOR más lo estipulado en el contrato. Sin embargo, el hecho de que, además, tenga que hacerse cargo del riesgo de fluctuación de la moneda sobre el capital tiene como resultado que al final su contraprestación no es para nada simple, dado que el precio a pagar va a ser el tipo de interés más ese otro cuyo valor no está determinado en el contrato de préstamo, sino que se irá concretando sobre el precio de un activo concreto, por lo que realmente hace las veces de activo subyacente, en concreto, el tipo de cambio en divisas.

Conforme a estos razonamientos, cabe calificar a la hipoteca multidivisa como un derivado financiero y, por lo tanto, como un producto regulado y avalado por la LMV y consecuentemente por la Directiva MiFID.

Estos derivados financieros son contratos en los que la cuantía de la obligación de una de las partes contratantes es dependiente de la cantidad que alcance otro valor, en concreto de la que alcance el activo subyacente que, como se ha dicho, para este caso consiste en el tipo de cambio en divisas.

Es más, la CNMV, los ha calificado como productos sujetos al efecto aparcamiento, dado que la necesaria inversión inicial es reducida comparada con la exposición al activo subyacente que se obtiene, por lo que cabe la posibilidad de que, tanto positiva como negativamente los resultados se multipliquen en relación con el efectivo desembolsado, calificándose por tanto a estos productos de riesgo elevado.

Y, por último, las Normas Internacionales de Contabilidad adoptadas por la UE definen este derivado implícito en la NIC número 39, conceptuándolo como el “componente de un instrumento financiero híbrido (combinado) que también incluye un contrato principal no derivado, cuyo efecto es que alguno de los flujos de efectivo del instrumento combinado varían de forma similar al derivado, considerado de forma independiente”.

#### *4.2.2. Regulación referente a los instrumentos financieros o derivados.*

Por lo tanto, conforme al razonamiento recién expuesto, es decir, si entendemos que la hipoteca multidivisa resulta ser un derivado financiero, entraría a serla de aplicación la LMV y la Directiva MiFID.

Primero, cabe mencionar el art. 2.2 de la LMV, como precedente, que delimita el ámbito material de la ley: “Quedan comprendidas en el ámbito de esta ley los siguientes instrumentos financieros: [...] 2. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo”.

Una vez que entendemos que las Hipotecas Multidivisa quedan enmarcadas aquí, entra en juego el Título VII de la misma Ley, donde se regulan las normas de conducta exigibles a quienes prestan los servicios en cuestión, concretamente en este caso a las entidades bancarias. Así, el art. 79 habla de la obligación de diligencia y transparencia, enuncia concretamente que “las entidades que prestan servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios [...]”.

Y el siguiente, el art. 79 bis habla de sus obligaciones de información, concretamente:

“1.- Las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.

2.- Toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberán ser imparcial, clara y no engañosa [...].

3.- A los clientes, incluidos los clientes potenciales, se les proporcionará, de manera comprensible, información adecuada sobre la entidad y los servicios que presta; sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión; sobre los centro de ejecución de órdenes y sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. [...]

4.- El cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado.

[...]

6.- Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos los clientes potenciales, en el ámbito de inversión

correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. [...]

7.- Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda valorar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada.

[...]”.

Conforme a estos artículos, cabe afirmar que, para el caso de que consideremos a las ya explicadas hipotecas multidivisa como un producto complejo, aparte de cumplir esta enumeración de obligaciones, es obligatorio que la entidad también realice al cliente el test de conveniencia o idoneidad derivado de la normativa MiFID, consistente en la recolección de toda la información posible del cliente.

### **4.3. El control de transparencia.**

#### *4.3.1. Introducción conceptual.*

Se encuentra totalmente relacionado con la información precontractual que se facilita y explica a la parte adherente, es decir, a los prestatarios.

Este es el motivo por el que la legislación y los órganos jurisdiccionales se han dedicado a reforzar el deber de información que se ha de ofrecer a los consumidores y usuarios.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> MORENO GARCÍA, L. “Cláusulas suelo y control de transparencia, tratamiento sustantivo y procesal”, MARCIAL PONS, 2015.

#### *4.3.2. Relación con el control de contenido o abusividad y con el control de incorporación o inclusión.*

El control de incorporación o inclusión, consiste en que las cláusulas no negociadas individualmente en un contrato que no cumplan alguno de los requisitos especificados en los arts. 5 y 7 de la LCGC, serán consideradas mediante sanción como no incorporadas al contrato en el que inicialmente se encontraban.

El apartado 5 del mencionado art. 5, enuncia que “la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”. Y el art.7 del mismo texto legal, establece los casos de no incorporación, concretamente dice que “no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: (...) b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

Por lo tanto, la falta de transparencia, conforme al control de incorporación, se ha considerado tradicionalmente como un supuesto de no incorporación de la cláusula en que se aprecie al contrato en que tal cláusula se encuentre, y no como un control específico.

El segundo control mencionado, de contenido o abusividad, viene regulado de manera expresa en otro cuerpo legal, en la LGDCU, en sus arts. 82 y siguientes. La finalidad de la ley es el equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes, por lo que aquellas, cláusulas que, en contra del principio general de buena fe, produzcan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en contra del consumidor, se calificarán de abusivas, y por lo tanto, la sanción correspondiente consistirá en la nulidad de tales cláusulas.

