

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 30 DE JUNIO DE 2015 (3002/2015)**

**Hipoteca multidivisa. Aplicación de la normativa de
protección de los consumidores o la directiva MiFID.
Error vicio**

Comentario a cargo de:
Ignacio Gomá Lanzón
Notario

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE JUNIO DE 2015

RoJ: STS 3002/2015 - **ECLI:ES:TS:2015:3002**

Id. CENDOJ: 28079119912015100028

PONENTE: Rafael Sarazá Jimena

Asunto: El Tribunal Supremo aborda por primera vez una “hipoteca multidivisa”, contratada en el caso examinado por clientes minoristas pero de perfil experto. La sentencia se plantea la aplicación de la normativa de defensa de los Consumidores y usuarios pero la descarta en el caso por dedicarse el préstamo a la promoción inmobiliaria. Sin embargo, califica la “hipoteca multidivisa” como un instrumento financiero derivado y entiende aplicable la normativa MiFID. Ahora bien, el incumplimiento de las obligaciones de información y otras que ésta impone no determina la nulidad del contrato, sino otras sanciones, pero puede determinar la nulidad por error vicio, siendo tal incumplimiento una presunción al efecto. En el caso contemplado la presunción se desvirtúa por el perfil experto del cliente, aunque este sea minorista. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación contra la sentencia de la AP Madrid y rechaza la acción de nulidad del préstamo hipotecario con cláusula multidivisa.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Recurso extraordinario por infracción procesal por error en la valoración de la prueba. 5.2. No aplicación de la normativa de protección de los consumidores y usuarios a los profesionales y empresarios. 5.3. La hipoteca multidivisa: ¿instrumento financiero o producto de financiación? 5.4. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones formales de información. El error vicio. 5.5. Conclusión. **6. Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

Don Jacobo y D^a Zaira interpusieron sendas demandas, posteriormente acumuladas, en las que solicitaban se declarase la nulidad o anulabilidad del clausulado de las escrituras de préstamo “multidivisa” con hipoteca, otorgada el 29 de febrero de 2008, y de novación modificativa del préstamo hipotecario, otorgada el 27 de noviembre de 2009, celebradas por los demandantes con la entidad demandada, “Kutxabank, S.A.”, fijar que la cantidad debida es 704.691,45 euros, resultante de restar el capital pagado y la comisión de cambio, fijar la deuda en euros, referenciarla al Euribor, y declarar abusivas las cláusulas sexta bis g, k y n, y la decimoquinta. Kutxabank se allanó parcialmente a la demanda, aceptando la pretensión de declarar abusivas las cláusulas sexta bis g,k y n y la decimoquinta, y se opuso a la demanda, pues consideró que los demandantes tenían un perfil experto, al ser la esposa una ejecutiva y el marido, que era quien había contratado por sí y en representación de su esposa, administrador de varias sociedades y abogado experto en Derecho bancario y, en concreto, en hipotecas multidivisa y conocedor de su funcionamiento hasta el punto de que había solicitado dos cambios de divisa en los primeros meses de vigencia del contrato, por lo que no había existido error alguno que viciara el consentimiento contractual.

2. Soluciones dadas en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia consideró que la defectuosa información facilitada por Kutxabank llevaba a que debiera apreciarse el error en el consentimiento que viciaba el contrato, por lo que estimó en parte la demanda y acordó la nulidad relativa del préstamo hipotecario “multidivisa” por error vicio y la restitución recíproca de las prestaciones (en euros) con sus intereses legales, sin hacer imposición de las costas.

3. Soluciones dadas en apelación

La Audiencia consideró que el incumplimiento de la normativa administrativa relativa al deber de información no puede producir por sí mismo la nulidad del contrato, aunque tenga trascendencia para determinar si el cliente, en función de su preparación financiera, nivel de formación y experiencia, era plenamente consciente de las obligaciones y riesgos que asumía y, en definitiva, si pudo incurrir en un error grave y esencial sobre lo que contrataba y sobre sus condiciones. Pero, dado el perfil de los demandantes, no consideró que hubiera concurrido un error excusable que viciara el consentimiento. Por ello revocó la sentencia y desestimó la demanda, excepto en el extremo a que se refería el allanamiento parcial de Kutxabank.

