

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2017 (608/2017)**

**Nulidad parcial por falta de transparencia
de la hipoteca multidivisa**

Comentario a cargo de:
CARLOS BALLUGERA GÓMEZ
Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE NOVIEMBRE DE
2017**

RoJ: STS 3893/2017 - **ECLI:** ES:TS:2017:3893

ID CENDOJ: 28079119912017100032

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

Asunto: Se casa la sentencia 157/2015, de 14 de abril de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid y en su lugar se desestima el recurso de apelación interpuesto por Barclays Bank S.A. contra la sentencia 103/2014, de 12 de mayo, del Juzgado de Primera Instancia núm. 84 de Madrid por la que se declara la nulidad de una cláusula multidivisa por falta de transparencia, con subsistencia del resto del contrato en euros y con un tipo de interés variable referenciado al LIBOR del euro más un diferencial de 0,82 puntos, condenando a Barclays Bank a pasar por esas declaraciones y a soportar los gastos de su efectivo cumplimiento.

Sumario: **1. Resumen de los hechos, 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. Introducción. 5.2. Control de transparencia. 5.3. Esquema de funcionamiento del control de transparencia.**

5.4. La creación por el Tribunal Supremo de obligaciones jurisprudenciales de información previa al contrato. 5.5. Análisis de la cláusula multidivisa: el “spread”. 5.6. Otras circunstancias que apuntan a la falta de transparencia del contrato de cambio. 5.7. La cláusula multidivisa no es definitiva del objeto principal del contrato. 5.8. Conclusiones. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 noviembre 2017, declara la ineficacia de pleno derecho de todos los contenidos de una opción multidivisa en un préstamo hipotecario, con subsistencia del resto del contrato en euros y con un tipo de interés variable referenciado al LIBOR del euro más un diferencial de 0,82 puntos, condenando a Barclays Bank a pasar por esas declaraciones y a soportar los gastos de su efectivo cumplimiento¹.

Con ello se casa o anula la sentencia 157/2015, de 14 de abril de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid y en su lugar se desestima el recurso de apelación interpuesto por Barclays Bank S.A. contra la sentencia 103/2014, de 12 de mayo, del Juzgado de Primera Instancia núm. 84 de Madrid².

El fallo confirmado de primera instancia dice: “Estimo la demanda presentada por D. Miguel Víctor y D^a Sandra Josefa contra BARCLAYS BANK S.A., y en consecuencia: Declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 31 de julio de 2008 identificada en esta resolución, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa. Declaro que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (260.755.- euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de 260.755.- euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (LIBOR a un mes + 0,82), conforme a lo explicado en esta resolución. Condeno a la demandada BARCLAYS BANK S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento. Condeno a la demandada al pago de las costas procesales”.

¹ Puede verse STS de 15 noviembre 2017 aquí: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8209905&links=%22608%2F2017%22&optimize=20171116&publicinterface=true>

² Puede verse SAP Madrid de 14 abril 2015 aquí: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7891957&links=%22157%2F2015%22&optimize=20161219&publicinterface=true>; y SJPI 84 de Madrid de 12 mayo 2014 aquí: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7095261&links=&optimize=20140612&publicinterface=true>

En cuanto a las razones de esta nulidad parcial, se indica en el apartado 51 del fundamento jurídico octavo de esta sentencia que la doctrina establecida por el TJUE, en concreto en la STJUE del caso Andriuc, respecto del control de transparencia de las cláusulas sobre denominación en divisa del préstamo es aplicable al caso objeto de este recurso³.

“Y la conclusión que se desprende de esta aplicación es [...] que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013, de 9 de noviembre [sic], hemos fundado en los arts. 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos”.