La diferencia entre ambos controles radica en que, en éste último, no existe un filtro previo de transparencia.

Tras algo de incertidumbre en éste ámbito, gracias a ya consolidada jurisprudencia, se añade un tercer control, el de transparencia, cuando estamos ante cláusulas relativas a elementos esenciales del contrato en cuestión.

El TS, a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013<sup>6</sup> por la que se empezaron a considerar abusivas las famosas cláusulas suelo, se aparta de la posición tradicional mencionada, y

---

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 1916/2013, de 9 de mayo de 2013. Sala de lo civil. Rec. 485/2012. Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

estipula un control específico de cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato, y lo denominó como “doble control o filtro de transparencia”.

Conforme a éste, la cláusula en cuestión, en primer lugar, ha de cumplir unos requisitos de transparencia propios del control de inclusión de los arts 5.5 y 7 de la LCGC ya mencionados, es decir, formales o documentales.

Pero, aunque la cláusula supere este primer control, puede declararse abusiva si no supera el segundo, propio de los contratos con consumidores y que se desprende como ya se ha dicho de la LGDCU. Este último control, según el TS, incluye “el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”.<sup>7</sup>

Conforme a esto, los mencionados requisitos de transparencia van encaminados a que exista una posibilidad real de conocer y entender el contenido del contrato antes de su celebración.<sup>8</sup>

En este sentido, ya hay órganos judiciales que han declarado que una cláusula supera el primer control pero que, sin embargo, no sucede lo mismo con el segundo.<sup>9</sup>

En resumen, lo que se determina es que las cláusulas referidas al objeto principal del contrato, estén sujetas a un control de incorporación, y además a uno de transparencia adicional, conforme al cual el adherente debe conocer la carga tanto económica como jurídica que dicho contrato le va a suponer.

Conforme a todo lo anterior, se puede decir que hay tres controles que a las estipulaciones no negociadas individualmente de un contrato se las pueden aplicar.

1. Un control de inclusión conforme a la LCGC, de carácter formal, con determinados requisitos de transparencia.
2. Un control de contenido, de carácter material, conforme a la LGDCU, por lo que únicamente es aplicable a cláusulas contenidas en contratos con consumidores. Además, conlleva la realización de un juicio de abusividad, conforme a los términos del art. 82 de esta ley.
3. Un control de concreción jurisprudencial de las cláusulas referidas al objeto principal del contrato, que consiste en un doble control de transparencia que, para casos como el

---

<sup>7</sup> STS 9 de mayo de 2013 FJ 12º, ap. 215.

<sup>8</sup> vid. F. Pertíñez Vilchez “comentario del art. 80 TRLGDCU”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), Comentarios a las normas de Protección de los consumidores, Madrid, Colex, 2011, pp. 696-697.

<sup>9</sup> SJM núm. 2 de Málaga de 9 de enero de 2014 y SAP de Huelva (secc. 3ª) 2/2014 de 21 de marzo.

del presente trabajo en que las cláusulas en cuestión se insertan en contratos con consumidores, exige un plus en el deber de información por parte del empresario.

#### 4.3.3. Régimen jurídico del control de transparencia.

- Directiva 93/13/CEE<sup>10</sup>

El artículo 3 de la directiva, enuncia que “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Junto a éste control de contenido, se establece uno de transparencia en su art. 5, el cual enuncia que “en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas constan por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”.

Se añade, además, por si hubiera alguna duda sobre el sentido de la cláusula, en su art. 5 que “prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”.

El problema deriva de la circunstancia de que el art. no delimita el alcance, no establece la consecuencia jurídica de la supuesta falta de transparencia.

Este art. 5.1 lo acabó delimitando el TJUE, primero por su sentencia de 21 de marzo de 2013,<sup>11</sup> en la que afirma la vital importancia que tiene para el consumidor adherente “disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración”, dado que en función de la información recibida, “el consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”.

Y después, por la sentencia del día 30 de abril de 2014, en la que establece que la transparencia exigida por el art. 5 tiene igual alcance que la mencionada por el art. 4.2 de la misma Directiva, concretando que sendas delimitaciones no se reducen a una comprensibilidad de las cláusulas meramente formal y gramatical (ap. 71), sino que se deben entender extensivamente (ap.72). Esto quiere decir que es necesario que la parte dominante ofrezca a la débil una información precontractual suficiente para que tome la decisión de contratar con un conocimiento de causa pleno, entendiendo las consecuencias

---

<sup>10</sup> Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de marzo de 2013, sala primera, asunto C-92/11, ap. 44.

de su adhesión al contrato, pudiendo compararlo con ofertas similares, y teniendo a posteriori la posibilidad de optar por la que considere mejor de acuerdo con sus necesidades.

- LCGC

El deber de transparencia en el clausulado de los contratos de adhesión se configura en los arts. 5.5 y 7, como ya se mencionó, siendo requisito de incorporación de tales cláusulas en cuestión al contrato.