4. Los motivos de casación

Los recurrentes plantean dos recursos: el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación. El motivo de la primera fue la vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la constitución

Los motivos del recurso de casación fueron:

« I) Motivo único del recurso de casación de Don Jacobo y Doña Zaira por infracción de las normas aplicables al proceso y exceder la cuantía de 600.0006, conforme al artículo 477 de la LEC y que se desglosan en las siguientes infracciones:

»a) Primero.- Infracción por inaplicación de los artículos 3, 8, 60 y 80 del RDLeg. 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

»b) Segundo.- Infracción por inaplicación del artículo 19 de la Ley 36/2003, de 11 de Noviembre, en conexión con el artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y los artículos 3, 5 y 7 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de Mayo de 1994.

»c) Tercero.- 1. “Infracción por inaplicación Capítulo II del Real Decreto 1/2007, de 16 de Noviembre, sobre defensa de consumidores y usuarios, el Anejo a la Circular Contable CBE 4/2004, de 22 de Diciembre, a Entidades de Crédito sobre Normas de información financiera, pública y reservada y modelos de estado financieros, Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, artículos 5, 7, 8 y 10.

»d) Cuarto.- 1. “Infracción por la sentencia recurrida de la Doctrina y la Jurisprudencia contrarias de esa Sala en materia de error excusable en los contratos (Artículos 1.261, 1.262 y 1265 del Código Civil)”».

La Sala realiza un detallado comentario de la forma y fondo del recurso, señalando que si bien en él se dice que se funda en un motivo único con cuatro apartados, en realidad son cuatro motivos, malinterpretando los recurrentes el art. 477.1 del la LEC, cuando habla de la exigencia de un “motivo único”. Por otro lado, la Sala efectúa un expreso reproche respecto a la técnica casacional del recurso porque cita artículos como infringidos sin señalar cómo se produce la infracción; incluso cita indiscriminadamente normas sin especificar el precepto que en concreto se considera infringido, y realiza una alegación confusa e imprecisa de supuestas infracciones legales de naturaleza variopinta, recordando declaraciones anteriores del Tribunal Supremo en el sentido de que los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación se hallan sometidos a ciertas exigencias formales que se traducen, entre otras, en la necesidad de indicar con claridad y precisión la norma que se considera infringida y en la imposibilidad de acumular por acarreo argumentos inconexos sin claridad expositiva e individualización del problema jurídico planteado, no procediendo que la Sala realice elucubraciones ni reelaboraciones del recurso.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Recurso extraordinario por infracción procesal por error en la valoración de la prueba*

En el recurso extraordinario por infracción procesal se alega la vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución al existir, conforme al artículo 469.1.4º LEC, un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba que no supera conforme a la doctrina constitucional el test de racionalidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE. Consideran los recurrentes que esa valoración es manifiestamente arbitraria o ilógica porque, estando calificados los demandantes como clientes minoristas, esto es, personas sin cultura financiera alguna, la sentencia otorga mayor valor al perfil profesional de los demandantes o a actuaciones de estos posteriores a la suscripción del préstamo.

La Sala rechaza esa argumentación al considerar que, en nuestro sistema, el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, razón por la que ninguno de los motivos que “*numerus clausus*” enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la valoración de la prueba. Por tanto, la revisión que se pretende de la valoración de las declaraciones de los testigos y del informe del perito no tiene cabida en el recurso extraordinario por infracción procesal.

No obstante, cabe decir que ciertamente en nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia, pero no de forma absoluta.

Por ejemplo, actualmente, las sentencias dictadas en juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros no serán apelables (art. 455.1 LEC). Y tampoco es totalmente acertada la deducción que la Sala hace de la regla general de la imposibilidad de impugnar la valoración de la prueba en un recurso extraordinario porque aunque es cierto que no se dice textualmente en ninguno de los motivos que se pueda impugnar la valoración de la prueba, sí se permite su impugnación por el cauce del art. 469 LEC que dispone “1. El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos: (...) 4º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”; y ello es precisamente lo que alegan los recurrentes.

