

CONTINÚA LA FIEBRE ANULATORIA DE LAS HIPOTECAS MULTIDIVISA *

Lucía del Saz Domínguez
Estudiante del Máster en Acceso a la Abogacía
Becaria de Colaboración Dpto. Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 9 de enero de 2019

El contenido de la presente resolución del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia núm. 669/2018, de 26 de noviembre de 2018, versa sobre la validez de la novación de un préstamo hipotecario por el que las partes alteran la moneda pactada, sustituyendo el euro por el franco suizo y conversión del capital pendiente de amortizar en euros a francos suizos.

1. RESUMEN DE LOS HECHOS

Los actores pactaron con una promotora la compra de un piso, haciendo constar que la vendedora había suscrito con el Banco de Santander Central Hispano un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 195.040 euros, en el que se subrogaron.

Posteriormente las partes suscribieron un contrato de novación modificativa en el que se pactó, entre otras cláusulas, la opción del cliente de cambiar la divisa del préstamo hipotecario, siempre y cuando se cumpliesen los plazos y condiciones establecidas por el Banco, fijando como “Comisión conversión divisa de 0% y Comisión mensual de cambio de divisa del 0%”. Igualmente modificaron mediante escritura pública la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, con una ampliación de su importe y variación de la moneda de pago pactada mediante la sustitución del euro por el franco suizo, convirtiendo el capital pendiente de amortizar en euros a francos suizos conforme a su contravalor en euros.

* Trabajo realizado bajo la tutela del Prof. D. Ángel Carrasco Perera en el marco del Proyecto concedido por Beca de colaboración en el Departamento de Derecho Civil e Internacional Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (UCLM) por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.



D. Emiliano y D.^a Petra interpusieron demanda contra Banco Santander S.A. solicitando la declaración de nulidad de la novación realizada y la consiguiente proclamación de vigencia y eficacia del préstamo inicial por lo que se refiere al cambio de moneda y, subsidiariamente, la resolución contractual por incumplimiento de la demandada de la obligación de cambio del préstamo concertado a euros e indemnización de daños y perjuicios consistentes en las pérdidas adicionales sufridas por la demora en la consolidación de la deuda en euros.

La fundamentación de su demanda se basaba en que habían concertado un préstamo multdivisa, producto financiero complejo, sin que la entidad demandada cumpliera los deberes impuestos por la legislación del mercado de valores ni les informara sobre los riesgos derivados del tipo de cambio de divisa y de los tipos de interés para que pudieran valorar la idoneidad del producto contratado; infringiendo asimismo las Órdenes sobre transparencia financiera de los préstamos hipotecarios, y de transparencia y protección de cliente de servicios bancarios, y la Ley sobre contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; denunciando de igual forma el incumplimiento de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y de la Ley de condiciones generales de la contratación.

Por otro lado, alegaron dolo omisivo por parte de la entidad y error invalidante del consentimiento ya que los demandantes contrataron como consecuencia de la falta de información sobre los riesgos de la hipoteca, la oscuridad de las cláusulas contractuales y su falta de experiencia y conocimientos sobre el real funcionamiento de este contrato.

En las dos instancias se desestimó la demanda de los prestatarios:

- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda frente a Banco Santander Central Hispano S.A., razonando que no se pactó un préstamo multdivisa sino un préstamo hipotecario “en divisa extranjera” con posibilidad de cambiar la misma, siempre y cuando fuera mediante novación, ya que no figuraba “cláusula de opción”; que no hubo error invalidante del consentimiento; que no eran aplicables ni la normativa MIFID, ni la Ley del Mercado de Valores, ni la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, y no faltó la debida información, habiendo tenido los actores desde el primer momento perfecto conocimiento de lo que contrataban y sus riesgos; que tampoco hubo incumplimiento que pudiera determinar la resolución del contrato, ni procedía la resolución por incumplimiento dado que la demandada no estaba obligada a aceptar el cambio a euros sin ningún coste para los demandantes.