Cabe destacar, que en la práctica, los requisitos de inclusión no acaban cumpliendo sus objetivos, puesto que los adherentes no suelen prestar atención especial a estas cláusulas. Lo normal es que el control de incorporación se realice a posteriori, una vez que el contrato se está ejecutando. De esta manera, acaban concurriendo en el tiempo los controles de incorporación y de contenido, cuando el primero ha de ser previo al juicio de abusividad.

Al final, el TS simplemente utiliza el art. 5.5 de esta ley para sustentar el primer filtro de transparencia ya mencionado, por lo que esta ley en realidad hace referencia exclusivamente al control de incorporación meramente formal y gramatical, que busca la comprensión por parte del adherente de la existencia y contenido de las cláusulas del contrato, y que utiliza el TS como primer filtro de su doble control.

- LGDCU

En esta Ley, el control de transparencia se regula en su art. 80, bajo la rúbrica “requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente”. Básicamente, se establecen unos requisitos formales que se han de dar en ese tipo de cláusulas cuando formen parte de contratos suscritos con consumidores.

El primero de ellos, consiste en la “concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...)”. El siguiente, habla de la “accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”. Y por último, se exige que haya “buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes”.

Hay que reseñar que, además, el ámbito objetivo de esta Ley es más amplio que el de la LCGC, dado que el concepto de cláusula contractual abusiva es aplicable no solo a

condiciones generales de la contratación, sino también a cláusulas contempladas en un contrato particular en el que el consumidor simplemente se adhiere.

Entrando en el análisis de los requisitos, la comprensibilidad de las cláusulas exigida en el primero de ellos, se refiere a que el consumidor pueda comprender intelectualmente las estipulaciones no negociadas individualmente sin necesidad de la realización de “un esfuerzo intelectual extraordinario”<sup>12</sup> y sin que haya necesitado la ayuda de una tercera persona o de información ulterior.

Pero, el doble control del que habla el TS, necesita de una delimitación más concisa que la general y abstracta que hace el referido art. 80. Por eso, el Alto Tribunal, ya en su trascendente sentencia de 9 de mayo de 2013 referente al tema de las cláusulas suelo, señaló que “El control de transparencia (...), cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”.

Por lo tanto, aun con la alusión del TS a este art. 80.1, éste resulta insuficiente para un posterior juicio de abusividad. Este es el motivo por el que los controles de la LCGC y de la LGDCU son considerados como controles formales, que simplemente condicionan la incorporación de la cláusula al contrato.

Así, es como se llega al ya descrito control específico de transparencia de creación jurisprudencial, el cual según el Alto Tribunal no superaban las cláusulas suelo, y actualmente, conforme al TJUE y más recientemente al TS, tampoco superan las cláusulas multídiva.

Por otro lado, el art. 80.2 de la LGDCU, sigue la tendencia del art. 6.2 de la LCGC y del art. 5 de la Directiva 93/13/CE, en los cuales se refleja de nuevo la regla de interpretación de la cláusula más favorable para el consumidor.

---

<sup>12</sup> F. Pertíñez Vélchez, “Comentario del art. 80 del TRLGDCU”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), Comentarios a las normas de Protección de los consumidores, p. 698.

#### *4.3.4. Transparencia exigible según STJUE de 20 de septiembre de 2017.*

Esta sentencia, como ya se ha dicho, ha sido de gran trascendencia para dilucidar el problema respecto al alcance de los controles ya mencionados para conocer tanto la transparencia como la abusividad de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario multidivisa.

Concluye afirmando que la exigencia de claridad y transparencia que se le impone a la entidad bancaria con respecto a la cláusula que impone el reembolso del préstamo en la misma divisa extranjera en que se contrató, implica que el banco se halla en la obligación de informar antes de contratar, para que así la cláusula sea “comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no solo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras”.

Es más, la misma sentencia añade que “los bancos deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para [...] comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero” y que el prestatario “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”.

#### *4.3.5. Transparencia exigible según la STS de 15 de noviembre de 2017.*

Nuestro Alto Tribunal, sigue la dinámica del TJUE respecto a la transparencia. Afirma la no superación de las cláusulas referentes a la divisa extranjera del control de transparencia, concretamente determina “falta de transparencia ya que las cláusulas multidivisa han generado para los prestatarios un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, ignorando los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudieron comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos y han visto agravada su situación económica y jurídica”.

Por lo tanto, se está confirmando de nuevo la sujeción de las entidades financieras que conceden préstamos multidivisa a la obligación de información que establecen las normas de transparencia bancaria y de protección de consumidores y usuarios.

Y de nuevo afirma y ratifica, que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato tienen un especial deber de transparencia, ya que los bancos deben facilitar a los prestatarios de este tipo de préstamos información suficiente para que comprendan tanto el contenido formal y gramatical de las cláusulas (conforme a los controles de referencia legal) como el alcance concreto de tales cláusulas, para así poder tomar una decisión fundada y prudente.