Así se ha declarado en el Acuerdo adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el día 4 de abril de 2006 sobre “Alegaciones como motivo de los recursos extraordinarios. Cuestiones relativas a la integración del *factum*”: “*Como criterio general, no se admitirá la revisión de cuestiones relativas a la prueba en ningún caso mediante el recurso de casación y sólo excepcionalmente a través del recurso extraordinario por infracción procesal, en una amplia interpretación del art. 469.1 LEC, en cuanto al ordinal 2º del referido precepto puede amparar la infracción de las normas relativas a la carga de la prueba, considerando norma reguladora de la sentencia el art. 217 LEC, dado su contenido y al estar incluido en la ley procesal bajo el epígrafe ‘de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos’.* Además en el ordinal 4º del art. 469.1º LEC, al considerar motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE, podría encuadrarse el error patente o notorio y la interpretación ilógica o irrazonable de los distintos medios de prueba legalmente previstos”. Y ello ha sido seguido en reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del TS. Se pueden citar, entre otras, las SSTs (Sala Primera, Sección 1ª) núm. 544/2012, de 25 de septiembre, Fundamento de Derecho Segundo; o núm. 785/2012, de 27 de octubre, Fundamento de Derecho Tercero.

Es verdad que la Sala considera, en el último párrafo del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia que se comenta, que las valoraciones a que se refiere el recurso son jurídicas y no cuestiones fácticas. Indudablemente esto es una cuestión de apreciación y, quizá, si se hubiera valorado la prueba de otra forma las consecuencias jurídicas seguramente hubieran sido distintas. En todo caso, para que hubiera podido prosperar el recurso extraordinario por infracción procesal esa valoración de la prueba tenía que haber sido “ilógica, irracional o arbitraria” porque si no es así no podría prosperar tal impugnación.

Además, como han hecho los recurrentes, al articular ese motivo (art. 469.1.4º LEC), según la disposición final decimosexta 1.7ª LEC “cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2º del apartado primero del art. 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo,

dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiese alegado como fundamento del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la Sala si se alegare y estimare producida una vulneración del artículo 24 de la Constitución que sólo afectase a la sentencia”. Por ello, había que articular ambos recursos de conformidad con dicha disposición y lo que sucede, en el caso que nos ocupa es que al no estimar el motivo por infracción procesal al que nos referimos, lo alegado como fundamento del recurso de casación sobre el particular es irrelevante.

Ha de tenerse en cuenta que, al articular ese motivo, según la disposición final decimosexta 1.7ª LEC, “cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2º del apartado primero del art. 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiese alegado como fundamento del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la Sala si se alegare y estimare producida una vulneración del artículo 24 de la Constitución que sólo afectase a la sentencia”. Por ello, había que articular ambos recursos de conformidad con la disposición final decimosexta.1.7ª LEC, como han hecho los recurrentes.

Es de reconocer, no obstante, que en la práctica es muy excepcional que la Sala estime que la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal inferior haya sido ilógica, irracional o arbitraria, con lo cual un porcentaje elevadísimo de recursos extraordinarios por infracción procesal son desestimados en general, especialmente por este motivo en particular.

5.2. *No aplicación de la normativa de protección de los consumidores y usuarios a los profesionales y empresarios*

La cuestión de la aplicación de la normativa de protección de los consumidores se plantea porque en la demanda se vinculó la solicitud del préstamo hipotecario multdivisa a las actividades de promoción inmobiliaria en las que se involucró la parte demandante. La Sala concluye de ello que los demandantes no ostentaron, en este contrato, la condición jurídica de consumidores, pues no actuaban “*en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”, como exige el art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pues no basta ser persona física para quedar incluido en el ámbito subjetivo de aplicación esta norma. Por ese motivo decaen los argumentos relacionados con la infracción de los preceptos legales contenidos en esa norma. La Sala también descarta la aplicación, de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, por lo que no lo considera aplicable para la resolución de este recurso.

