

HIPOTECA MULTIDIVISA

La nulidad derivada de la abusividad no es subsanable

[STS, Sala de lo Civil, núm. 454/2020, de 23 de julio, recurso: 4061/2017. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.](#)

Aplicación de la LMV – Deberes de información – Consecuencias de la nulidad (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Carlos Zunzunegui).

Aplicación de la LMV: “[...] Dña. Remedios y D. Pablo Jesús celebraron un contrato de préstamo hipotecario con la entidad [...] Kutxabank [...] en la modalidad denominada multidivisa. [...] interpusieron una demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitaron la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa y la declaración de que el importe adeudado era el resultado de reducir el capital prestado en euros en la cantidad ya amortizada, en euros, con el consiguiente recálculo del cuadro de amortización. Subsidiariamente, ejercitaron una acción basada en la nulidad de las condiciones generales de la contratación referidas a la referenciación multidivisa. El juzgado de primera instancia estimó la demanda [...]. La Audiencia Provincial estimó el recurso de la entidad prestamista y desestimó la demanda [...]. [...] El primer motivo del recurso de casación denuncia [...] que el préstamo multidivisa lleva inserto un instrumento financiero derivado, por lo que resultan de aplicación las obligaciones de información exigidas en la normativa del mercado de valores y en la Directiva MiFID. [...] La STJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank [...] declaró que el art. 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que: **"no constituyen un servicio o una actividad de inversión [...] determinadas operaciones de cambio**, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas [...] que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad.” [...] La consecuencia de lo expuesto es que [...] [e]l incumplimiento de los deberes de información exigibles a las entidades bancarias es relevante [...] al realizar el control de transparencia no negociadas en contratos celebrados con consumidores. [...]” **Énfasis añadido**

Deber de información: “[...] El motivo tercero de casación denuncia [...] que la sentencia infringe el control de transparencia que exige la legislación protectora de los consumidores [...], pues faltaba la información clara y comprensible sobre las consecuencias de las cláusulas multidivisa, que no permiten conocer al consumidor su posición jurídica, ni la carga económica que realmente asume. En concreto, no permite entender que la referenciación del interés del préstamo a una divisa fluctuante puede influir en el aumento del capital pendiente de amortización. [...] La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que [...] tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. [...] En lo que se refiere a la hipoteca multidivisa, la STJUE [...] *OTP Bank* precisa(...) [...] que **las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes**, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero [...]. El apartado 75 de la sentencia [...] añade: “[...] el

prestatario deberá, [...] estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. [...] el profesional, [...] deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera [...]. De acuerdo con esta jurisprudencia del TJUE, [...] hemos explicado por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que oferta este producto. Declaramos en [...] sentencias: “[...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, [...] para 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. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que, pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros, sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo”. [...] Además, la STJUE [...] Dziubak [...] introdujo un matiz interesante, al examinar las cláusulas que establecen que el capital del préstamo se entregue en moneda nacional, conforme al precio de compra de la divisa extranjera, mientras que las cuotas mensuales tendrán un importe a calcular en función del precio de venta de la misma divisa. Según el TJUE, esta diferencia otorga un margen de beneficio para el prestamista, al tiempo que supone un mayor coste para el consumidor que es indeterminado y queda a la discreción del propio prestamista, sin que el prestatario pueda evitarlo. [...]” **Énfasis añadido**

Consecuencias de la nulidad: “[...] [L]a Audiencia Provincial ha considerado que [...] no se había ofrecido [...] información suficiente sobre los riesgos [...]. No obstante, considero que dicha falta [...] había quedado convalidada desde [...] que [...] el prestatario fue consciente [...] y [...] siguió cumpliendo con sus obligaciones [...]. Este criterio no es correcto, porque la nulidad derivada de la abusividad no es subsanable o convalidable. Conforme a [...] la Directiva 93/13, la falta de transparencia permite examinar la posible abusividad de un elemento esencial del contrato, como es el precio. Un consumidor medio, [...] puede conocer que las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera, pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero [...] no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que las SSTJUE *Andriuc* y *OTP Bank* exijan una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa. [...] Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, [...] puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros. [...] **[L]a falta de transparencia** de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor, sino que **resulta abusiva**, porque provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros. Esta abusividad también agrava su situación jurídica, puesto que ignora el riesgo de infra-garantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo. [...] La consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula [...] es su nulidad de pleno derecho [...] Y esta nulidad de pleno derecho es insubsanable, porque el consumidor no puede quedar vinculado por la cláusula abusiva [...]” **Énfasis añadido**

[Texto completo de la sentencia](#)