#### **4.4. Posibles causas de nulidad de la hipoteca multidivisa.**

##### *4.4.1. Nulidad por error en el consentimiento.*

Las hipotecas multidivisa no dejan de ser préstamos que se documentan en escrituras públicas, las cuales hacen la función de documento contractual. Por lo tanto, han de reunir antes de nada los requisitos de validez y eficacia del CC, esto es, consentimiento, objeto y causa.

Respecto al consentimiento, el art. 1265 del CC dice que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”. Y el art. 1266 lo concreta, añadiendo que “para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”.

Por lo tanto, conforme a este art. Y a reiterada jurisprudencia, para que el error tenga trascendencia anulatoria ha de tener las notas de esencialidad y excusabilidad.

- Esencialidad.

Esto quiere decir que el error ha de incidir sobre las obligaciones esenciales del préstamo en cuestión, es decir, de las económicas que se derivan del abono en divisa extranjera a la que constantemente se la aplica un tipo de cambio que, como ya se ha expuesto, la depreciación del euro supondría que se incrementase el montante en euros que se destina al pago de la cuota hipotecaria, el también incremento del contravalor en euros del capital solicitado, e incluso que no se reduzca el capital prestado, sino que se incremente.

Además, es de destacar que las cláusulas referidas a la divisa extranjera, no dejan de referirse a un elemento esencial del contrato como es la forma de pago.

- Excusabilidad.

Los bancos, en sus defensas judiciales, se han centrado en alegar que el perfil socio-cultural de los prestatarios siempre era alto, por lo que podían conocer los riesgos de las hipotecas multidivisa.

Aun así, ese nivel no influye tanto cuando se habla de un producto tan novedoso y de la dificultad que en el momento de la contratación tenía apreciar los verdaderos riesgos asumidos incluso para personas teóricamente cualificadas. A esto hay que sumarle el “efecto llamada” que tuvieron tales hipotecas, cuyo resultado fue la contratación de éstas por prestatarios de todos los niveles. Por esto, se puede llegar a la conclusión de que la hipoteca multidivisa sólo puede ser comprendida en su totalidad por expertos de la macroeconomía y de la evolución de los tipos de interés.

Por último, el otro factor determinante en la excusabilidad del error, recae sobre las obligaciones de información de las entidades bancarias.<sup>13</sup>

Tales obligaciones se encuentran reguladas y enumeradas en el art. 5 de la LOSSEC; si se considera que la hipoteca multidivisa es un derivado implícito, en los arts. 79 y 79bis de la LMV; y para los casos en que el prestatario fuese un consumidor (es decir, la mayoría), en la LGDCU ya explicada.

#### 4.4.2. *Nulidad por incumplimiento de norma imperativa.*

Esta clase de nulidad se extrae del art. 6.3 del CC, que afirma que “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de la contravención”.

La contratación bancaria, con carácter general, se regula por normativa administrativa, pero ésta contiene normas de conducta para garantizar la transparencia de las operaciones bancarias. Estas normas de conducta, son mencionadas y delimitadas por la sentencia del TS de 18 de abril de 2013<sup>14</sup> de la siguiente manera: “códigos de conducta, impuestos por normas jurídicas a las empresas de servicios de inversión [...], integran el contenido

---

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (RJ 2014,781).

<sup>14</sup> sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2013, sala de lo civil, rec. 1979/2011, ponente: Rafael Sarazá Jimena.

preceptivo de la llamada “lex privata” o “lex contractus” que nace al celebrar, con sus clientes, los contratos para los que aquellos están previstos. Se trata de estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos, por la buena fe, a los prestadores de tales servicios y, al fin, de deberes exigibles a la misma por el otro contratante artículos 1258 del Código Civil<sup>15</sup> y 57 del Código de Comercio.<sup>16</sup>

De aquí se desprende, que tales códigos de conducta son de carácter imperativo, y por lo tanto su vulneración conllevaría la nulidad de pleno derecho ex art. 6.3 CC.

Para el caso concreto de las hipotecas multidivisa, esos patrones de conducta se encuentran regulados en:

- Art. 5 de la LOSSEC, referente a la facilitación de información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la transparencia de las condiciones básicas de contratación de servicios y productos, etc.
- Arts. 59 y 60 de la LGDCU, referentes a la información contractual y precontractual que se ha de facilitar al consumidor.
- Para los casos en que se entienda que a la hipoteca multidivisa le es de aplicación la LMV, la será de aplicación sus arts. 79 y siguientes, que obligan a la entidad a la realización de un perfilamiento del cliente, así como a comportarse con diligencia y transparencia en el interés de éste.
- Los ya mencionados arts. 1258 del CC y 57 del CCom, que imponen la regla general de la buena fe de los contratantes en el ámbito contractual. En el caso de las hipotecas multidivisa, este estándar de buena fe es vulnerado por la entidad bancaria mediante lo que se conoce como el “dolo omisivo”<sup>17</sup>, es decir, al omitir la entidad financiera la información necesaria para que su cliente conozca los verdaderos riesgos que se asumen al contratar la mencionada hipoteca.

---

<sup>15</sup> Artículo 1258 CC: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias, que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

<sup>16</sup> Artículo 57 CCom: “los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados [...]”.