El Tribunal Supremo no se explaya en esta sentencia en consideraciones acerca de la cuestión, pero sí lo hace en otra más reciente como la 367/2016, de 3 de junio, en la que contempla un préstamo con garantía hipotecaria obtenido con la finalidad de financiar la adquisición de un local para la instalación de una farmacia respecto del cual se solicitó la nulidad de la llamada “cláusula suelo” y concluye que no procede someterlo al segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado, desarrollado conceptualmente en su sentencia 241/2013, de 9 de mayo y que va más allá del mero control de inclusión y de cumplimiento de requisitos formales para alcanzar la “comprensibilidad real”, por entender que este control segundo se limita tanto en la legislación comunitaria como nacional a las condiciones generales contenidas en los contratos celebrados con los consumidores. Considera la Sala que ni el legislador español ni el comunitario han dado el salto de ofrecer una modalidad de protección al adherente no consumidor y no corresponde a los tribunales la configuración de un *tertium genus* que no ha sido establecido legislativamente, pues esto no es una laguna legal sino una opción legislativa en la que la Sala considera no debe entrar.

Resulta sorprendente la morigeración interpretativa del Tribunal Supremo en este caso cuando en la creación del concepto de segundo control de transparencia en materia de cláusulas suelo –la sentencia arriba citada– no duda en utilizar las acciones de cesación –por definición de carácter abstracto– para considerar poco transparentes *todas* las cláusulas suelo –en principio inocuas como concepto– con independencia del examen del caso concreto y luego, quizá previendo las consecuencias, crear un novedoso concepto de “retroactividad limitada” a la fecha de la sentencia de muy dudoso asiento legal y que fundamentalmente ha sido anulado por la justicia europea (Sentencia TJUE de 21 de diciembre de 2016). Parece más acertada la posición que en el voto particular de la sentencia 367/2016 defiende el magistrado Francisco Javier Orduña, cuando muestra la poca lógica jurídica que se da en el hecho de que el mismo préstamo otorgado por el mismo banco a dos hermanos, uno para vivienda y otro para iniciar su actividad profesional reciben un tratamiento legal radicalmente distinto; propugna por ello la aplicación de la normativa de consumidores también a este segundo supuesto basándose en la relevancia jurídica y social que ha adquirido el ideal de transparencia en los últimos tiempos.

Y, de hecho, esta segunda tesis es la que parece haberse impuesto en una posterior sentencia del TJUE, concretamente de fecha 3 de septiembre de 2015, en el asunto C-110/14, que concluye que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito con hipoteca sobre un inmueble, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse consumidor con arreglo la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. El Abogado General sostiene que el concepto

de consumidor es objetivo, no subjetivo, y por consiguiente independiente del nivel de conocimientos técnicos del consumidor. El TJUE concluye que sí cabe considerarle consumidor puesto que se trataba de una negociación ajena a su actividad profesional donde se encontraba en situación de inferioridad por su nula capacidad para negociar el contenido del contrato, careciendo de relevancia el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete.

Hemos de concluir, por tanto, que la doctrina de la sentencia comentada en torno a este punto ha sido superada por acontecimientos posteriores. Ahora bien, independientemente de la cuestión de si el profesional debe gozar de la protección atribuida por la ley al consumidor, no debería acabarse este apartado sin realizar alguna consideración sobre la naturaleza de esta protección, supuesto que correspondiera aplicarla. En este sentido es preciso mencionar otra sentencia del TJUE (sala cuarta) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, que precisamente en el ámbito de las hipotecas multidivisa establece dos principios básicos para el caso de que si intervenga un consumidor (Agüero, “Las hipotecas multidivisa ... p. 6)

En primer lugar, que la cláusula multidivisa no forma parte del objeto principal del contrato. La cláusula multidivisa estipula la obligación del consumidor de pagar la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera, pero no forma parte del precio del contrato, es decir “no puede calificarse como comprensiva de una retribución, por lo que puede ser declarada abusiva al no caer dentro del ámbito de aplicación del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, cuando establece que la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal ni a la relación precio calidad, salvo que sea oscura.