- En segunda instancia, tras ser recurrida en apelación, la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia desestimando tal recurso, confirmando la sentencia de Primera Instancia. Su decisión se basó en los siguientes razonamientos: al efectuar una interpretación literal de la escritura de novación no se trata de un préstamo multdivisa sino un préstamo hipotecario “en divisa extranjera”, los prestatarios no tenían la opción de cambiar de una divisa a otra si no se acudiese a la novación, que requería la aprobación del prestamista; sin ser de aplicación la normativa aducida por no ser un derivado financiero, la cuantía del préstamo y su posterioridad a la contratación; no obstante, ante la posición de los demandantes como consumidores y destinar el préstamo a la adquisición de una vivienda, el Banco no estaba exento de su deber de informar; sin embargo entiende que se produjo tal información, como resulta de un documento firmado por los demandantes en el que “manifiestan tener pleno conocimiento del riesgo de cambio que puede generarse en la operación a lo largo de la vida de la misma, al haber decidido su formalización en divisa distinta del euro”; no concurrió en los demandantes error invalidante del consentimiento al no resultar probado, ni haber duda sobre la interpretación de las cláusulas, además de su acreditación por el citado documento y el hecho de que fueran los mismos demandantes los que solicitaron al Banco el cambio de moneda; no cabe entender que la demandada haya incumplido deber alguno.

Por último, para rechazar la subsidiaria petición indemnizatoria por incumplimiento contractual, razona la sentencia que al no apreciar error en el consentimiento no puede pedirse la resolución del contrato.

Los prestatarios interpusieron recurso de casación, estructurado en los siguientes motivos: “En el primer motivo se invoca la infracción de la normativa de protección de los consumidores y usuarios sobre deberes de información y cláusulas abusivas. En el motivo segundo se invoca la infracción de la normativa financiera, en especial de la Ley del mercado de valores. En el motivo tercero, se invoca la infracción de la normativa bancaria, en concreto de la (Orden de 5 de mayo de 1994 (RCL 1994\ 1322)). En el motivo cuarto se invoca la infracción de los arts. 1261 (LEG 1889\ 27), 1262 (LEG 1889\ 27) y 1266 (LEG 1889\ 27) (CC (LEG 1889\ 27))”.

2. FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

El segundo motivo no pudo ser estimado pues esta sala modificó su anterior doctrina, asumiendo la doctrina sentada en la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14 (TJCE 2015\ 435), de acuerdo con la cual no se trata de un instrumento financiero complejo y, en consecuencia, al no ser aplicable, no se pudo infringir la normativa que los regula.



Tampoco fue estimado el motivo tercero porque la supuesta infracción de la normativa específica de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios no puede por sí sola fundar el recurso de casación.

En los motivos primero y cuarto del recurso de casación se impugna la sentencia por no haber declarado la nulidad de la novación por lo que se refiere al cambio de moneda, invocando en el primer motivo la doctrina sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores y en el cuarto la doctrina de la nulidad por error.

Para resolver estas cuestiones el Tribunal Supremo consideró oportuno previamente fijar el marco normativo y jurisprudencial, señalando que en el tiempo transcurrido desde la celebración del contrato, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desarrolló una jurisprudencia sobre los préstamos en moneda extranjera (sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Kásler y Káslerné Rábai, y de (20 de septiembre de 2017 (TJCE 2017\ 171)), asunto C-186/16, caso Andriciuc) que debe contemplarse para resolver el presente recurso. Asimismo, por razones de seguridad jurídica, ha de estarse a las (sentencias 608/2017, de 15 de noviembre (PROV 2017\ 4730)) y (599/2018, de 31 de octubre (RJ 2018\ 298017)) en los que esta sala se ha pronunciado sobre los problemas jurídicos planteados en este recurso.

De acuerdo con esta doctrina:

i. “No se excluye la condición de cláusulas no negociadas por el hecho de que la iniciativa de interesarse por el producto fuera del cliente ni por el hecho de que no hubiera imposición, pues la negociación debe referirse a la concreta reglamentación contractual, e incumbe al Banco probar que tales cláusulas han sido fruto de la negociación con el cliente”.

ii. Las cláusulas de cotización de una divisa extranjera para calcular las cuotas de devolución de un préstamo pueden ser sometidas al control de abusividad si no superan el control de transparencia (redacción clara y comprensible).

iii. La finalidad es garantizar que el prestatario esté claramente informado de su exposición a un riesgo de tipo de cambio difícil de asumir económicamente en caso de devaluación de la moneda en que percibe sus ingresos, tomando como estándar para valorarlo al “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”.

iv. Para apreciar el posible carácter abusivo de una cláusula contractual ha de atenderse al momento de la celebración del contrato, así como a las circunstancias del caso,



especialmente a la experiencia y los conocimientos del profesional sobre las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos consustanciales a la suscripción del préstamo en divisa extranjera, el posible incumplimiento del deber de buena fe y la existencia de un posible desequilibrio y así verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, aceptaría una cláusula de ese tipo en una negociación individual.