Otras circunstancias relevantes del caso son las siguientes:

1. D. Jose Antonio y D^a Carina, arquitecto y administrativa, de un lado, y Barclays Bank S.A., de otro, concertaron un préstamo con garantía hipotecaria, con una duración de 28 años, en escritura pública de 31 julio 2008, por importe de 44.346.603 yenes japoneses (JPY) [moneda nominal].
2. El contravalor en euros (260.755 euros) [moneda funcional], que expresamente se fijaba en la cláusula de la escritura en la que se indicaba la cuantía objeto del préstamo, fue ingresado en la cuenta corriente de los demandantes y se destinó a cancelar dos préstamos anteriores (uno personal y otro hipotecario). El cambio de yenes a euros se hizo al tipo de compra de la divisa fijado por el banco.
3. El importe de la cuota mensual se fijó inicialmente y hasta la primera revisión del tipo de interés en 161.084 JPY.
4. Los clientes podían optar entre pagar en yenes o en euros al contravalor de la cuota en euros según el cambio vendedor de Barclays.
5. La moneda en que se representa el capital puede cambiar cada mes, previo el correspondiente cambio, con “spread”, de la cuota y del total capital, además de la comisión de cambio de moneda sobre el capital adeudado.
6. Barclays no facilitó información por escrito a los prestatarios con carácter previo a la suscripción del préstamo. En concreto, no les facilitó folleto informativo ni oferta vinculante.

³ Puede verse la STJUE de 20 setiembre de 2017 aquí: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=194645&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=28594>

7. La comercial de Barclays carecía de los conocimientos necesarios para explicar adecuadamente la naturaleza y riesgos del producto ofertado porque no había recibido la formación necesaria para dar esas explicaciones.
8. Se previó que, de no modificarse el tipo de interés, la cantidad a pagar comprensiva de la amortización de capital e intereses no sufriría variación alguna (cláusula financiera 2ª.II.g).
9. La continua subida de las cuotas del préstamo se ha producido por la depreciación del euro frente al yen, pese a la bajada del tipo de interés aplicable respecto del vigente cuando se concertó el préstamo.
10. La equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó un 55% sobre la cuantía inicial y nunca ha disminuido durante la vida del préstamo pese al pago de las cuotas del préstamo comprensivas de capital e intereses.
11. Durante la tramitación del litigio se produjo la fusión por absorción de Barclays S.A. por Caixabank S.A. (en lo sucesivo, Caixabank).

2. Solución dada en primera instancia

El fallo confirmado de primera instancia declara la nulidad parcial del préstamo hipotecario de 31 julio 2008, en todos los contenidos de la opción multidivisa por falta de transparencia.

3. Solución dada en apelación

Revoca la sentencia de instancia, desestima la demanda y condena en costas a las personas consumidoras demandantes.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

Se plantean dos recursos, uno extraordinario por infracción procesal y otro de casación. El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 4 del art. 469.1 LEC, por infracción de los arts. 24.1 CE y 218.2 LEC.

Los motivos del recurso de casación fueron:

Primero.- Infracción del art. 2.2 y del art. 79 Ley del Mercado de Valores desarrollado en el Real Decreto 217/2008.

Segundo.- Infracción del art 6.3 CC.

Tercero.- Infracción del art. 6.3 CC en relación con los art. 1266, 1265 y 1300 CC.

Cuarto.- Oposición y desconocimiento de la doctrina del Tribunal Supremo (sentencias 798/2007 de 11 de julio, y 129/2012, de 5 de marzo que declaran que a la nulidad de este contrato también se puede llegar por el dolo omisivo (art. 1269 CC).

Quinto.- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio: Infracción del art. 80.1 y 82 del TRLCU.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Introducción

Aunque coincidimos con la decisión que adopta la sentencia, su comprensión topa con la dificultad de que en la misma se sostiene, en línea con lo que dice el TJUE, que la cláusula multidivisa define el objeto principal del contrato, lo que llena de sombras y contradicciones la argumentación. Para librarnos de esas sombras identificaré primero esos problemas y expondré después el juego concreto del control de transparencia en la sentencia.

El TJUE considera que forman parte del objeto principal del contrato las cláusulas que recogen las prestaciones esenciales que como tales caracterizan el contrato. Para la sentencia las prestaciones esenciales se refieren a una cantidad en divisa extranjera (apartado 9 fundamento jurídico octavo), sin embargo, la operación de cambio de divisa, según la Directiva MiFID es accesoria, siendo únicamente inseparable la multidivisa como modalidad de ejecución, lo que no llega a impedir la nulidad parcial (apartados 3 y 5 del fundamento jurídico quinto). En definitiva, que la multidivisa es prestación esencial y accesoria a la vez.

Tampoco se acaba de ver en qué clase de hipoteca multidivisa podemos encuadrar a la hipoteca del caso. Según la sentencia Kásler de 30 abril 2014 (apartado 59), entre las hipotecas multidivisa podemos distinguir la hipoteca denominada en divisas de la referenciada a divisas. Junto a ellas encontramos la hipoteca en moneda extranjera⁴.