En segundo lugar, que la exigencia de transparencia debe entenderse de manera expansiva, no quedando reducida a la comprensión formal y gramatical de las cláusulas contractuales por parte del consumidor, sino que éste debe disponer antes de la celebración del contrato de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En la contratación de hipotecas multidivisa ello implica que el consumidor conociera el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que pudiera prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo, es decir, evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por

tanto el coste total de su préstamo. Es decir, la “comprensibilidad real”, de nuevo.

5.3. *La hipoteca multidivisa: ¿instrumento financiero o producto de financiación?*

Excluida la normativa de consumidores, la sentencia se esfuerza en averiguar si hay alguna normativa específica que se deba aplicar, para lo cual se hace preciso determinar la naturaleza del contrato examinado. El Alto Tribunal define la hipoteca multidivisa como un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, a elección del prestatario entre varias posibles y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto, el Libor. Se destaca en la sentencia que el atractivo de esta figura está en que permite usar como referencia una divisa en que los tipos de interés son más bajos que los que tienen como moneda el euro, como los yens o francos suizos; y el riesgo de la misma es superior a la generalidad de los préstamos porque a la variación del tipo de interés se une el riesgo de fluctuación de la moneda, lo que supone un recálculo constante del capital prestado que puede dar lugar a que transcurridos varios años no sólo las cuotas sean mayores sino que se adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al prestatario, si bien es cierto que tal riesgo se ve aminorado por la existencia, como en el caso contemplado, de la posibilidad concedida al prestatario de cambiar de una divisa a otra e incluso a euros.

Este riesgo añadido hace que deba plantearse si este producto deba considerarse un instrumento financiero y, en su caso, complejo a los efectos de aplicación o no de normas especiales de información para la protección del contratante. Tal cosa ha sido objeto ya de debate en la jurisprudencia menor, reconociendo de hecho la Sala que la cuestión no es pacífica. Y, en efecto, la mayoría de las Audiencias Provinciales se ha decantado por considerar a la hipoteca multidivisa como un préstamo en divisa extranjera con un riesgo específico pero no como un instrumento financiero derivado y complejo como ha hecho la Audiencia Provincial de Madrid en sentencias de 18 de noviembre 2013, 28 de noviembre de 2014, 25 de noviembre de 2015 o la de Asturias en fechas de 14 de febrero de 2014 y 10 de febrero de 2014; aunque hay otras que la han considerado un instrumento financiero derivado, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 26 de noviembre de 2014 y 6 de abril de 2015, por lo que se aplicaría la normativa MiFid.

La Sala cierra la polémica considerando que, en tanto que préstamos, la hipoteca multidivisa es un instrumento financiero y, concretamente, un instrumento financiero derivado, en 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.

Lo expresado tiene trascendencia en orden a la normativa aplicable al caso porque la entidad prestamista queda obligada con esa calificación a cumplir los deberes de información que le impone la Ley del Mercado de Valores (LMV en adelante), en tanto que como instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito del art. 2.2 de dicha ley y concretamente es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la misma norma, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuiso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (*Markets in Financial Instruments Directive*), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto. La Sala descarta que se aplique al caso art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores que, desarrollando el art. 19.9 de la Directiva MiFID, establece que el art. 79.bis no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, lo que significa que se aplica la MiFid porque no existía ninguna otra legislación protectora.

Sin embargo, la doctrina considera que la sentencia yerra gravemente en algunas de su apreciaciones. Agüero (“Incorrección ...” pg. 6 y 7) considera que la Sala no ha comprendido el mecanismo de la hipoteca multidivisa, particularmente cuando indica que supone un “recálculo constante” del capital prestado, lo que supone ignorar que el capital no se recalcula sino que permanece siempre en la moneda elegida: el problema está en que el prestatario no tiene ni gana dinero en yenes o francos suizos, sino en euros, y a la hora de pagar su deuda el tipo de cambio le afecta. Y, además, entiende la autora, no existe razón para entender que le sea aplicable la MiFid, porque no existe paquete ni servicio de inversión; no existe instrumento financiero negociable “sino ... contratos” ni existe ni derivado ni activo subyacente, porque la determinación de las obligaciones de las partes no depende del valor de otro activo sino que es siempre la misma, una cantidad determinada en una divisa. Cabe destacar otros argumentos de referencia como la exclusión en la guía sobre catalogación de instrumentos financieros complejos o no complejos de la CNMV así como respuestas a preguntas sobre la Mifid emitidas por organismos como el CESR (*Committee of European Securities Regulators*) o la propia comisión Europea en el documento “*Your Questions on Legislation*”.

