

## UNA PREVISIBLE Y FALLIDA SENTENCIA: NULIDAD Y FUTURO DE LAS HIPOTECAS MULTIDIVISAS\*

*Ángel Carrasco Perea\*\**  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Catedrático de Derecho civil*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de Publicación: 18 de noviembre de 2017*

### Como de costumbre

1. Desde la sentencia de 9 mayo 2013, sobre las cláusulas suelo, la jurisprudencia del TS se ha hecho obviamente predecible cuando se ventila la confrontación entre la banca y el clamor social airado contra las prácticas de rapiña de aquélla. En lugar de intentar legitimarse por el mérito intrínseco de sus resoluciones, la Sala 1ª ha hecho ya profesión de fe de no traicionar nunca a lo públicamente jaleado, que se justifica sin más como lo jurídicamente conveniente, para delicia de los colectivos activos en el acoso y derribo de las entidades de crédito y de las firmas de abogados que hacen su agosto conduciendo demandas multitudinarias. Y es humanamente comprensible. Para una vez que se atrevió a contrariar las exigencias del dragón popular – al declarar la irretroactividad de la restitución por nulidad de la cláusula suelo – tuvo que sufrir el acoso, el desdén o la irrisión de los grupos airados y de la jurisprudencia de instancia que denunciaba aquella limitación como una inconcebible concesión a un lobby mafioso, hasta que finalmente la Sala 1ª hubo de sufrir la vergüenza de que el propio TJUE le sorprendiera con un *sorpasso per la sinistra* al declarar la justicia de una completa restitución. Desde entonces, y como si se respondiera al conocido motto popular de *¡marica el último!*, el alto Tribunal ha resuelto que nadie le volverá a ganar la carrera en post de la complacencia mediática. Con

---

\* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, de la UCLM, ref. DER2014- 56016-P, del que soy investigador principal.

\*\* ORCID ID: 0000-0003-3622-2791



estruendo de aplauso populista, y ya calentados los motores por una jurisprudencia de instancia y por una doctrina que pedía a gritos la decisión venidera<sup>1</sup>, la STS 608/2017, de 15 noviembre, acaba de borrar de un plumazo las hipotecas multidivisa, convirtiendo en vacía la posibilidad a tal efecto abierta por la Directiva 2014/17/UE y cegando, parece, para el futuro una opción que muchos españoles (especialmente los que – como profesionales titulados o como *connaisseurs* - se predicaban más listillos que el simple vulgo) consideraron óptima para sus intereses, cuando el riesgo de los tipos de cambio parecía favorecerles y el Euribor estaba en cifras altas allá por los años 2008 y 2009.

2. En la STS de 30 junio 2015<sup>2</sup> el tribunal consideró que la hipoteca multidivisa era un instrumento financiero sujeto al protocolo de comercialización de tales productos impuesto por la normativa MIFID – que no se habían cumplido-, pero propuso que el test de apreciación del error contractual se determinara caso por caso en función del perfil profesional del prestatario, lo que en aquel supuesto condujo a la desestimación de la demanda. En la presente STS 15 noviembre 2017 se rechaza – obligada por precedentes comunitarios, STJUE 3 diciembre 2015, *Banif Plus Bank*- que las hipotecas multidivisas estén sujetas al régimen de MIFID, pero se aplica un protocolo estandarizado del error contractual, construido a partir de la naturaleza “explosiva” del producto, para concluir que la demanda de nulidad parcial ha de ser estimada, sin que el perfil singular del cliente ni las circunstancias del caso merezcan una consideración especial. En la sentencia de 2015 se enjuicia la controversia bajo la perspectiva de la esencialidad y excusabilidad del error, lo que puede ser justificable; en la presente, bajo el prisma de la “falta de transparencia”, lo que introduce paradójicamente oscuridad, descontrol argumentativo, lenguaje demagógico y ausencia de pronóstico para el futuro. En realidad, no sabemos por qué razón *jurídica* se declara la nulidad parcial de esta figura, porque la “falta de transparencia” no es sino la etiqueta con la que el operador jurídico esconde el bulto de sus ignorancias técnicas o de sus caprichos volitivos; además de que el juicio de transparencia no puede constituir nunca el último asalto a la ciudadela y quedaría todavía inquirir por la abusividad de la cláusula de divisas, análisis que la sentencia no hace. Según confiesa el propio TS, este “giro a la transparencia” era una estrategia “obligada”, una vez que la STJUE 20 septiembre 2017, *Andriciuc*, declaró que la perspectiva dominante en este tipo de controversias sobre préstamos multidivisas es la de la transparencia exigible

---

<sup>1</sup> Un buen exponente del sentir mayoritario en la doctrina antes de la sentencia, PERTÍÑEZ, *Hipoteca en divisas: falta de información sobre los riesgos y consecuencias contractuales*, RDBB 134, 2014, pags. 125 sigs., y *Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos en divisas*, RCDI 761, 2017, pags. 1197, con jurisprudencia en pags. 1207, 1217 y 1222.

<sup>2</sup> Cfr. comentarios de NAVAS NAVARRO, CCJC 99 [2016] § 2662, de AGÜERO ORTIZ, *Incorrección del TS sobre hipotecas multidivisa: no son instrumentos financieros complejos*, disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/11/Incorrecci%C3%B3n-del-Tribunal-Supremo-sobre-hipotecas-multidivisa-no-son-instrumentos-financieros-complejos-como-han-reiterado-el-CESR-y-la-Comisi%C3%B3n-Europea.pdf> y de CAZORLA, *Una aproximación a la naturaleza de la conocida como hipoteca multidivisa*, RDBB 140, 2015, pags. 284 sgts.

a las cláusulas de divisas. Pero esto no es cierto.