Mientras que la última suele ser pedida por personas que tienen ingresos en la moneda extranjera (Borrallo Fernández, 1), en las que distingue la indicada sentencia, la diferencia parece estar en que en la hipoteca denominada en divisas es el capital del préstamo el que está denominado en la divisa extranjera y el pacto impone su devolución en esa moneda. La hipoteca referenciada a divisas sería, por el contrario, una hipoteca en moneda nacional en que la devolución

⁴ Puede verse la STJUE de 30 abril 2014 aquí: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=151524&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=379568>

debía hacerse en moneda nacional, pero en función de la cotización de venta de la divisa extranjera (García de Pablos, 2 y Solís Hernández, 3-4).

La terminología que usa la misma sentencia del TS comentada es bastante confusa, en unos lugares se iguala la hipoteca multidivisa y el préstamo hipotecario en divisas (apartado 1 del fundamento jurídico quinto); en otros se identifica el préstamo hipotecario denominado en divisas con el préstamo hipotecario en divisas (apartado 27 del fundamento jurídico octavo); en otros identifica préstamos denominados en divisas e indexados o referenciados a divisas (apartado 31 del fundamento jurídico octavo) y, finalmente, también llega a identificar el tratamiento de los préstamos “denominados, representados o vinculados a divisas” (apartado 8 del fundamento jurídico quinto).

Esta confusión propicia el entendimiento, abonado por la falta de prueba de que hubiera operaciones reales de cambio de divisa, de que los contenidos multidivisa no entrañan una verdadera opción, sino que son un artificio contable (Solís Hernández, 2), por lo que no habría lugar a una contraprestación efectiva por un servicio inexistente, siendo ficticio el “spread” o margen de cambio, en perjuicio de la persona consumidora. En esas circunstancias, al igual que lo que ocurre en la sentencia Kásler, la opción multidivisa no formaría parte de la definición del objeto principal del contrato. Para salir de estas dudas vamos a examinar lo que consideramos núcleo central del control de transparencia que se aplica en esta sentencia.

5.2. *Control de transparencia*

Al hacer la crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo (Ballugera, Crítica) consideré censurable que por medio de ella se hiciera una extensión de la exclusión del control del contenido a cláusulas accesorias que no definen el objeto principal del contrato, como la cláusula suelo, la multidivisa o la de referencia IRPH; y ello por medio de interpretación extensiva en perjuicio de la persona consumidora del art 4.2 Directiva 93/13/CEE. La base de esa crítica está en denunciar la confusión que consiste en convertir cláusulas accesorias en cláusulas que *definen* el objeto principal del contrato.

Definir no es relacionar, referirse, influir o formar parte del objeto principal del contrato, sino que para que la definición merezca el nombre de tal, al menos debe enumerar los elementos esenciales del objeto definido (Ataz López, 21-22).

Otros aspectos de la crítica a retener son que la exclusión del objeto principal, cuando es claro, del control del contenido no se ha transpuesto en España; que el cumplimiento de los requisitos de transparencia da una posibilidad efectiva de conocer no un conocimiento efectivo, imposible en el adherente medio, quien no tiene obligación de conocer sino derecho a conocer.

Además, la comunicación de la información no es para tomar una decisión, el formulario se acepta en bloque, sino para la incorporación de la cláu-

sula al contrato. La consecuencia de la falta de transparencia es la ineficacia de la cláusula en beneficio del consumidor no del banco. *Pero cuando la cláusula define el objeto principal del contrato, entonces la falta de transparencia no impide la incorporación de la cláusula al contrato, sino que da paso al control del contenido.*

Posteriormente, se ha extendido mucho la opinión según la que el control de transparencia del TS es el mismo que el del TJUE. La sentencia que comentamos se alinea en esa opinión al decir que el “día señalado para la deliberación, el TJUE publicó la sentencia de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc. La sala acordó dar un trámite de audiencia a las partes para que pudieran hacer alegaciones sobre la trascendencia de la doctrina contenida en esa sentencia.