Cazorla (pg. 274 y ss), por su lado, sostiene que la “hipoteca multdivisa” no es un instrumento de inversión derivado o complejo sino, básicamente, un producto de financiación bancaria que aparece en términos generales contemplado en el artículo 312 del Código de comercio y al que se ha sometido a un régimen específico de información como producto bancario en el artículo 6 de la reciente ley 2/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios que impone una “expresión manuscrita” para este caso y para otros como la denominada cláusula suelo o los casos de instrumentos de cobertura de tipo de interés.

Parece que esta segunda postura, defendida por la doctrina, es la más ajustada técnicamente. Como nos hace ver Navas Navarro (pg. 707 y ss), el préstamo hipotecario con opción multdivisa no es un *instrumento financiero*, denominación proveniente del ámbito contable y que jurídicamente se limita a los considerados legalmente como tales, por haberle incluido nuestra LMV entre los valores negociables, condición que no ostenta este préstamo. Pero tampoco es, por esa misma razón de no ser valor negociable, un *instrumento financiero derivado*, ni tampoco un *instrumento financiero complejo*. Se pregunta esta autora, no sin razón, el por qué de ese empeño de los jueces y magistrados de calificar a esta hipoteca como instrumento financiero derivado y complejo, y llega a la conclusión de que la razón es que, equivocadamente, piensan que ello añade una mayor protección legal al cliente minorista porque obliga a la entidad prestataria a realizar los conocidos test de idoneidad y/o conveniencia cuando, desde su punto de vista estas actuaciones no forman parte del deber precontractual de información, sino que son acto previos que determinarán qué información hay que prestar según el perfil; siendo la obligación de informar independiente de la LMV e impuesta por las exigencias de la buena fe que se contiene en el art. 7 del Código civil, como bien recalca la sentencia en su fundamento séptimo, punto 8, sin que sea necesario recurrir a la LMV ni articular una calificación tan artificiosa como la propuesta.

Finalmente, una sentencia posterior de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concretamente la de 3 de diciembre de 2015, parece dar la razón a estas opiniones contrarias al criterio sentado por la sentencia del Tribunal Supremo comentada al resolver que a los préstamos con servicio de cambio de moneda no les resulta de aplicación la MiFID y ello, por un lado, por no existir un servicio de inversión, dado que el servicio de cambio de moneda no es un servicio de inversión; y por otro lado, por no existir un instrumento financiero, dado que el préstamo vinculado a un servicio de cambio no es un instrumento financiero. El elemento esencial para determinar si estamos ante un derivado y por lo tanto se aplica la MiFID se encuentra en la autonomía. Si el acuerdo sobre la divisa sigue la suerte del préstamo estaremos ante un contrato vinculado y no ante un derivado. Si el acuerdo sobre la divisa es independiente del préstamo nos encontraremos ante un derivado al que se aplica la MiFID. Zunzunegui considera que la sentencia del tribunal europeo

tendrá un enorme efecto sobre la doctrina española, y que el ámbito de la STS 323/2015 queda en gran medida recortado, recibiendo el Tribunal Supremo un nuevo tirón de orejas.