<sup>17</sup> la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2010. Sala de lo civil. Rec. 2559/2005. Ponente Xavier O’callaghan Muñoz, establece como manifestaciones del dolo no sólo la “insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante”, sino también “la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe”, omitiendo “hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico”.

#### *4.4.3. Nulidad por existencia de cláusulas abusivas.*

Esta concepción de una cláusula, se articula por la vía de la LCGC y por la de la normativa de consumidores, por lo que ha de tratarse de un contrato con Condiciones Generales de la Contratación. El carácter abusivo de una cláusula contractual, se basa como ya se ha explicado en su falta de transparencia. Por eso, se dice que el control de transparencia tiene como finalidad que “el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”.

Conforme a esto, es evidente que la información contenida en los préstamos multidivisa, resulta escasa e insuficiente para poder aunque sea apreciar las obligaciones económicas y riesgos que se asumen y su condición de esencial en el objeto del contrato. Además, por si fuera poco, las mencionadas cláusulas incorporan apartados de «salvaguardia» a favor del banco, guardándose la facultad de resolver anticipadamente el contrato si la parte prestataria no realiza amortizaciones extraordinarias en los casos en que el contravalor en euros se incremente respecto al tipo de cambio inicial como consecuencia de la fluctuación de la divisa.

Esto, genera aun más desequilibrio entre las partes a favor de la entidad bancaria, dado que además el prestatario no cuenta con ninguna cláusula protectora similar.

#### **4.5. Sentencia de 20 de septiembre de 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Andriuc.**

Es el precedente inmediato de la sentencia del TS que resuelve el antecedente de hecho.

El supuesto resuelto por la sentencia del TJUE, es similar al del antecedente de hecho del presente dictamen, solo que con una divisa distinta, el franco suizo. La sentencia enuncia que “es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”. Esto quiere

decir que es trascendental la información facilitada al prestatario, es decir, reitera la importancia del deber de información, deber éste que se hace más meticuloso si además la parte prestataria tiene la condición de consumidor.

Después, la sentencia añade “En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar [...] que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero. [...] por una parte, el prestatario deberá 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. Por otra parte, el profesional, en este caso el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa”.

Tras dar estas premisas, resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional nacional, referentes al modo de interpretación de ciertos artículos de la Directiva 93/13/CEE, en concreto:

- Respecto al art. 3, ap. 1, afirma que “la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato,[...], en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición”.
- Y respecto al art. 4, ap. 2, concluye que “debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato. Por consiguiente, esta cláusula no puede considerarse

abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible. [...] la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes”. Hasta aquí, la sentencia lo delimita con carácter general, y a continuación hace lo mismo respecto al supuesto en concreto, afirmando que “[...] esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras”.

Por lo tanto, conforme a esto, vuelve a reiterar la importancia del deber de información como obligación de la entidad financiera, y no solo con respecto al plano formal y gramatical de la cláusula en cuestión, sino también con respecto a su alcance concreto, de tal manera que el prestatario sea totalmente consciente de los riesgos reales y potenciales que está asumiendo con la aceptación del contrato en cuestión.

Dadas estas premisas, la sentencia del caso *Andriciu*, acaba declarando para los contratos del supuesto de hecho, la ausencia de buena fe por parte de la entidad, que no se llegó a informar de todos los riesgos y obligaciones tanto económicas como financieras que asumía la parte prestataria, el consiguiente desequilibrio que se generó entre ambas partes, y finalmente la correspondiente abusividad de las cláusulas referentes a la divisa extranjera presentes en los contratos objeto del litigio.

Esta sentencia es de suma importancia, dado que basándose en ella y tomándola como referencia, un mes después nuestro Alto Tribunal dictó la sentencia que a continuación se explicará y que va a servir en nuestro país como base jurisprudencial para los litigios referentes a hipotecas multidivisa.

#### **4.6. Sentencia número de 15 de noviembre de 2017 de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo.**

Ya hubo antes de esta sentencia algún precedente judicial en el que se declaraba la abusividad de las hipotecas multidivisa.<sup>18</sup> Pero la que verdaderamente es más completa, y encima crea jurisprudencia, es ésta, dictada hace apenas dos meses.

El supuesto concreto ya ha sido desglosado en el antecedente de hecho, por lo que se pasará directamente a los criterios, enfoques y respuestas que ha dado el TS.

En el recurso, la parte recurrente alegó, concretamente, la infracción de:

- Los arts. 2.2 y 79 de la LMV (motivo 1).
- El art. 6.3 del CC, en relación con el art.79 de la LMV, el art. 48.2 de la LDIEC, el art. 17.1 de la DUDH y con el art. 47 de la CE (motivo 2).
- Los arts. 80.1 y 82 de la LGDCU (motivo 5).

##### *4.6.1. Motivo 1 del recurso de casación.*

En cuanto al motivo 1, la clave de su resolución radica en la consideración que se le vaya a dar a la hipoteca multidivisa en cuanto a si su naturaleza es la de un instrumento financiero complejo y, por tanto, la es de aplicación la LMV y la Directiva MiFID, o si por el contrario la opción multidivisa no es más que una modalidad indisociable de la ejecución del contrato.