### **Los argumentos de la sentencia**

Vamos a describir los hitos argumentativos destacables de la sentencia.

3. La resolución recoge el reproche de la primera instancia de que en el proceso de la contratación inmobiliaria, Barclays no proporcionó a los clientes (un arquitecto y una administrativa) “folleto informativo ni oferta vinculante” exigidos por la Orden de 5 mayo 1994 (arts. 3, 5, Anexo I; hoy Orden EHA/2899/2011). Tampoco la persona comercializadora del producto conocía la naturaleza y riesgos de éste “porque no había recibido la formación necesaria para dar esas informaciones” (¿). “La información precontractual era inexistente” y no “se indagó en el perfil de los clientes ni se les realizó ningún tipo de test. La escritura en que se formalizó el contrato de préstamo no proporcionaba información transparente y de calidad”.

4. La hipoteca en cuestión se correspondía con el modelo típico de un préstamo multidivisas. Como en todos los casos de esta especie, el particular la contrataba porque el préstamo en divisas posibilitaba una tasa más baja de tipo de interés y porque *se suponía* que el euro se reevaluaría frente al resto de monedas del panel. Había que realizar las amortizaciones mensuales en yenes o en una cifra de euros que a la fecha del pago se correspondiera con los yenes correspondientes a una obligación periódica de pagos expresada en yenes. Por supuesto, las rentas de los deudores, precisas para atender el pago “en yenes”, se producen en euros, lo que, como era el caso, genera una mayor gravosidad cuando el euro se deprecia frente al yen, como ocurrió en el tiempo relevante, obligando a los deudores a comprar los mismos yenes por una cantidad mayor de euros. También el capital estaba expresado en yenes. Mientras que a la fecha del préstamo, los deudores debían procurarse 1019, 66 euros (pero no, contra lo que dice la sentencia, que “pagaron 1019, 66 euros”), en junio de 2012 ya estaban en 1540, 95 euros. El contravalor en euros del capital prestado pasó de 260.755 a 404.323 euros. También, como es ordinario, en la presente escritura se contenía la previsión de “ventanas” temporales (en períodos mensuales de devengo de interés) en las que el deudor podía modificar la moneda de pago y saltar, por ejemplo, al euro, siempre que estuviera al corriente del pago de las cuotas del préstamo. Los demandantes del caso nunca utilizaron esta utilidad. Se estipulaba también que el prestatario declaraba conocer los riesgos derivados del cambio de moneda, “asumiendo consciente y expresamente todos los riesgos derivados de estar representado el préstamo en divisa”.

5. Los actores demandan la nulidad parcial del contrato sobre la base plural del art. 6.3 CC, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, por el dolo omisivo de la



entidad bancaria y por error invalidante. Entendían nulas las cláusulas relativas a la denominación en divisa y suplicaban la declaración que el importe adeudado sería el resultado de reducir el capital prestado en euros en la cantidad ya amortizada en concepto de capital e intereses. Para el caso de que no procediera la nulidad parcial, solicitaban la total y subsiguiente condena a Barclays a otorgar un préstamo hipotecario tradicional (sic) en euros con un tipo equivalente al Euribor más 0, 82 puntos. Se ejercían otras acciones que no vamos a considerar aquí.

6. El juzgador de primera instancia estima la demanda de nulidad parcial y considera que no existe ninguna dificultad en juntar abusividad más nulidad por vicio de consentimiento y declarar con ello la nulidad parcial. Se reconvierte el préstamo a euros y se imputan al mismo todos los pagos “realizados” en euros en concepto de capital e intereses<sup>3</sup>.

7. La Audiencia revoca, porque entiende que el riesgo de cambio puede ser “paliado, mitigado e incluso suprimido” con la posibilidad ofrecida al prestatario de modificar mensualmente la divisa de denominación del préstamo.

8. El TS, que estimará la casación, entiende que no procede aplicar el art. 6.3 CC, conforme a su reiterada jurisprudencia (SSTS 15 diciembre 2014 y 30 junio 2015) de que el incumplimiento de la normativa sectorial que impone determinados deberes de información en la comercialización de servicios financieros no comporta la nulidad, sino sanciones administrativas, sin perjuicio de que tales normas sí sean relevantes para construir el juicio de transparencia. El Tribunal sostiene que las cláusulas relativas a las divisas no son cláusulas negociadas (sic), a pesar de afirmarse luego que tales cláusulas definen el objeto principal del contrato. Aplica el control de transparencia propuesto por la STJUE *Andriuciuc*<sup>4</sup> de forma que el prestatario normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz “pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras”. En el presente caso, se dice, no existió la información precontractual precisa para que el prestatario conociera la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa del préstamo, puesto que no se les entregó información y el personal de Barclays que comercializó el producto carecía de formación necesaria para poder explicar estos extremos. Sigue diciendo que era exigible a Barclays que “hubiera informado a los demandantes sobre los riesgos que derivaban del juego de la

---

<sup>3</sup> Esto último es sin duda un exceso. Del capital sólo habrán de deducirse los pagos en concepto de capital, no de intereses, porque la deuda de capital más intereses es muy superior a la deuda originaria de capital.