“Esta doctrina es de especial importancia para resolver el recurso puesto que se pronuncia justamente sobre la cuestión que, a juicio de este tribunal, resulta más relevante entre las varias planteadas en el recurso de casación, como es la de la transparencia exigible a las cláusulas relativas a la divisa en los préstamos hipotecarios denominados en divisa”. Sin embargo, no creemos que las doctrinas sobre la transparencia del TJUE y del TS sean idénticas. Veamos algunas diferencias:

Primera. Para el TJUE el control de los arts. 4 y 5 Directiva 93/13/CEE son lo mismo, control de incorporación, sin embargo, el Tribunal Supremo cree que el control de transparencia es control del contenido.

Segunda. El matiz que caracteriza el control de transparencia dentro del control de incorporación, es la concreción, la descripción exacta del mecanismo contemplado en la cláusula para que el adherente medio tenga una comprensión no sólo gramatical sino concreta. En su lugar, para el TS lo que caracteriza al control de transparencia es un plus de información sobre las cláusulas definitorias.

Tercera. Mientras que el TJUE agota la transparencia en la concreción, el TS sostiene que la cláusula deficitaria de información altera el equilibrio abstracto consentido.

Cuarta. La insistencia en la concreción del TJUE contrasta con la actitud del TS, que, con deducción directa de diversas fuentes legales, crea obligaciones de información previa al contrato al margen y distintas de las obligaciones legales de información existentes.

Pese a la crítica, el núcleo del control de transparencia como control de incorporación, tiene aspectos sumamente positivos que queremos concretar y retener. En primer lugar, que el control de transparencia no es control de los vicios del consentimiento, ya que se parte de un contrato, aunque sea abstracto, ya celebrado. Segundo, el control de transparencia se centra en el contenido del contrato, en la cláusula, no en la validez del contrato como un todo, cuestión sobre los vicios del consentimiento, de la que ha quedado al margen. Finalmente, el centro y esencia del control de transparencia es la comprobación del cumplimiento por el predisponente de los requisitos de transparencia.

Con ello no sólo es posible su aplicación al contrato por adhesión, sino que cabe también su extensión al contrato por negociación, donde el afloramiento de los tratos preliminares, ha permitido, por esa vía, incluso la anulación del contrato en su totalidad, por error u otros vicios del consentimiento, como ha ocurrido en los casos de oferta pública de acciones de Bankia o de las preferentes (Borralló Fernández, 10 y Borralló Veiga, 1).

5.3. Esquema de funcionamiento del control de transparencia

Dicho esto, conviene retener el esquema preciso de funcionamiento del control de transparencia que ya hemos visto en otro lugar (Ballugera, Crítica). Con la aparición del contrato por adhesión se produce también el afloramiento o la adopción de forma escrita y duradera de los tratos preliminares, que se pueden comparar con el contenido del contrato y dar lugar, en caso de divergencia entre uno y otro, a la prevalencia del contenido más beneficioso para la persona consumidora.

Posteriormente aparecen las obligaciones legales de información previa al contrato, de modo que la divergencia entre antecedentes y contenido contractual, que hasta entonces producía la prevalencia del contenido más beneficioso para el adherente, se vuelve ineficacia de la cláusula deficitaria de información si es perjudicial para el adherente y sin posibilidad de integración a favor del banco, por tratarse la divergencia un síntoma demostrativo del incumplimiento de la obligación legal de información previa al contrato del predisponente.

Esto que tiene lugar respecto del incumplimiento por el predisponente de su obligación de información previa al contrato sobre alguna cláusula, se puede aplicar cuando la falta de información venga referida a un conjunto de cláusulas, así por ejemplo en el caso de que el banco omite, antes de la celebración del contrato, el folleto informativo o la oferta vinculante obligatoria según la normativa sectorial bancaria.

En ese caso, la falta de información sobre los elementos del folleto obligatorio o sobre la oferta vinculante, como incumplimiento de los requisitos de transparencia, determina la ineficacia de sus contenidos paralelos en el contrato, pero dado el carácter semiimperativo de la regla de integración, esa integración es desigual, se integra lo favorable a la persona consumidora, pero no lo favorable al banco, todo ello conforme al art. 65 TRLGDCU.

Estas consideraciones son aplicables al presente caso, donde, como se indica en la sentencia, Barclays no facilitó información por escrito a los prestatarios con carácter previo a la suscripción del préstamo. En concreto, no les facilitó folleto informativo ni oferta vinculante.