5.4. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones formales de información. El error vicio

En el caso que nos ocupa, la Sala se plantea cuáles son las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de información de los riesgos y de estudio del perfil del cliente que, en el caso que nos ocupa, fue incumplido por la entidad bancaria. La Sala llega a la conclusión de que la ni la normativa nacional ni la comunitaria imponen necesariamente la nulidad sino sanciones de tipo administrativo, considerándolo infracción muy grave. Pero ello no significa que tal incumplimiento no pueda tener algún efecto sobre la validez del contrato en la medida que pueda producir un error vicio, constituyendo de hecho tal infracción una presunción de que al cliente le falta el conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que puede viciar el consentimiento. Ahora bien, esta presunción es desvirtuable: la Sala destaca que el hecho de que un cliente sea clasificado como minorista a los efectos de la normativa MiFID significa que no reúne los requisitos rigurosos para ser considerado cliente profesional, pero ello no implica que sean unos “ignorantes financieros”. Y en el presente caso el Tribunal Supremo considera que tal presunción queda en efecto desvirtuada, porque las primeras actuaciones tras contratar el préstamo muestran que efectivamente conocían la mecánica del producto y sus riesgos y además la contratante era ejecutiva de una importante empresa y actuaba en nombre de su esposo que, además, era experto precisamente en ese instrumento financiero.

Rechaza, pues, el Alto Tribunal la nulidad pretendida. Conviene, no obstante, hacer una breve referencia a cuáles han sido las soluciones en los casos en los que las pretensiones sí han sido atendidas en la jurisprudencia menor, porque permite arrojar algo más de luz sobre el presente caso. Como destaca Almarcha haciendo un interesante resumen de las sentencias más recientes (Las hipotecas multidivisa..., pg. 14 y 15) las cuestiones que se han planteado en las sentencias son fundamentalmente las que hemos tratado hasta aquí: si la hipoteca multidivisa es un producto complejo, si es un producto financiero, si se la aplica la normativa MiFID y si se aplica la normativa de protección a los consumidores. Las pretensiones se han basado básicamente en dos motivos: en la concurrencia de un error por vicio en el consentimiento, que debe ser invencible, teniéndose en cuenta el perfil del prestatario, la información facilitada por la entidad, el posible interés del cliente por el producto, el tiempo total en el que se vinieron pagando los recibos bancarios, etc.; o bien en la existencia de dolo omisivo de la entidad bancaria, por falta de información precontractual y contractual, pero teniendo en cuenta otros aspectos como el

método de comercialización del producto y su extensión, el tipo de información facilitada (aunque sea insuficiente) o la práctica comercial llevada a cabo por el encargado de la oficina.

Las consecuencias jurídicas que recopila Almarcha (p. 16) en la jurisprudencia menor son tres:

- La nulidad parcial: es la opción más beneficiosa para el consumidor puesto que verá como las cláusulas multidivisa son declaradas nulas, manteniéndose el resto del contrato sin este tipo referencial. Ahora bien, esta solución es sólo aplicable a los contratos en que intervengan consumidores y además cabe destacar que la nulidad sólo será aplicable a las cláusulas multidivisa, por lo que la que hace referencia al LIBOR debe mantenerse.
- La nulidad total: se trata de la opción más perjudicial para el prestatario, que en la mayoría de las ocasiones no podría hacer frente a la restitución total de lo prestado. No obstante, algunos tribunales optan por hacer pasar a la entidad por la firma de un nuevo contrato de préstamo hipotecario bajo unas condiciones ordinarias por el saldo vivo del préstamo declarado nulo.
- La resolución contractual: menos frecuente, consiste en resolver el contrato con indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de la entidad bancaria sobre la evolución de la divisa y asesoramiento al respecto.

5.5. *Conclusión*

La sensación que queda al lector tras leer la sentencia es que a veces Dios escribe recto con renglones torcidos, y quizá el Tribunal Supremo también. Parece que en un caso en el que el solicitante del préstamo multidivisa es un matrimonio de perfil de cliente alto, y uno de ellos es, además, especialista en la materia, y demuestra esa pericia en actos posteriores a la contratación con sucesivos cambios de divisa, es difícil aceptar la existencia de un error o presumir este a partir de una supuesta falta de información resultante de la aplicación de normas protectoras.

Y así lo ha hecho el Tribunal Supremo no acogiendo las pretensiones de los recurrentes. Otra cosa es que el camino de expulsar a estos de la normativa de protección de los consumidores porque el préstamo se vaya a dedicar a la promoción inmobiliaria (no por su perfil alto) sea adecuado, o que la consideración de un préstamo en divisas garantizado con hipoteca se califique como producto financiero y no un contrato de financiación sea acertada. Y parece que no, a criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la doctrina especializada. Y el problema de que el resultado puede ser correcto pero el camino no es que a veces ese camino sienta precedente que quizá conduzca a otros resultados no tan satisfactorios en el futuro.