Pues, como ya se plasmó antes, nuestro Alto Tribunal en esta sentencia cambia el criterio que había aplicado en situaciones anteriores, afirmando que una cláusula de conversión de divisa sólo es un modo de ejecución del contrato que se puede estipular, y que por lo tanto no es un instrumento financiero distinto a la operación objeto del contrato. Por lo tanto, no les es de aplicación a las hipotecas multidivisa la LMV.

Aun así, el TS matiza esto, diciendo que lo único a lo que no estarán obligadas las entidades financieras es a lo que estipulan los arts. 79 y siguientes de la LMV, relativos a las actividades de evaluación y perfilamiento del cliente y a las de información reforzada. Y añade, que esto no influye en la sujeción de tales entidades a las obligaciones que las impone el resto de la normativa referentes a la transparencia bancaria, incluida la de consumidores y usuarios.

---

<sup>18</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de marzo de 2016, sección 13ª; y sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 31 de Madrid, de 25 de abril de 2014.

#### 4.6.2. *Motivo 2 del recurso de casación.*

Evidentemente, una vez fijada la no aplicación de la LMV, tampoco puede entrar en juego el art. 6.3 del CC en relación con el 79 de aquélla. Y, en relación con el derecho a la vivienda digna declarado en los mencionados arts. de la DUDH y de la CE, al tratarse de un derecho social de configuración legal, no puede analizarse su infracción independientemente de la infracción de esas normas legales que los desarrollan.

#### 4.6.3. *Motivo 5 del recurso de casación.*

El Tribunal comienza diciendo, que podría existir infracción de los arts. 5 y 7 de la LCGC, referentes al control de incorporación de cláusulas explicado anteriormente, pero los recurrentes no solicitaron ni mencionaron la no incorporación de dichas cláusulas.

Por lo tanto, se centra única y exclusivamente en la posible abusividad de las cláusulas, por lo que lleva a cabo el ya descrito control de transparencia.

Respecto al control de abusividad de las cláusulas no negociadas, los arts. 80.1 y 82 alegados por la parte recurrente como infringidos, desarrollan la Directiva 93/13/CEE.

La Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 sobre el caso *Banif Plus Bank*,<sup>19</sup> aunque excluya la aplicabilidad de la Directiva MiFID a las hipotecas multidivisa, habla sobre la pertinencia de algunas disposiciones del Derecho de la Unión Europea, en concreto de la mencionada Directiva 93/13/CEE, que instaura un mecanismo de control de cláusulas abusivas.

Dicho mecanismo se ve aplicado en la sentencia del TJUE del caso *Kásler*<sup>20</sup> que declara la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo denominado en divisas.

Y también en la ya explicada Sentencia del TJUE sobre el caso *Andriuc* que también declara la procedencia de ese control de transparencia y, además, la necesaria adecuación

---

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de diciembre de 2015. Sala cuarta. Asunto C-312/14. Ponente: A. Prechal.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014. Sala Cuarta. Asunto C-26/13. Ponente: A. Prechal.

entre precio y retribución, por un lado, y los servicios o bienes, por el otro, que se haya de proporcionar como contrapartida.

Tras esto, el TS estima que el contrato contiene Condiciones Generales de la Contratación y, por tanto, fija la aplicabilidad de la normativa de protección de consumidores y usuarios que desarrolla la mencionada Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas.

Las cláusulas cuestionadas en la demanda, definen el objeto principal del contrato, por lo que sobre ellas pesa un especial deber de transparencia. Conforme a las sentencias del TJUE mencionadas, no sólo han de estar redactadas de manera clara y comprensible, sino que han de proporcionar al adherente un conocimiento real de las mismas. Más concretamente, lo que se quiere decir es que, además del filtro de incorporación contenido en la LCGC, ha de aplicarse un control de transparencia (el doble filtro explicado anteriormente) cuando la CGC se refiere a elementos esenciales del contrato, para que así el adherente pueda conocer las cargas económica y jurídica del mismo.

Esto excluye que la posición jurídica del prestatario pueda empeorarse o la carga económica agravarse, situación que se ha producido a partir de la depreciación del euro frente al YJP.

Nuestro Alto Tribunal acaba afirmando que, aunque no sea aplicable la normativa MiFID, el PH en divisas se considera un producto complejo a efectos del explicado control de transparencia.

Dicho esto, lo siguiente a destacar, es que la mencionada jurisprudencia del TJUE, declaró reiteradamente la importancia de la información precontractual para el cumplimiento de la exigencia de transparencia.

Sobre esta información precontractual, también hablan las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013<sup>21</sup> y de 21 de diciembre de 2016.<sup>22</sup> En concreto, la última afirma que “[...] es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistemático en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de

---

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de marzo de 2013. Sala primera. Asunto C-92/11. Ponente: M. Safjan. Ap. 44.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016. Gran Sala. Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. Ponente: E. Levits. Ap. 50.

préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1)(DO 2011, C342, p.1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero [...]”.

Por lo tanto, el prestatario ha de estar claramente informado de que se expone a un riesgo de tipo de cambio que le puede llegar a ser difícilmente asumible. Y el profesional, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a ellos.