<sup>4</sup> Sobre esta STJUE, AGÜERO ORTIZ, *La hipoteca multidivisa es abusiva si la información sobre las fluctuaciones futuras en el momento de la contratación permitía inferir que el consumidor no habría querido contratarla*, [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/comentario\\_stjue\\_multidivisa.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/comentario_stjue_multidivisa.pdf)



moneda nominal del préstamo respecto de la moneda funcional (euro)”. En especial, “Barclays no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no sólo 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 para afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro”. Es cierto, enfatiza el tribunal, que un consumidor razonablemente informado puede saber que los pagos de la hipoteca serán variables en función de la cotización de las divisas, pero no necesariamente sabrá que “la fluctuación pueda ser *tan considerable* que ponga en riesgo su capacidad de hacer pagos”, y se refiere de nuevo a la argumentación de la STJUE *Andriuciuc*, apartados 49 y 50. El TS declara también abusiva – y aquí la decisión es evidentemente acertada- la cláusula que permite al banco, a pesar del cumplimiento ordinario de los pagos, declarar el vencimiento anticipado por fluctuación del valor de la divisa superior a determinado techo por encima del valor de tasación. No se acepta que la lectura de la escritura por el Notario comporte de suyo el cumplimiento del deber de transparencia, porque la intervención del Notario se produce al final del proceso de contratación, previo a la firma, que “no parece el más adecuado para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo”, en términos ya empleados por las SSTs 8 septiembre 2013 y 24 marzo 2015, por mucho que “pueda ser un elemento a valorar la labor del Notario, en cuanto puede cerciorarse de la transparencia de las cláusulas y acabar de cumplir (sic) con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia” (STS 9 marzo 2017); porque cuando se facilita la información precontractual adecuada, la intervención notarial serviría para complementarla, pero no puede sustituirla (STS 8 junio 2017) (ídem, n. 39). No tendría tampoco valor contractual la cláusula predispuesta en la que el consumidor dice afirmar haber recibido toda la información precisa y conocer los riesgos. Respecto de la cláusula de la escritura que permitía al prestatario cambiar de divisa en determinadas ventanas de tiempo, y a pesar de que el art. 23 de la Directiva 2014/17/UE concibe este mecanismo como un instrumento de limitación del riesgo de cambio, ello no relevaría al banco de sus obligaciones de información precontractual ni se prevé como alternativa de la obligación de informar (ídem n. 45). Además, este tipo de cláusula de salida no elimina el riesgo en cualquier momento sino sólo al inicio de cada período mensual, y no tiene en cuenta que una devaluación de moneda puede producirse “en cuestión de semanas” (¿). El prestatario sólo evitará el riesgo de apreciación de una divisa en el futuro, pero “si el prestatario ignora que cuando haga uso de esa facultad consolidará el aumento de valor de la divisa (¿), es posible que cuando pretenda hacer uso de esa facultad, el incremento de la equivalencia en euros del importe en divisa sea ya considerable” (ídem n, 47). En consecuencia, se estima el recurso, se declara la nulidad parcial y el préstamo queda redenominado en euros. No procedería la nulidad total porque el consumidor saldría perjudicado si tuviera que devolver de una vez todo el capital pendiente de amortizar; se reconoce que la sentencia de primera instancia procedió en realidad a sustituir la cláusula abusiva “por un régimen



contractual que está previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional como la contenida en los arts. 1170 CC y 312 CCom, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria”. Esta sustitución del régimen contractual es admisible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato, para no contrariar al consumidor, porque de otro modo se estaría cuestionando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Se cita oportunamente para ello el argumento correspondiente de la STJUE de 30 abril 2014, *Kásler*, apartados 76 a 85 (*El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional*).

## Comentario y crítica

### *Nulidad total, parcial, integración*

9. Al final de la sentencia, el Tribunal explica las razones de por qué opta por la nulidad parcial en lugar de la total y por qué en el presente caso no resulta aplicable la doctrina del TJUE según la que el juez nacional no puede practicar integración de la cláusula nula. Siendo éste un extremo de máximo interés dogmático, no voy a desarrollarlo aquí. Sustancialmente estoy de acuerdo con el camino y argumento seguido por la sentencia, a pesar de la extremada carencia de un fundamento normativo por el que pueda procederse a sustituir limpiamente un préstamo en divisas por un préstamo en euros, reconstruyéndose discrecionalmente las cláusulas correspondientes a los nichos que han quedado vacíos con la nulidad. Dejemos esto para otra ocasión y me limitó a formular aquí la observación que sigue.

10. En sucesivas ocasiones, el TS ha sostenido, sin fundamento, que no cabe una nulidad con efectos parciales cuando se ejercita y se obtiene la nulidad de contrato por vicios del consentimiento. Esta reducción es arbitraria. Y como no puede ser sostenida con razones, el TS se ve obligado unas veces a negar los efectos de nulidad (parcial) postulada y otras veces a reconfigurar el conflicto como uno propio de nulidad de cláusulas abusivas. Mejor hubiera optado por aplicar (cosa que también sistemáticamente niega) el art. 6.3 CC con efectos de nulidad parcial. El procedimiento seguido en la presente sentencia es metodológicamente vicioso. De hecho, *no hay nulidad ninguna de cláusulas (de divisas) por ser éstas abusivas o no transparentes*. El pretendido déficit de información que sufre el prestatario se proyecta sobre la operación en su conjunto, la operación en virtud de la cual ha de pagar cantidades en una moneda distinta de la moneda en que obtiene sus rentas



y capaz de provocar la (mal llamada) reactualización y recomposición continuada del capital debido. Esto es la esencia del contrato, y los errores de esta clase, provocados por una “falta de transparencia”, han de llevar directamente a la nulidad contractual del art. 1301, no a la Ley de Consumidores. El Tribunal no sigue este correcto camino, porque se encuentra de manera subconsciente lastrado por el prejuicio sobre la “anulabilidad parcial”.