Así, no se incorporarán al contrato todas las determinaciones contractuales favorables al banco, pero sí las favorables a la persona consumidora, aunque haya habido silencio sobre ellas en los tratos preliminares, en el folleto o en la oferta vinculante.

De ese juego de las reglas sobre la transparencia resulta que antes de que el Tribunal Supremo entre en el tema que ha hecho central en su sentencia, a saber, el control de transparencia, aplicando el control de incorporación, la cláusula multidivisa no ha podido incorporarse al contrato, así como tampoco la cláusula de interés y todas aquellas que forman parte del contenido de la oferta vinculante y que son perjudiciales o gravosas para el adherente. Repito, la ineficacia de la cláusula multidivisa resulta de la simple aplicación del control de incorporación.

Consideramos, con el TJUE, que el control de transparencia es control de incorporación y debe prestar atención a los tratos preliminares y al incumplimiento en ellos de las obligaciones de información previa al contrato, pero parece que el Tribunal Supremo no ve esas obligaciones ni entra en su análisis, las despacha como un simple requisito propio del control de inclusión al que rebaja y considera un simple control formal.

Paradójicamente un poco más tarde el Alto Tribunal tiene que volver a hacer ese control convirtiéndolo en control de transparencia, control de transparencia que, a su vez, rebaja a un carácter formal el control del contenido y, habida cuenta que ha pasado por alto la importancia de las obligaciones legales de información previa al contrato, tal vez por su alojamiento en disposiciones de bajo rango como las órdenes ministeriales o circulares del Banco de España, se ve obligado a crear, directamente deducidas de la buena fe o de otras fuentes que veremos, un conjunto de obligaciones jurisprudenciales de información previa al contrato.

5.4. *La creación por el Tribunal Supremo de obligaciones jurisprudenciales de información previa al contrato*

La sentencia refleja un cambio de criterio propiciado por la STJUE de 3 diciembre 2015, caso Banif Plus Bank, que lleva al TS a no entrar en el análisis de las obligaciones de transparencia de la normativa del mercado de valores⁵.

La ventaja de la regulación del mercado de valores está en que tiene obligaciones legales de transparencia, relativas al protocolo informativo, evaluación de riesgos y clasificación de clientes, que se pueden aplicar fácilmente, de modo que si se incumplen el contrato puede resultar anulable por error.

La nulidad total puede estar bien cuando uno invierte o ahorra y le engañan, porque quiere recuperar el dinero, pero en la contratación con personas consumidoras el remedio adecuado para quien quiere el bien o servicio, no es la nulidad total sino la parcial con conservación del objeto del contrato, base del bienestar que busca conseguir la persona consumidora.

Lo curioso del recurso a la regulación del mercado de valores está en que parece que se parte del supuesto de que se buscan allí las obligaciones de transparencia porque no las hay en la regulación civil y mercantil, cuando las hay.

⁵ Puede verse la STJUE de 3 diciembre 2015 aquí: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=172564&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=204085>

Las hay con carácter general, en el art. 60 TRLGDCU y las hay en la normativa sectorial bancaria o normativa de transparencia, por ejemplo, las obligaciones del predisponente relativas a la entrega de las fichas, oferta vinculante y proyecto de escritura.

Es cierto, que para verlas es preciso superar la vieja concepción que atribuye a estas obligaciones una eficacia exclusivamente administrativa. Pero creemos que ese cambio ya se ha producido, de hecho el Tribunal Supremo nos recuerda que el hecho que los bancos no estén obligados a aplicar en este caso “las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores [...] no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria” (apartado 8 del fundamento jurídico quinto).

Aunque las obligaciones jurisprudenciales de transparencia podrían fundarse directamente en la buena fe, como admite la doctrina de manera general (Pertíñez Vílchez, 1209), sin embargo, la sentencia, ante la imposibilidad de aplicar la Directiva Mifid sitúa la base legal de las obligaciones de transparencia en la Directiva 93/13/CEE, en la normativa sectorial bancaria (O. de 5 de mayo de 1994) y en los arts. 60.2, 80.1 y 82.1 TRLGDCU, tal como resulta de los apartados 18, 19, 22 y 25 del fundamento jurídico octavo de la misma. Veamos esas obligaciones deducidas jurisprudencialmente.