Tras estas explicaciones, el TS declara que no existió esa información precontractual necesaria. Era totalmente exigible a Barclays Bank que hubiese informado a los recurrentes acerca de los riesgos inherentes al juego de la moneda nominal (YJP) con la funcional (euro). Concretamente, “Barclays no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa”.

Además, la entidad tampoco informó a los prestatarios de otros riesgos importantes. El más significativo, es el de que la fluctuación de la divisa obliga a un recálculo constante del capital prestado. Esto es muy significativo, dado que mientras la equivalencia en euros del capital prestado en la escritura fue de 260.755€ el 31 de julio de 2008, en agosto de 2012 ascendía tal capital a 404.323€, aun cuando los prestatarios habían estado abonando las cuotas de amortización hasta entonces.

Este riesgo principal, traía consigo otros, de los que tampoco se informó al consumidor. En el presente caso objeto del recurso, alguno de estos riesgos se ha materializado, causando graves perjuicios como ya se ha ilustrado en el antecedente de hecho.

Por lo tanto, la información omitida era fundamental para que así los prestatarios hubiesen podido optar por una modalidad de préstamo u otro. Omisión esta, que va en contra de las exigencias de la buena fe.

Frente a esto, la entidad bancaria alegaba que estos riesgos se paliaban mediante la opción ofrecida al consumidor en la cláusula del contrato de cambio de divisa del mismo.

El TS responde diciendo que esta posibilidad ofrecida al prestatario no exime al banco de sus obligaciones de información precontractual. Además, “solo un prestatario que reciba

una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que pueda quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato”.

Concluye afirmando, conforme a todo esto, que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia.

#### *4.6.4. Fallo de la sentencia.*

Por todo lo alegado respecto al motivo 5 del recurso, éste debe estimarse, dado que concurre la infracción legal que se denuncia. Concretamente, se declara la nulidad parcial del contrato, la cual supone la supresión de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, quedando éste como un préstamo concedido y amortizado en euros.

No se declara la nulidad total, porque supondría un serio perjuicio para la parte prestataria, dado que estaría obligada a devolver de una sola vez el total del capital pendiente de amortización.

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

## 5. CONCLUSIONES

1º.- Respecto al asunto de la posible aplicabilidad de la LMV a las hipotecas multidivisa, sigue sin haber unanimidad ni jurisprudencial ni doctrinal. Tanto los argumentos a favor como los argumentos en contra parecen razonables y justificados legalmente.

Por un lado, el TJUE en su sentencia de 3 de diciembre de 2015, en el caso Banif Plus Bank, declaró que la modalidad de pago en otra divisa no constituye un instrumento financiero derivado, sino una simple modalidad indisociable de ejecución del contrato, y como el TS ha de ajustar sus resoluciones a la jurisprudencia de la UE, siguió este mismo razonamiento en su reciente sentencia de 15 de noviembre de 2017.

Sin embargo, por otro lado, anteriormente a esa resolución del TJUE, el TS, como posteriormente ha afirmado y apoyado la mayoría de la doctrina, concluyó que la hipoteca multidivisa constituye un instrumento financiero derivado. La clave de esta afirmación se sustenta en la teórica existencia de un activo subyacente, que se compone por la divisa extranjera pactada, y de cuyo valor depende la cuantía de la obligación de pago de las cuotas. Es decir, ese activo subyacente es lo que convierte a la citada hipoteca en un instrumento financiero derivado, dado que obliga a un constante recálculo del contravalor en euros. Conforme a este razonamiento, a estas hipotecas les sería de aplicación la LMV y consecuentemente la normativa MiFID.

Y esta postura a favor, está apoyada tanto por la CNMV, como por las NIC.

Por todo esto, parece más razonable concluir que debería serlas de aplicación tal normativa, es decir, de dárseles la concepción de instrumentos financieros derivados.

Aun así, la situación actual es que el pronunciamiento más reciente de nuestro Alto Tribunal es negativo respecto a todo esto, así que actualmente las hipotecas multidivisa se conceptúan, como enuncia su sentencia de 15 de noviembre de 2017, como una modalidad de ejecución del contrato de préstamo hipotecario.

2º En segundo lugar, respecto a si las cláusulas que estipulan el pago en divisa extranjera resultaron ser negociadas o si, por el contrario, estamos ante condiciones generales de la contratación, parece que hay unanimidad de opinión jurisprudencial.

Así, el TS en la sentencia que resuelve el presente caso, ratifica que las cláusulas productoras del litigio han sido objeto de negociación individual, alegando los siguientes motivos:

- En la escritura pública de préstamo hipotecario, se refleja que fue redactada conforme a la minuta que facilitó la entidad bancaria y, concretamente, que contiene «condiciones generales de la contratación».
- No consta en ningún sitio que fuese la parte prestataria quien hiciese la selección inicial de la divisa extranjera.
- Y añade, que la negociación de la cantidad en euros del préstamo, del plazo de devolución y de la mera presencia de la divisa extranjera, no supone en ningún caso que la redacción de las cláusulas y la forma en que operaba la divisa extranjera hayan sido objeto de negociación.