11. Con todo, reconozco que el procedimiento de integración masiva (nada menos que convertir una hipoteca en divisas / LIBOR en una hipoteca en euros /Euribor) no se haría más fácil si se hubiera recorrido el camino (correcto) de la anulabilidad parcial. El problema de inexistencia de un fundamento normativo para practicar una operación de reintegración masiva del contrato nulo es el mismo, tanto si operamos por medio del régimen de la anulabilidad o el de las cláusulas abusivas.

#### *Nulidad como excepción o como regla*

12. La sentencia es profusa. Mas eso mismo la hace imprecisa, inconcreta. Es un asunto de la máxima importancia saber por qué ocurrió que el banco incumpliera sus deberes de información precontractual. A lo largo de la sentencia parece que esta omisión se produjo precisamente porque el banco no entregó la oferta vinculante y folleto contenido en la Orden de 9 mayo 1994 y en que la persona que negoció con los prestatarios no tenía una formación suficiente. ¿Es esto todo, o sería preciso algo más y, en su caso, qué y en qué escenario negocial debería haberse producido? Porque es notorio que ni el folleto ni la oferta de la Orden de 1994 habrían suministrado ninguna información suplementaria referida a la naturaleza del riesgo multidivisa; y respecto de la formación de la empleada, creemos honestamente que, a poco que llegara, hubiera bastado para transmitirle a los prestatarios, como así seguramente se hizo, que el quid de la hipoteca consistía en que se pagaría más si el yen se revaluara y menos si se revaluara el euro, cosa que por lo demás es accesible *tout court* a quien *con estudios superiores* negocia y firma una hipoteca de esta clase.

13. Pero parece evidente del largo discurso de la sentencia que el problema no radica sólo en la falta de entrega del folleto / oferta ni en la infracompetencia de la persona encargada de vender el producto. Se denuncia una y otra vez la falta de información suficiente, la ausencia de procedimientos tendentes a detallar la naturaleza del riesgo. No se dice ni se sabe en qué momento o estado del procedimiento tendrían que haberse acometido estas incumbencias del banco, ni en qué formato debería haberse puesto a disposición, pero sabemos que no son decisivos ni la entrega precontractual del folleto ni la labor educativa final del notario. Por cierto, de los autos no se obtiene prueba alguna sobre si el banco y el cliente conversaron sobre estos extremos en alguna fase de la negociación. Tampoco se



dice que se presume que no discutieron sobre ello. Resulta verdaderamente sorprendente que no lo hicieran, cuando se estaba tratando de la cláusula que constituía la esencia del contrato. De la misma forma que es probable que en la negociación de una hipoteca no se hable de la cláusula suelo ni de la cláusula de vencimiento anticipado, es irreal pensar que las partes no hablaron de la cláusula de divisa y que el comercializador no le explicara al cliente en qué consistía, toda vez que era precisamente de esto de lo que se contrataba.

14. Lo que ahora importa considerar es que la sentencia se produce en tales condiciones que cabe inferir que es la hipoteca multidivisa como tipo negocial lo que resulta condenado. A diferencia de lo que ocurre con la contratación de permutas financieras e, incluso, con cláusulas suelo, aquí no queda espacio de divergencia fundado en el perfil del cliente – ni se menciona siquiera si un arquitecto debe saber o no qué pasa con las fluctuaciones de moneda- ni en las circunstancias concretas en que se negoció. De la lectura de esta sentencia viene a concluirse que, por la propia naturaleza del producto, no hay espacio posible en el que se pueda colar una hipoteca multidivisa “transparente”, porque no se nos dice qué espacios de información precontractual pueden construirse en el que se satisfaga las exigencias de validez, que en el fondo no son exigencias que puedan cumplirse mediante protocolos de provisión de sola información.

*La no entrega de oferta vinculante ni folleto*

15. Tanto en primera instancia como en casación se otorga una más que relativa importancia a esta omisión de parte de la entidad bancaria. Pero el TS no está dispuesto a aplicar la sanción de nulidad del art. 6.3 a las conductas negociales que comportan transgresión a normas sectoriales. En tal caso, el puente de la norma sectorial (su incumplimiento) a la sanción de nulidad no puede producirse sino por la vía del error contractual. La jurisprudencia del TS sobre este extremo es ya muy amplia. Todo lo más, la transgresión de la norma sectorial comportaría una presunción de error negocial, o al menos esto es lo que el TS sostiene en contratación de instrumentos financieros sujeta a régimen MIFID.

16. Ahora bien, para que este puente pueda ser construido es preciso que el error sea “relevante”. Relevante significa, entre otras exigencias, que existe una relación causal adecuada entre inobservancia de la norma y producción de un error grave. Mas es imposible que esta conexión causal se produzca en el supuesto de la Orden de 9 mayo 1994, ya que ni la oferta vinculante ni el folleto contienen ninguna información sobre el pago en divisa, más allá de la básica que se produce en la negociación misma [cfr. Anexo II 1 a) y e)] ni distinta de la exigencia – por definición cumplida- de que el notario haga la advertencia en la lectura de la escritura que el préstamo está sujeto a las fluctuaciones de los tipos de cambio (art. 7.5). En consecuencia, la naturaleza del contenido de la Orden



impide sostener aquí una especie de presunción de error u obliga a concluir que esta presunción está destruida por la fuerza de los hechos ocurridos: el cumplimiento de la Orden no hubiera satisfecho nunca las altas exigencias impuestas por el TS en su sentencia en materia de deberes informativos. Dicho de otro modo, la función de protección de intereses de la Orden de 1994 no se extiende hasta proteger los intereses que el TS dice defender en la construcción de su doctrina de la transparencia en relación con la cláusula de divisa.