1^a obligación deducida.- Advertencia del influjo de las variaciones del tipo de cambio en el fuerte incremento de las cuotas: riesgo de impago

Dice la sentencia “26.- En concreto, 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 [coincidente con los apartados 49 y 50 STJUE 20 setiembre 2017]”.

2^a obligación deducida.- Advertencia del influjo de las variaciones del tipo de cambio en el capital debido, que puede aumentar

“28.- Barclays tampoco informó [...] de que] La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar”.

3ª obligación deducida.- Resolución anticipada en caso de variación de la relación deuda/valor de tasación

“30.- Este riesgo de recálculo al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar traía asociados otros, sobre los que tampoco se informó a los demandantes. Tales riesgos estaban relacionados con la facultad que se otorgaba al banco prestamista de resolver anticipadamente el préstamo y exigir el pago del capital pendiente de amortizar si, como consecuencia de la fluctuación de la divisa, el valor de tasación de la finca llegaba a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento y la parte deudora no aumentaba la garantía en el plazo de dos meses o si el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización se elevaba por encima de ciertos límites, salvo que el prestatario reembolsase la diferencia o, para cubrir la misma, ampliara la hipoteca”.

4ª obligación deducida.- Falta de información de que la cláusula de cambio de divisa consolida la eventual pérdida

“40.- Además de lo expuesto, en la escritura tampoco se informa sobre la naturaleza de los riesgos asociados a la denominación en divisas del préstamo [posibilidad de conversión y riesgo de consolidar la depreciación de la moneda de ingreso]. Barclays predispuso una condición general en la que los prestatarios afirmaban que conocían los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, sin precisar siquiera en qué consistían tales riesgos”.

“49.- Por tanto, la posibilidad de cambio de divisa [consolidando la variación a favor o en contra], aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida, ni dispensa al predisponente de sus obligaciones de transparencia en la información precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario”.

“Para que pueda tener alguna eficacia, el banco debe informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusula y ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato”.

El problema de este modo de proceder del Tribunal Supremo, creando requisitos de transparencia, es la alta probabilidad de que todas las hipotecas multidivisa anteriores a la sentencia sean ineficaces por incumplimiento de

esas obligaciones de transparencia presupuestas, ya que serán pocos los bancos que hayan cumplido los requisitos en el modo en que han sido formuladas por el Tribunal Supremo.

En todo caso, el incumplimiento de estas obligaciones de información previa al contrato da lugar a la nulidad de los contenidos multidivisa con subsistencia del resto del contrato en euros.

Cerramos aquí el análisis de lo más sustancial de la sentencia. Pero debemos de continuar todavía un poco más allá por varias razones. Nos parece, que en pro de la protección de las personas consumidoras el fallo debiera no solo haber anulado la cláusula multidivisa sino que dado que la información previa al contrato se dirige al adherente medio y que el incumplimiento de la obligación de transparencia se verifica sobre un principio objetivo basado en la buena fe objetiva, la sentencia habría de haber recordado la obligación del banco de dejar de usar, retirar y no usar en lo futuro todos los contenidos multidivisa, con la obligación de inscribir la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación en cuanto a los contenidos declarados nulos.

5.5. Análisis de la cláusula multidivisa: el “spread”

Continuando con el análisis, del juego de la cláusula multidivisa del caso se deja ver que la conversión de euros a yenes para el deudor es necesaria, porque recibe sus ingresos sólo en euros y debe reintegrar el préstamo por medio de cuotas en yenes.

Para convertir los euros de la cuenta del deudor a yenes, a fin de saldar la cuota, es necesaria una operación de cambio de euros a yenes, en el que el deudor vende euros al tipo vendedor de Barclays (cláusula 2.^a.II.I).

El deudor pudo haber comprado los yenes en el mercado, o haberlos sacado de su patrimonio si tuviera yenes en el mismo, pero lo más cómodo, dado que el deudor no trafica ni tiene relación con los yenes, es comprárselos al banco acreedor, que en esa operación actúa como cambista y le imputa un “spread”, margen o comisión de cambio de moneda, cuyo importe es completamente desconocido.

