

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno),
de 30 de junio de 2015
[ROJ: STS 3002/2015]**

**HIPOTECA MULTIDIVISA. APLICACIÓN DE NORMATIVA MIFID. DEFECTOS DE INFORMACIÓN Y ERROR DE VICIO.
PERFIL DE EXPERTO DEL PRESTATARIO**

En el caso enjuiciado se ejercita acción declarativa de nulidad de la cláusula multidivisa inserta en préstamo hipotecario y subsidiariamente, de anulación de ésta, con ejercicio de acción de restitución de las cantidades indebidamente cobradas. El Juzgado de Primera Instancia declara la nulidad de ésta por error en el consentimiento al estimar que la información que facilitó la entidad financiera fue defectuosa y ello con mantenimiento del resto del contrato. Por su parte, la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por la entidad bancaria y revocó la sentencia con fundamento en el perfil experto de los contratantes y ello dado que uno de los contratantes era alta ejecutiva y el otro administrador de sociedades y abogado experto en derecho bancario. Los clientes presentan recurso de casación por infracción procesal y recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Es así que el Alto Tribunal analiza en la sentencia tanto la hipoteca multidivisa como producto financiero, la aplicación o no del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para este tipo de profesionales como las consecuencias del incumplimiento de la información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria.

La sentencia resuelve el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación en un procedimiento que inicialmente pretendía la declaración de nulidad de la cláusula multidivisa, o de forma subsidiaria su anulación, inserta en un préstamo hipotecario.

Para ello define claramente el ámbito objeto de la resolución, señalando que las hipotecas multidivisas son «un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega de capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)» (Fundamento de Derecho Séptimo).

En relación a ello, la Sala afirma que este instrumento financiero conlleva unos riesgos que exceden a los de los propios préstamos hipotecarios a interés variable que se solicitan en euros, y ello porque al riesgo del tipo de interés se añade el riesgo de

fluctuación de la moneda. De este modo, esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, por las razones ya señaladas de riesgo añadido.

Sentado lo anterior, y estando ante un tipo de préstamo que es un instrumento financiero derivado incluido en el ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores, sobre la entidad bancaria pesa la obligación de cumplir con los deberes de información. En este punto debemos destacar la consecuencia de la infracción del deber de información, cuestión respecto de la que el Tribunal Supremo declara que lo relevante para determinar si ha existido o no error de vicio no es, en sí mismo, si las obligaciones de información que pesan sobre la entidad bancaria se cumplieron o no, sino que lo relevante es si en el momento de contratar el cliente tenía o no conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

Es así que la Sala es clara, cuando la entidad ha incumplido los deberes de información que le impone la normativa general y sectorial, se presume que en el cliente que contrata se produce una falta de conocimiento que afecta tanto al contrato como a los riesgos, viciando así su consentimiento. Ahora bien, como novedad se añade que dicha presunción puede ser desvirtuada si se acredita que el cliente tiene conocimientos adecuados para entender contrato y riesgos.

De este modo, y ya en relación al concreto recurso de casación, el TS desestima éste al entender que el cliente que contrata la hipoteca multidivisa, por su perfil, disponía de conocimientos suficientes y adecuados para entender tanto la naturaleza del instrumento financiero contratado como los riesgos asociados al mismo. La razón de ello se debe a que el cliente era abogado y especialista en derecho bancario. Además de ello, se añade que éste actuaba no como consumidor sino como profesional, pues la solicitud de préstamo hipotecario multidivisa obedecía a actividades de promoción inmobiliaria en las que estaba involucrado. Debemos destacar que, para llegar a esta conclusión, el Tribunal tiene en cuenta que los clientes realizaron el cambio de divisa en diversas ocasiones.

Sentado lo anterior, la Sala concluye que el Texto Refundido de la Ley General de los Consumidores y Usuarios no es de aplicación a los profesionales y empresarios como los clientes del caso concreto, dejando así la puerta abierta para que cuando estemos ante clientes «no expertos» pueda serle de aplicación y en virtud de ella ser declarada nula la hipoteca multidivisa como producto complejo.

Igualmente, estima que el incumplimiento de la normativa MIFID no determina la nulidad del contrato por vulneración de normas imperativas, pero sí es posible determinar su nulidad por error de vicio del consentimiento y ello de conformidad con la doctrina del TJUE y lo ya mantenido por el TS en sentencia de fecha 20 de enero de 2014.

En conclusión, y en relación al caso concreto, debemos extraer lo siguiente: las hipotecas multidivisas son un producto complejo, y las entidades bancarias para su comercialización deben estudiar el perfil financiero del cliente (consumidor), debiendo informarle de todos los elementos esenciales y riesgos que implica. En ellas, deben tenerse en cuenta dos elementos decisivos a los efectos de declarar su eventual nulidad: a) el perfil de los contratantes y b) si éstos actuaban o no como consumidores.

Con base a esta, ya se ha dictado la primera sentencia sobre una hipoteca multi-divisa por un Juzgado de Barcelona, en concreto por el Juzgado de Primera Instancia número 34 de fecha 6 de julio de 2015, estimando la demanda y declarando la nulidad parcial de las cláusulas referidas a las divisas y condenando en costas a la entidad bancaria.

Eva M.^a MARTÍNEZ GALLEGO
*Magistrada Juzgado de Primera Instancia n.º 4
de Ourense con competencia mercantil*