*No se sigue el precedente comunitario*

17. La STS que comentamos no se fundamenta, a pesar de citarla repetidamente, en la STJUE *Andriuciuc*. Para la sentencia europea, lo decisivo a la hora de juzgar la solvencia de la cláusula de divisa era la apreciación del nivel de conocimiento real del empresario en el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbía al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición» (apartado 58). La evolución posterior del cambio de divisas no afecta a la validez de la cláusula. “Pero si el profesional no contaba con esas previsiones, la cláusula no podrá ser considerada abusiva por comportar un desequilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes contrario a la buena fe, pues no cabe inferir la actuación contraria a la buena fe de aquel, *y ello incluso cuando la cláusula o la contratación no fuera transparente*. En estas circunstancias el remedio previsto en el ordenamiento es la nulidad por error en el consentimiento, pero no la abusividad de una cláusula sin concurrencia de mala fe, pues los desequilibrios deben valorarse en el momento de la contratación por más que se puedan manifestar en la ejecución del contrato. Sólo cuando esos desequilibrios sean ocasionados por actuar contrario a la buena fe, comportaran la abusividad de la cláusula, pero no cuando el profesional desconociera el devenir de las fluctuaciones estando ambos contratantes expuestos a la misma incertidumbre” (AGÜERO ORTIZ).

18. Como nuestra sentencia sigue confundiendo, como es ordinario en la jurisprudencia española, falta de transparencia con abusividad<sup>5</sup>, no puede comprender el juego articulado del argumento de la STJUE, en virtud del cual la cláusula de abono en divisa extranjera *no transparente será abusiva sólo* si el profesional conocía al tiempo de la contratación

---

<sup>5</sup> Por ejemplo, STS de 8 de junio de 2017.



las variaciones de los tipos de cambio y sus consecuencias para el consumidor durante la ejecución del contrato, siendo tales que no cabría esperar razonablemente que éste la hubiera aceptado. Es ya sorprendente sin más que la sentencia española no haya incorporado ninguno de los elementos del importante discurso de la sentencia europea y que no se haya hecho la pregunta fundamental (que no es la de la transparencia), sino *saber si el profesional, (que en el momento del contrato podía conocer la realidad de la variación del tipo de cambio y sus consecuencias), podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual* (STJUE Andriuciuc, n. 57).

19. Al respecto de esta cuestión de hecho no se pueden realizar afirmaciones con alcance general. Por lo que yo he podido indagar de algunos comercializadores que vendieron estas hipotecas (especialmente en Bankinter y Barclays), ninguno de éstos tenía ni siquiera sospecha de la futura devaluación del euro, porque la *crisis griega* y otras crisis de la moneda única no podían estar incorporadas todavía a la información disponible por los expertos. Es absurdo pretender que estos “malignos” bancos estuvieran buscando ex profeso hacer su agosto mediante el expediente de timar a determinada clase de deudores (como digo, de *gente bien*). Y si entonces *hubieran acometido de buena fe con el cliente una negociación individual contando con lo que sabían*, el cliente hubiera aceptado contratar el producto. *Sustancialmente porque fue esto lo que ordinariamente se produjo.*

#### *La obsesión con el continuo “recálculo”*

20. Tanto el discurso de la sentencia como el discursillo popular suelen cometer un error de perspectiva, que es grave, por ser este error el que “carga las tintas” de la posterior vindicta contra el producto. El reproche fundamental que se hace a esta hipoteca en la sentencia es que el capital pendiente de pago no sólo no se reduce con los pagos periódicos, sino que se incrementa, a tenor de la progresiva divergencia de los tipos de cambio. Lo que, en términos precisos, no es cierto, porque el deudor nunca tiene que pagar más yenes que los comprometidos en la escritura como capital y los devengados por el tipo de interés pactado; lo que tiene que hacer, cosa distinta, es procurarse más euros para pagar esa cantidad. Todavía más claro se muestra cómo el Tribunal realmente ignora qué es una hipoteca en divisa cuando en el Fundamento Octavo nn. 17 y 28 repite la frase de la malfundada STS 30 junio 2015 según la cual “el tipo de cambio de la divisa elegida se aplica fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa *supone un recálculo constante del capital prestado*”. Este error de concepción es persistente y además constituye el fundamento último del reproche de fondo sobre el que se va a fundar la sanción de nulidad (cfr. Fundamento Octavo, nn. 29, 43), porque la “percepción propia” de un consumidor, reafirma la Sala, es que a medida que se vayan haciendo amortizaciones, el capital pendiente de pago baje, y no que “suba”,



como ocurre en el caso presente (ídem, n. 31). El problema no está, pues, en que el cliente pague en yenes nominales (esto es lo negociado), sino que obtenga sus rentas en euros, lo que, en puridad, queda extramuros de la negociación.

### *Transparencia y elemento esencial del contrato*

21. Como es sabido, la doctrina del TJUE sobre la transparencia en sede de la Directiva 13/1993 se expresa de la siguiente forma. Las cláusulas (referidas al objeto principal del contrato) no sólo han de estar redactadas de forma clara y comprensible, sino que se exige que el adherente pueda tener un “conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas”; “el deber de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez la carga económica del contrato para adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa” (SSTJUE *Kásler, Mattei, Von Hove, etc*). Nuestro TS tiene dicho y repetido que el control de transparencia “tiene por objeto que el adherente pueda conocer la carga económica del contrato (...) y la carga jurídica, es decir la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo” (Fundamento Derecho Octavo, n. 14)<sup>6</sup>.