Revisando la sentencia vemos que la persona consumidora ha pagado en múltiples ocasiones este “spread” sin que se haya percatado de ello, es más en el contrato se da a entender que el tipo de cambio de la moneda es el tipo de mercado, es decir, el tipo medio sin “spread” (cláusula financiera 1.^a.I.c). Pero el “spread” es una especie de cabeza de puente que abre al banco la posibilidad de cobrar una batería de comisiones ocultas o poco transparentes.

El cliente paga su primer “spread” cuando el banco le entrega el contravalor del préstamo en euros, dado que el cambio de yenes a euros se hizo al tipo de compra. El segundo “spread”, lo paga el cliente con el pago de la primera cuota para conseguir yenes con los euros que deja en su cuenta. En efecto, el deudor deja en su cuenta el contravalor en euros de la cuota en yenes, según

un cálculo de euros a yenes al tipo vendedor. Con cada nuevo pago de una cuota el deudor paga un nuevo “spread”.

El tercer “spread” se paga cada vez que se ejercita la opción de cambio de divisa en que se denomina el préstamo. Este cambio puede hacerse todos y cada uno de los meses de duración del préstamo, y se aplica o toma como base el total capital objeto de cambio de denominación, cambio que se hace “al cambio vendedor del BANCO en cuanto a la anterior moneda y al cambio comprador del BANCO respecto a la nueva moneda)” (cláusula financiera 1.^a.I.c).

Pero, además, si se ejercita la opción de cambio de divisa en la que se denomina el capital adeudado se cobra otra comisión según tarifas sobre la base de ese capital (cláusula financiera 4^a según SJPI 84 Madrid de 12 mayo 2014).

Diremos incidentalmente, que la comisión de cambio de divisa, según tarifas, sobre la totalidad del capital y la cláusula que la previene son nulas por contrarias al art. 80.1.a) TRLGDCU que impide so pena de no incorporación, los “reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato”.

5.6. Otras circunstancias que apuntan a la falta de transparencia del contrato de cambio

La conciencia sobre la existencia de un contrato de cambio queda comprometida en muchas ocasiones, cuando se considera que dicho contrato es un simple mecanismo que funcionara al margen de la voluntad de las partes (por ejemplo, apartado 53 del fundamento jurídico octavo). No se trata de un simple mecanismo sino de un contrato dependiente no de la mecánica sino de la voluntad de las partes.

Por otro lado, queda por completo al margen del contrato cualquier apoderamiento necesario para proceder al cambio de divisas por cuenta del cliente, de modo que parece que las órdenes de cambio son implícitas.

En definitiva, no habiendo contrato expreso de corretaje de divisas y dejando en la cuenta el contravalor en euros, las condiciones del contrato de cambio son manifiestamente faltas de transparencia, ya que el deudor no tiene por qué saber que ese tipo de cambio entraña una comisión o “spread”, no se le informa del importe de la comisión, no consta que la misma se haya tenido en cuenta en la formación de la TAE, ni se le han dado ejemplos donde se pueda apreciar el impacto del “spread” en el coste del préstamo. Por lo demás, resulta muy difícil encontrar en la web del banco los tipos de cambio vendedor y comprador de la divisa correspondiente con la que trafica el banco como cambista. Nosotros no los hemos encontrado.

Finalmente, este modo de proceder afecta al principio de determinación o especialidad hipotecaria, ya que las cantidades debidas en euros, por capital e intereses incluyen y engloban con el capital o los intereses, de un lado, el

“spread” o comisión de otro, cuando sobre la base de los principios indicados no se pueden englobar en el capital ni en los intereses las comisiones.

5.7. *La cláusula multidivisa no es definitiva del objeto principal del contrato*

La decisión del Tribunal Supremo de confirmar la sentencia de instancia anulatoria de todos los contenidos multidivisa por falta de transparencia, con la subsistencia natural del préstamo, nos indica en la práctica, que tales contenidos multidivisa no son la definición del objeto principal del contrato, porque la nulidad de la definición, habría acarreado necesariamente la nulidad del préstamo.

Al contrario, pese a que la sentencia parece sostener la teoría contraria, en la práctica trata la cláusula multidivisa como una cláusula separable del contrato, concibiendo el contrato en euros sin la cláusula, ya que la nulidad parcial de la sentencia de la instancia sustituye “la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros)” (apartado 54 del fundamento jurídico octavo y Pertíñez Vílchez, 1207 y 1222).