Teniendo en cuenta estas afirmaciones, y dado que conforme a reiterada jurisprudencia se puede afirmar que el modo de operar de las entidades bancarias es siempre igual o similar en lo que se refiere a las hipotecas multidivisa, procede concluir que estamos ante condiciones generales de la contratación y, por tanto, son de aplicación tanto la LCGC como la normativa sobre consumidores.

3º En lo que sí que coincide toda la jurisprudencia y toda la doctrina, es en la exigencia del deber de información de la entidad bancaria.

Aun si no se considera a la hipoteca multidivisa como un instrumento financiero complejo, y no se aplican los arts. de la LMV referentes a las obligaciones de la entidad financiera, en los cuales se es muy exigente respecto al citado deber, entran en juego las que establecen tanto la normativa aplicable como lo estipulado por reiterada jurisprudencia.

Pues bien, tales patrones de conducta, son establecidos concretamente por el art. 5 de la LOSSEC, los arts. 59 y 60 de la LGDCU, por el CC y por el art. 57 del CCom.

De todos ellos, se desprende la clave de la vulneración del deber de información, que es la incursión del banco en «dolo omisivo», es decir, la omisión por parte de la entidad bancaria de facilitar toda la información necesaria para que su cliente conozca los verdaderos riesgos que asume al contratar la hipoteca multidivisa.

Esta vulneración del deber de información, tanto contractual como precontractual, es ratificada por la jurisprudencia y, más concretamente, por las sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 2017 y del TS de 15 de noviembre de 2017, las que son actualmente determinantes para todos los litigios derivados de este tipo de préstamos.

Concretamente, la del TJUE, concluye afirmando con carácter general que “los bancos deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para [...] comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero” y que el prestatario “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”.

Por lo tanto, queda totalmente clara y probada la vulneración de tal deber de información.

4º Una vez fijada esta vulneración del deber de información, se valora si se supera o no el control de transparencia y, por tanto si se está o no ante cláusulas abusivas.

Evidentemente, no supera el ya explicado “doble filtro” de transparencia, dado que sólo se superaría si el adherente al contrato pudo conocer o conoció con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Y resulta evidente que no pudo conocerlo dado que la entidad bancaria faltó a sus deberes de información e incurrió en dolo omisivo.

Conforme a todo esto, falla el TS a favor de la parte prestataria de los préstamos multidivisa, declarando la vulneración del deber de información, la consecuente no superación del control de transparencia, y por lo tanto declarando abusivas las cláusulas referentes a la divisa extranjera.

## **BIBLIOGRAFÍA**

JIMÉNEZ DE LUCAS, I. y VICIANO ESTEBAN, S. “Guía de productos tóxicos bancarios III hipotecas multidivisa”, THOMSON REUTERS, ARANZADI, 2015.

MORENO GARCÍA, L. “Cláusulas suelo y control de transparencia, tratamiento sustantivo y procesal”, MARCIAL PONS, 2015.

NAVAS, JUAN IGNACIO “Hipoteca Multidivisa, cómo conseguir la nulidad parcial del préstamo”, THOMSON REUTERS, ARANZADI, 2015.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. “Comentario del art. 80 del TRLGDCU”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), Comentarios a las normas de Protección de los consumidores.

## **RECURSOS WEB**

[www.es.euribor-rates.eu](http://www.es.euribor-rates.eu)

[www.es.global-rates.com](http://www.es.global-rates.com)

[www.jurisprudencia.vlex.es](http://www.jurisprudencia.vlex.es)

[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

[www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org)

## **Jurisprudencia citada y consultada**

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de marzo de 2013. Sala primera. Asunto C-92/11. Ponente: M. Safjan.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014. Sala Cuarta. Asunto C-26/13. Ponente: A. Prechal.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de diciembre de 2015. Sala cuarta. Asunto C-312/14. Ponente: A. Prechal.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016. Gran Sala. Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15. Ponente: E. Levits.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de septiembre de 2017. Sala segunda. Asunto C-186/16. Ponente: A. Prechal.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2010. Sala de lo civil. Rec. 2559/2005. Ponente Xavier O'callaghan Muñoz.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de abril de 2013. Sala de lo civil. Rec. 1979/2011. Ponente: Rafael Saraza Jimena.

Sentencia del Tribunal Supremo número 1916/2013, de 9 de mayo de 2013. Sala de lo civil. Rec. 485/2012. Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Sentencia del Tribunal Supremo número 354/2014, de 20 de enero de 2014. Sala de lo civil. Sección 991. Rec. 879/2012. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2015. Sala de lo civil. Sección 991. Rec. 2780/2013. Ponente: Rafael Saraza Jimena.

Sentencia del Tribunal Supremo número 608/2017, de 15 de noviembre de 2017. Sala de lo Civil. Sección 991. Rec. 2678/2015. Ponente: Rafael Saraza Jimena.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga, de 9 de enero de 2014. Rec. 660/2012. Ponente: Amanda Cohen Benchetrit.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 21 de marzo de 2014 (secc. 3ª). Rec. 151/2013. Ponente: José María Méndez Burguillo.

Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 31 Madrid, de 25 de abril de 2014.