22. Según la sentencia de primera instancia, que en este punto hace suya la casación, “el prestatario tiende a pensar, salvo que se le explique lo contrario, que el capital que debe es la suma prefijada en euros y que sólo se modificará a la baja al descontar las amortizaciones”. Es cierto que puede ocurrir esto y que incluso sea esto lo que de buena o mala fe le contó el personal del banco. Pero como afirmación general es una presunción gratuita, a poco que se conozcan las cláusulas usuales de estas hipotecas y qué es lo que se negocia en tales casos. La experiencia que tengo del asunto me reafirma que prácticamente todos los *connaisseurs* que contrataban estos productos sabían que el préstamo se les hacía en yenes o francos suizos y que se pagaba en yenes o francos suizos, bien porque los aportara directamente el deudor bien porque en el momento del pago realizara una operación de cambio de divisa en “ventanilla” (con su comisión correspondiente). No hay cuestión tampoco de que el prestatario ignore, con palabras de la STS, “su posición jurídica” en el contrato ni la “asignación de los riesgos del desarrollo del contrato”, porque esto era precisamente de lo que contrataron y los que constituía la asignación causal de riesgos del contrato. Sin que le contaran esto no era siquiera posible que hubiera existido contrato. Una vez conocida la asignación del riesgo, no forma parte del contrato la posterior *intensidad* de la devaluación del euro – por demás, nada excepcional. Una vez más quiero ilustrar la diferencia que desde la perspectiva

---

<sup>6</sup> La jurisprudencia española se contiene en las SSTS 9 mayo 2013, 8 de septiembre 2014, 24 marzo 2015, 25 marzo 2015, 3 junio 2016.



negociadora existe entre convenir un swap cuyo coste de cancelación no es precisamente el objeto de la negociación y convenir una cláusula de pago en divisa extranjera cuando todas las partes saben que el deudor obtiene sus rentas en divisa nacional. Está también fuera de lugar pretender que en nuestro caso ha sido “agravada” la carga económica del consumidor “mediante la inclusión de una condición general cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no le facilitó información clara sobre sus consecuencias” (Fundamento Octavo, n. 15), lo que hay que entender como un lapsus, porque ni la cláusula de préstamo en divisa es una condición general ni es típicamente posible que *no fuera necesariamente una cláusula negociada*. Salvo que se hubiera padecido error contractual, en cuyo caso “el partido de fútbol hubiera tenido que jugarse en otro campo”.

23. Es muy difícil que el adherente precise de informaciones detalladas adicionales cuando la contingencia de “error” versa sobre el elemento esencial del contrato; en el presente caso, que se deben 44.346.603 yenes japoneses. Nada obsta a ello que la escritura estuviera redactada sobre minuta y contuviera condiciones generales, porque todo el material incorporado por medios de tales cláusulas predispuestas queda fuera del objeto principal del contrato; poco más había que informar al respecto, y no podría razonablemente suministrarse un material educativo suplementario merced al cual el prestatario pudiera “comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con la de otros préstamos” (ídem n. 43). Porque esta comparación aflora por sí propia. Por demás, es simplemente increíble la afirmación que realiza la STS – que a la postre confunde carácter no negociado con vicio de intransparencia y éste con abusividad de la cláusula- de que tampoco “consta” que fueran los prestatarios quienes hicieron la selección inicial de la divisa del préstamo, como si al banco le importara más que fuera en yenes, en libras o en francos suizos. Más impertinente es el confuso argumento que sigue, según el cual, aunque se hubiera negociado la cantidad en euros, el plazo, incluso la “presencia” (sic) de la divisa extranjera, todo ello “no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y en concreto el modo en que operaba ese elemento de divisa extranjera en la economía del contrato y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en el contrato”. Especialmente teniendo en cuenta el perfil profesional de quien contrataba estos productos (que nunca era un consumidor del común), no veo cómo se puede “negociar la presencia (sic) de la divisa extranjera” y al mismo tiempo se puede no negociar qué consecuencia tiene aquella negociación en la “posición jurídica y económica” de cada parte.

24. Es un error sostener que si “un cierto incremento” (sic) del importe de las cuotas de amortización podría ser previsto, no ocurra lo mismo con una “considerable fluctuación” (Fundamento Octavo, n. 31). Ni tan siquiera ello es así en la rigurosa jurisprudencia que existe sobre permutas de tipos de interés. No hay gradualismo posible en el momento de



la firma del contrato, si los riesgos están claramente asignados, y lo que ocurra durante la ejecución del mismo no puede influir en la conversión de una cláusula negociada en abusiva o no transparente. Repárese que de otro modo no habría espacio posible para la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* y que todo contrato (con consumidores al menos) devendría nulo por error o sus cláusulas abusivas por el hecho de que la parte predisponente no hubiera *incorporado ya en el momento del contrato todas las contingencias que, de producirse, harían viable la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus*.

#### *La falacia del incrementalismo informativo*

25. Esto que se dice a continuación no es privativo ni de esta sentencia ni de las hipotecas multidivisas. Denuncia una falacia general del Derecho de consumo, pero que es apropiado aislar aquí al objeto de nuestro estudio porque en definitiva el discurso de la sentencia comentada versa sustancialmente sobre la necesaria provisión de información.