Cabe, no obstante, señalar un dato interesante que nos ofrece un reciente estudio de ASUFIN (p. 10) en relación a la evolución de la jurisprudencia menor. Tras esta sentencia los fallos positivos para los afectados se incrementan hasta el 70% (18 de 26). En el mismo gráfico se observa que la sentencia del TJUE de diciembre de 2015, a pesar de que contradice la teoría del Tribunal Supremo por la que se considera que estamos ante un préstamo más un derivado financiero, no ha influido negativamente en las resoluciones. De hecho, las resoluciones favorables han seguido aumentando en tanto que los tribunales han tenido en cuenta que la cláusula no supera el control de transparencia con independencia de si se aplica LMV (MiFID) o no.

6. Bibliografía

- AGÜERO ORTIZ, “Las hipotecas multidivisa a examen”. Revista Cesco de Consumo. Universidad Castilla-La Mancha, número 10-2014 <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/33/HIPOTECASMULTIDIVISA.pdf>
- “Incorrección del Tribunal Supremo sobre hipotecas multidivisa: no son instrumentos financieros complejos, como han reiterado el CESR y la Comisión Europea”. Blog de la Revista Cesco de Consumo. Universidad Castilla-La Mancha. Notas Jurisprudenciales. Publicado el 28 de octubre de 2015. http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/11/Incorreccion-del-Tribunal-Supremo-sobre-hipotecas-multidivisa_no-son-instrumentos-financieros-complejos-como-han-reiterado-el-CESR-y-la-Comision-Europea_.pdf
- “Fin del debate: tras el CESR y la Comisión Europea, ahora es el TJUE quien confirma que los préstamos multidivisa no son instrumentos financieros, ni están sujetos a MiFID”. Blog de la Revista Cesco de Consumo. Universidad Castilla-La Mancha, 9 de diciembre de 2015. http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/12/Fin-del-debate_tras-el-CESR-y-la-Comision-Europea-ahora-es-el-TJUE-quien-confirma-que-los-prestamos-multidivisa-no-son-instrumentos-financieros-ni-estn-sujetos-a-MiFID.pdf
- ALMARCHA JAIME, “Las hipotecas multidivisa a examen II”, Centro de Estudios de Consumo. Universidad Castilla-La Mancha. 24 de julio de 2015. http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/07/Las-hipotecas-multidivisa-a-examen-II_.pdf
- ASUFIN, Asociación de Usuarios Financieros: “La evolución de la hipoteca multidivisa en España: hacia un consenso jurídico a favor de los consumidores”, 2016. <https://asufin.com/wp-content/uploads/2016/06/160630-2-INFORME-Hipoteca-Multidivisa.pdf>
- BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, “(El) abuso de la cláusula abusiva y la exagerada relevancia de la información en relación al préstamo hipotecario multidivisa” REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA n. 1 (enero-marzo 2016), p. 127-155.
- BORRALLA VEIGA, “El TJUE confirma que las hipotecas multidivisa no son un instrumento financiero”. Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 8686, 2016.

- CAZORLA GONZALEZ-SERRANO, “Una aproximación a la naturaleza jurídica de la conocida como “hipoteca multidivisa”. *Revista De Derecho Bancario y Bursátil*: (140). octubre-diciembre 2015. p. 269-289.
- NAVAS NAVARRO, “Sentencia de 30 de junio de 2015. Hipoteca multidivisa. Deberes precontractuales de información y error vicio. Perfil experto del cliente”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 99, 2015, págs. 693-732
- ZUNZUNEGUI, “Recorte del Tribunal Europeo al Supremo en hipotecas multidivisa”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 18 de diciembre de 2015. <http://www.rdmf.es/2015/12/18/el-tribunal-europeo-recorta-al-supremo-en-hipotecas-multidivisas/>