La nulidad parcial se apoya, también, en un hecho resaltado por la sentencia, en la hipoteca del caso “la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual” (apartado 5.iv del fundamento jurídico primero y Pertíñez Vílchez, 1199), lo que hace que la cláusula multidivisa convierta al préstamo multidivisa en una apuesta, abriendo la puerta a la aplicación del art. 1801. II CC, que permite *reducir* la obligación a los usos de un buen padre de familia.

Por otro lado, no existe en el procedimiento una prueba de que el cambio de divisas que se programa en el clausulado multidivisa sea una operación real, que se preste un verdadero servicio de cambio con cambio efectivo de divisas en el mercado, no consta autorización expresa para hacer el cambio, el préstamo se entrega en euros, de manera que la cláusula multidivisa “se limitan a determinar el tipo de conversión de la divisa extranjera en la que está denominado el contrato de préstamo con vistas al cálculo de las cuotas de devolución, sin que no obstante el prestamista realice ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo, y que no establecen por tanto ninguna «retribución»” (apartado 58 sentencia Kásler), de modo que parece que se trata de “un préstamo denominado en divisa extranjera, pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros”.

5.8. *Conclusiones*

La ineficacia de los contenidos multidivisa resulta del incumplimiento por el banco de los requisitos de incorporación, ya que no se ha hecho entrega del folleto informativo ni la oferta vinculante.

La ubicación del control de transparencia en el control del contenido, rebaja éste a un mero control formal y subjetivo y desvirtúa el control de incorporación que no es mero control gramatical, sino que por medio de la necesaria información sobre el mecanismo concreto que contiene cada cláusula, es un verdadero control material de transparencia, que debe posibilitar un conocimiento efectivo del adherente medio de la carga jurídica y económica del contrato.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, aplica en esta sentencia el núcleo central del control de transparencia, consistente en la comprobación de que el predisponente ha cumplido sus obligaciones de información previa al contrato.

La necesidad de que en un mercado libre existan claramente determinados los requisitos de transparencia precontractuales lleva al Tribunal Supremo a deducirlos de diversas fuentes legales, nosotros creemos que el modo propio de disponer tales requisitos es por medio de obligaciones legales de información previa al contrato, con rango adecuado, que debe ser el de la ley formal.

La falta de claridad de los contenidos multidivisa resultan también del camuflaje de la comisión de cambio de divisas o “spread”, bajo la alusión a los tipos de compra y venta de las divisas por el banco cambista, camuflaje que lleva a englobar capital y “spread”, primero, e intereses y “spread”, a la hora de fijar la responsabilidad hipotecaria, lo que no es posible conforme al principio de determinación hipotecaria. Tampoco es admisible por la falta de transparencia que acompaña al reenvío a las tarifas, de la comisión por opción de cambio de la divisa en que se denomina el préstamo.

6. Bibliografía

- ATAZ LÓPEZ, J., “Artículo 1.254 del Código civil”, en “Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales”, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, tomo XVII, volumen 1.º-A, pgs. 1-106.
- BALLUGERA GÓMEZ, C., “Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo. de la STS 9 mayo 2013 a la de 14 diciembre 2017”, en Revista de Derecho vLex, Núm. 165, Febrero 2018, en <https://app.vlex.com/#/vid/700811573>
- BORRALLO FERNÁNDEZ, C., “La problemática de las hipotecas multidivisa: novedades jurisprudenciales”, en Actualidad Civil, N° 10, Sección Derecho de los contratos / A fondo, Octubre 2016, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 8182/2016, 14 pgs. en edición de internet.
- BORRALLO VEIGA, A., “El TJUE confirma que las hipotecas multidivisa no son un instrumento financiero”, en Diario La Ley, N° 8686, Sección Tribuna, 21 de Enero de 2016, Ref. D-31, Editorial LA LEY, LA LEY 37/2016, 2 pgs. en la edición de internet.

- GARCÍA DE PABLOS, J. F., “La nulidad de los contratos de crédito en moneda extranjera”, en Diario La Ley, N° 9084, Sección Tribuna, 20 de Noviembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 15998/2017, 3 pgs. en edición de internet.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, (2017), pgs. 1197-1238.
- SOLÍS HERNÁNDEZ, G., “Los préstamos hipotecarios multidivisa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11 (2017), Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017, 9 pgs. en edición de internet. BIB 2017\43150.