26. Primero, el incrementalismo informativo tiende a reproducirse como ilimitadamente *recurrente*. Si el contrato (notarial) necesita de una explicación o de un preludio en las fichas FIPER o FEIN o FIAE, tales fichas, que por su parte son *tanto o más complicadas de entender que el contrato*, necesitarán a su vez de una ficha previa, que no está regulada, que les sirva de explicación o de propedéutica. Y así sucesivamente. Como se demuestra en la completa inutilidad exoneratoria que ha comportado en la práctica para los bancos la alegación de que se entregó al cliente la ficha o folleto procedente siguiéndose el protocolo procedente. De nada sirve tampoco el protocolo notarial ideado en el art. 13 del PL de transposición parcial de la Directiva 2014/17, porque, como el protocolo de la charla notarial tampoco satisface *sin más* las exigencias de la transparencia *material*, y a su vez acabará siendo tanto o más formalizado que la ficha, o tan prolijo como la ficha, requeriría a su vez de un nuevo protocolo o de una nueva ficha que explique o introduzca al siguiente. Es exactamente lo que ocurría en aquella gran escena de *Un día en las carreras*, donde el trilerero de los hermanos Marx conseguía que el incauto Groucho comprara un libro para saber a qué caballo apostar, y otro libro para saber cómo habría de leerse el primero, y un tercero para entender el significado del segundo, y un cuarto para sumarizar las enseñanzas del tercero, hasta que al final el incauto tuvo que comprar todos los libros que tenía en stock el trilerero y no encontró tiempo para apostar al caballo que finalmente le aconsejaban las cábalas de tanto libro.

27. Segundo, el incrementalismo siempre procede por el vicioso método lógico *post hoc, ergo propter hoc*, sesgo cognitivo del que los jueces españoles no consiguen liberarse en este tipo de pleitos. Como el fracaso del negocio sólo se aprecia al final del proceso, uno se retrotrae hacia etapas anteriores hasta averiguar dónde se produjo el fallo del proceso.



Y como el fallo no puede estar en el destino, ni en el comprador, ni en la naturaleza de las cosas, se supone que se encuentra en un déficit informativo, porque de otra forma el cliente no hubiera contratado producto tan ruinoso; en consecuencia, se acredita ex re ipsa el cumplimiento del estándar informativo inespecífico ex ante<sup>7</sup>. Esta falacia convierte en *inconmensurable* e impredecible para el futuro la información que debía o deberá suministrarse, porque no se puede anticipar ex ante, ya que el solo fracaso de la operación final es revelador de que, por mucha que hubiera sido la inversión en información preexistente, no había resultado suficiente.

28. Tercero, el incrementalismo presupone unos procesos mentales en la estructura consciente del cliente que están en contradicción con los experimentos que confirman en la doctrina del *Law & Behaviour* el conocido sesgo (*overconfidence bias*) de que los humanos no descuentan los futuros que presentan la posibilidad de una pérdida, a la vez que proceden con el sesgo inverso del sobreoptimismo cuando se anuncia una posible ganancia<sup>8</sup>. Ésta siempre se espera con mayor probabilidad que la pérdida futura amenazada, simplemente porque los humanos no queremos interiorizar la posibilidad de que el futuro nos vaya mal. En este punto, la información sobre el riesgo de divisa es una información que con una probabilidad rayana en la certeza ya está *saturada* en el momento en que se celebra el contrato, es decir, cuyos efectos positivos no pueden ser aumentados por el hecho de que *se insista* una y otra vez en ilustrar sobre la asignación del riesgo de divisa, más de lo que seguramente ya se explicó, incluso someramente (porque para ello no hace falta más que una explicación somera) cuando se negoció la cláusula como objeto definitorio del contrato.

*Finalmente, la sentencia es incongruente con la regulación de la hipoteca multidivisa del PL reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*

29. Que la sentencia no puede ser expresiva del Derecho bueno se prueba sin más con la observación de que conculca la Directiva comunitaria 2014/17 y hace ilusoria la labor de implementación de la misma por el PL de transposición, recientemente presentado en el Congreso.

30. Repárese en que el tenor del art. 23.5 de la Directiva sólo se explica por el convencimiento de que el nuevo régimen introduce una normativa más rigurosa que el *status quo*, y que las hipotecas multidivisas existentes serán válidas con el cumplimiento

---

<sup>7</sup> El estándar de “toda la información precisa”, por ejemplo del art. 5 de la Orden EHA/2899/2011.

<sup>8</sup> Sobre sesgos cognitivos y multidivisas, NAVAS NAVARRO, CCJC 99, pags. 719-729. La literatura es ya muy vasta al respecto y entre lo más reciente que he leído destaco por su valor pedagógico TOWFIGH /PETERSEN, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2 edic., 2017, pags. 237 sgts.



de estándares más laxos que los contenidos en la Directiva. Ya en esto prueba también la sentencia española cuán desconectada se encuentra del “espíritu europeo”.

31. Es cierto que el autor del PL es un incurable descubridor de mediterráneos jurídicos y peca de una ingenuidad jurídica impropia de las agencias gubernamentales como las que han intervenido. En el punto IV de la Exposición de Motivos se dice sin rubor que por primera vez se incorpora en Derecho español la posibilidad para el prestamista de modificar la moneda del préstamo, cuando éste fue concertado en divisas. Es evidente que el legislador llega tarde. Pero también es evidente que para el legislador (y la Directiva) es *éste* el verdadero y *único* específico instrumento “multidivisa” que debe concurrir en el contrato. Este es el contenido del art. 18, que sólo “supera” la cláusula de conversión que se contenía en la escritura anulada por la sentencia mediante la creación de una obligación de información periódica de parte del prestamista (art. 18.4), y que, además de estar sujeta a un complemento reglamentario que puede no se produzca nunca, realmente no añade nada sustancial al hecho de que todo prestamista cumple de hecho el estándar exigible, cuando cada mes pasa la cuota a pagar al destinatario. Nuevo es sin embargo el precepto que obliga al prestamista a limitar la “subida” de cuotas a un 20% que habría correspondido si se hubiera aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato y el euro vigente en la fecha del contrato, o, alternativamente, a incluir un ejemplo ilustrativo del impacto que tendría una fluctuación del 20%. Pero este ejemplo ilustrativo debería incluirse (solamente) en la FEIN, sin que se exija una ilustración verbal prenegocial ni que el empleado bancario posea una especial cualificación para poner ejemplos de esta clase.