En aplicación de esta doctrina al caso, se estimó el primer motivo del recurso de casación por las razones siguientes:

1.^a) No consta la existencia de una negociación individual, ni es probable que pudiera existir debido al perfil profesional de los demandantes (policía local y administrativa) y sus circunstancias, españoles residentes en España, sin que dispusieran de ingresos o estuvieran habituados a operar en francos suizos.

Además, que se acordara una ampliación del capital no implica que las demás cláusulas del contrato fueran negociadas.

2.^a) Tampoco consta que se facilitara una información precontractual relativa a las consecuencias económicas de las cláusulas de pago en francos suizos sobre las obligaciones financieras de los demandantes y la lectura de la escritura no suple esa falta de información. Además, resulta lógico que los demandantes pensaran que el capital prestado era la cuantía fijada en euros, ya que en la propia escritura se fijaba el importe y su ampliación en euros; también porque en tal cláusula se manifiesta que “esos francos se abonan en esa cantidad o su contravalor en euros”, sin constar que el Banco les explicara otra cosa.

Advirtiendo que el documento en el que la sentencia recurrida se apoya para inferir que los demandantes conocían los riesgos asociados al pago en francos suizos, por el contrario, evidencia la ausencia total de información, pues en él los demandantes además de declarar su pleno conocimiento sobre los riesgos de cambio que podían generarse afirman que tratarían de paliar dicho riesgo cambiando a otra divisa sin que la escritura incluyera sin embargo cláusula alguna de opción.

Asimismo, el Tribunal Supremo señala que sólo sería relevante la distinción entre hipoteca multidivisa o en divisa extranjera si fuera preciso analizar si hubo incumplimiento por parte de la entidad demandada al no aceptar el cambio a euros cuando lo solicitaron los clientes, siendo irrelevante a efectos del juicio de transparencia de las cláusulas.



3.ª) La abusividad no deriva exclusivamente de que el Banco demandado conociera el futuro de las fluctuaciones, sino que depende -con cita a la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc- “de todas las circunstancias que permitan valorar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”.

Destacando a fin de valorar la buena fe del Banco la relevancia del perfil de los clientes, que no tenían inversiones o ingresos en francos suizos ni conocimiento del mercado de divisas. Por tanto, en una negociación individual leal no hubieran aceptado las cláusulas en las que se determinaba el cambio de la moneda del préstamo.

Concretamente, en la cláusula primera del contrato se especificaba que “el capital, fijado en euros y convertido en francos suizos, se entregará en dicha cantidad o su contravalor en euros, de modo que si no se explica otra cosa un consumidor medio, como es el caso de los demandantes, solo puede pensar que el capital en euros se irá modificando siempre a la baja a medida que vaya pagando las correspondientes amortizaciones”, la cláusula sobre el tipo de interés tampoco permitía conocer a un consumidor medio la carga económica.

Al apreciar el Alto Tribunal la abusividad de las cláusulas resultó innecesario analizar el motivo cuarto del recurso de casación relativo al error en el consentimiento, procediendo la estimación del primer motivo del recurso de casación interpuesto por los clientes contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, casar la citada sentencia, y, en su lugar, estimar la demanda y declarar la nulidad de la novación realizada por las partes en lo que se refiere a la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, quedando como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros, tal y como se establecía en la escritura de compra y subrogación de préstamo hipotecario que fue objeto de novación modificativa, recuperando ésta su vigencia con la ampliación del capital que se acordó en la novación, incumbiendo a la entidad demandada los gastos precisos para hacer efectiva esta declaración, con expresa condena en costas de primera instancia a la parte demandada.

CONCLUSIONES

1. Las cláusulas han de negociarse, sin entenderse cumplido este requisito por el hecho de que la iniciativa de interesarse por el producto fuera del cliente.
2. Las entidades financieras están obligadas a facilitar a los prestatarios suficiente información para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes;



debiendo las cláusulas ser comprendidas por el consumidor tanto en el plano formal y gramatical como en relación a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda conocer la posibilidad de variación del valor de la divisa extranjera y valorar las consecuencias económicas.

3. Para apreciar el posible carácter abusivo de una cláusula contractual el Alto Tribunal tiene particularmente en consideración el perfil de los clientes, en el presente caso destaca que los prestatarios no tenían inversiones o ingresos en francos suizos ni conocimiento del mercado de divisas, así como la experiencia y los conocimientos del profesional.