32. Claro es que si es la FEIN – ficha que, por principio, no será leída por ningún deudor racional, y menos si además tiene que leer la FIAE como segunda ficha, cfr. art. 12 b) in fine- la que tiene que acometer este encargo de transparencia, y con esto queda la cosa concluida, al día de hoy tendría que decirse lo propio con las FIPRE y FIPER del Anexos I, B, secc. 2, 4 y del Anexo II, B, sec. 2, 2-3, de la Orden EHA 2899/2011.

33. Si la jurisprudencia futura es coherente con el contenido de la presente sentencia (y debe recordarse que en España no se cambia ordinariamente una *mala* jurisprudencia), en el futuro la hipoteca multidivisa será nula a pesar de las (pocas) prevenciones establecidas por el PL – además de las citadas, los arts. 5.1.5º y 12.3-, de la misma forma que lo es hoy a pesar de que se cumplen las (pocas) prevenciones que impone la normativa contenida en la Orden EHA de 2011.

### **Mi punto de vista**

34. Cualquiera concluiría después de lo expuesto que mi parecer es favorable a la validez de la hipoteca multidivisa, al menos mientras no existan *déficits de información reales* que



afecten a la validez del contrato. Y, sin embargo, no es así. Distingo antes y después de la Directiva.

35. Considero *que es contrario a las buenas costumbres*, y, por ende, *nulo* por el art. 1255 CC un contrato de hipoteca celebrado con consumidores si concurren las siguientes condiciones: (1) que el consumidor tiene que amortizar la deuda en una moneda que es distinta de la moneda en que el prestatario obtiene sus rentas reales y distinta de la moneda en curso en el territorio en que está situada la finca; (2) que, dada la duración del período de amortización, el riesgo es real de que se produzcan extraordinarias fluctuaciones de los tipos de cambio; (3) que el consumidor pueda “perder” más que su “inversión”, es decir, que el capital inicialmente “prestado” en la moneda local del consumidor puede seguir existiendo intacto a pesar de que el consumidor haya realizado pagos suficientes para amortizar aquel capital; (4) que las pérdidas del consumidor puedan ser tales como para superar lo que un consumidor medio puede soportar.

36. Esta nulidad estaría sujeta a un régimen restitutorio “reconstruido” a partir del art. 1306 CC. La solución correcta sería imponer a las dos partes sacrificios compartidos, si bien no en la misma proporción. El consumidor (que es el consumidor listillo, no el vulgo del común, recuérdese) debería absorber una parte de la pérdida, por ejemplo, un 20%. Por lo demás, el contrato nulo tendría que ser reconstruido, con la misma libertad e imaginación que lo ha sido en primera instancia y casación en el presente proceso.

37. Esta solución drástica cumple una función de prevención general. Con una sanción tan contundente, la banca española tendrá que aprender de una vez por todas que tiene que abandonar la carrera de ofrecer a los consumidores productos mínimamente sofisticados, aunque *en conjunto* produzcan en aquéllos más ventajas que gravámenes.

38. Una vez traspuesta la Directiva mediante la correspondiente norma nacional, las exigencias del principio de legalidad impedirían seguir sosteniendo la nulidad típica de la figura. El legislador no debe mantener abierta la opción de que la banca limite la fluctuación al 20% o introduzca un ejemplo ilustrativo en la FEIN. Si hace esto, la jurisprudencia civil posiblemente seguirá declarando la nulidad de las multidivisas, con el argumento de que la inclusión de un ejemplo ilustrativo en un folleto es sólo un primer paso en el cumplimiento de un protocolo más exigente de información. Es preciso imponer un “techo” del 20% de pérdida, y explicarlo con un ejemplo ilustrativo en la FEIN y en la escritura de hipoteca, con la ilustración sobrevenida que de dicho ejemplo y posibilidad deberá ofrecer el notario, más la constancia manuscrita que ahora exigirá el art. 13.2 d). Con la jurisprudencia preexistente, no confiaría que la descripción notarial de la FEIN (sin techo) equivalga a suplir las “carencias” de información de la fase de folleto. El operador avisado tiene que actuar con esta rigurosa prevención, porque ya es conocedor que



nuestros tribunales siempre sostienen (erróneamente, es cierto) que en materia de contratos financieros, el cumplimiento de estándares legales o reglamentarios *nunca agota la diligencia exigible al banco*.

39. En contra de lo que se acaba de exponer podría aducirse el art. 13.5 del PL, según el cual “conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material”. En consecuencia, el prestatario no podría acreditar que, pese a que prestamista y notario han cumplido las exigencias informativas contenidas en estos preceptos, él no conocía el alcance económico y el significado de la cláusula en cuestión. Pero yo me resisto a creer que los tribunales vayan a interpretar este precepto con eficacia derogatoria de la doctrina por la que se niega a la intervención del Notario una función decisiva en la consecución de la transparencia, porque la intervención a que se refiere el art. 13 es muy próxima en el tiempo a la firma de la escritura (puede ser un día antes de la firma) y no creo que el legislador consiga desplazar al Notario el cometido de producción de transparencia si ésta no se había producido durante la negociación del contrato.