

Hipotecas multidivisas, ¿nuevo tóxico bancario? Su nulidad

Con los efectos de la crisis, y la depreciación del euro, son muchos los deudores hipotecarios a los que les cuesta llegar a final de mes. Y muchos de ellos son deudores de hipotecas multidivisas, que están viendo, no solamente fuertemente incrementada su cuota mes a mes, sino también el importe del capital que deben al Banco. Analizamos si las hipotecas multidivisas son un nuevo tóxico financiero, cuáles son sus riesgos y forma de eliminarlos.



Carmen Giménez

Abogada, experta en urbanismo y Derecho inmobiliario
<http://carmengimenez.gandgabogados.es/>

1. El origen
2. ¿Qué es la hipoteca multidivisa? Su definición
3. Riesgos de la hipoteca multidivisa y cláusulas abusivas
4. Qué se pide a los Tribunales y plazos para reclamar

El origen

En España, en el período de “bonanza” económica e inmobiliaria, y más concretamente entre los años 2006 a 2009, cuando se compraban inmuebles “como si fueran barras de pan”, sin detenerse a pensar tan siquiera en el precio que costaba el metro cuadrado de lo que se estaba adquiriendo sino, si la capacidad económica de la unidad familiar podía pagar la “letra” o cuota mensual resultado de la hipoteca que iba a contratar, surgen con fuerza las denominadas hipotecas multidivisas o hipotecas multimonedas.

Este nuevo producto financiero, en tanto en cuanto era ofrecido y comercializado por un Banco o una entidad financiera, resultaba sumamente atractivo para el consumidor o usuario cuando el euro era una moneda fuerte frente a otras monedas, como el yen japonés o el franco

suizo, que tenían un tipo de interés más bajo que el de la zona euro. Esta diferencia de valor hacía que la cuota mensual a pagar por el deudor hipotecario fuera inferior que la de un préstamo hipotecario convencional.

Es muy posible que los Bancos y Entidades Financieras que los comercializaron masivamente, lo hicieran en previsión de evitar los riesgos de una fuerte caída del tipo de interés de la moneda en la zona euro, como así sucedió a partir de enero-febrero de 2009, y tener así garantizados, sus beneficios empresariales.

De esta manera, estos préstamos, que se comercializaban fundamentalmente entre colectivos, se ofrecían tanto para la adquisición del inmueble, como para sustituir el préstamo convencional que ya tenían los deudores hipotecarios, in-



formándoseles solamente de la comparativa entre uno y otro en el momento de la contratación, pero obviando los importantes riesgos (hoy hechos consumados) que contraían al firmarlo.

¿Qué es la hipoteca multidivisa? Su definición y naturaleza

Tras diferentes opiniones de los Tribunales, como consecuencia de la resolución de distintas demandas interpuestas por consumidores y usuarios, sin que hubiera un criterio unificado sobre el concepto y naturaleza de este préstamo tan atípico y al que estamos tan poco acostumbrados, el Tribunal Supremo en Ple-

no, en sentencia de 30 de junio de 2015 no solamente las define, sino que incluso califica su contenido como el de un instrumento financiero derivado.

Así, en lo que respecta a su **definición**, dice la Sala: “Lo que se ha venido en llamar coloquialmente hipoteca multidivisa es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del 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

“Estas hipotecas se ofrecían para sustituir al préstamo convencional ya contratado, informando de la comparativa entre ambos, pero obviando los importantes riesgos que contraían al firmarlas”

“El Pleno del Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de junio de 2015 las define, y califica su contenido como el de un instrumento financiero derivado”

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)”.

Es decir, la hipoteca multidivisa, se caracteriza por la denominación en divisas del capital prestado y de las mensualidades exigibles, a pesar de que ese capital haya sido desembolsado en moneda nacional y que los reembolsos deben efectuarse en esta moneda, sirviendo la divisa como una simple unidad de cuenta, puesto que el flujo monetario expresado en divisas es ficticio, mientras que el flujo monetario expresado en moneda nacional es real.

Y sobre su **naturaleza**, indica: *“La Sala considera que la hipoteca multidivisa es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el artículo 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al artículo 2.2 de dicha ley”*.

Definida de la manera expuesta anteriormente, y calificada su naturaleza por nuestro Alto Tribunal, parecía que se abriría una puerta más segura a los hipotecados por este tipo de contratos para reclamar sobre la nulidad por abusividad de sus cláusulas, abusividad que veremos más adelante.

Posteriormente a esta sentencia, se dictó otra, en diciembre de 2015, esta vez

por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que se indica que la hipoteca multidivisa no es un instrumento financiero derivado, eso sí, deja a salvo la comprobación y criterio del órgano jurisdiccional nacional que tiene que juzgar, en definitiva, el caso concreto.

Parece que este cambio de criterio ha hecho saltar, de nuevo, la duda sobre la prosperabilidad o no de las demandas a futuro que pudieran interponer los consumidores y usuarios en defensa de sus derechos.

Sin embargo, la consecuencia de esto, sobre si la hipoteca multidivisa es o no un instrumento financiero derivado, no es otra que la aplicación o no de los deberes de información que impone a las entidades financieras la Ley del Mercado de Valores (LMV), tras su redacción al trasponer la Directiva que contiene la normativa MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), y ello con independencia de la ingente normativa sectorial que regula esas obligaciones de información por parte de las entidades.

Al respecto, indicar que una Directiva comunitaria y la ley estatal que la traspone son instrumentos diferentes. La ley estatal tiene que respetar el contenido de la Directiva, pero puede incluir elementos adicionales que, en este caso, puedan servir para dar más protección a los inversores de la que ofrece la propia Directiva.

El TJUE, máximo intérprete de la Directiva, ha dicho que en ella no se incluyen las hipotecas multidivisa, esto es, en ese ámbito mínimo de la Directiva. En consecuencia, no es obligatorio para los Estados miembros, aunque sí posible, mantener leyes que, trasponiendo la Directiva MIFID, tengan un ámbito de aplicación más amplio que permita la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye.

Desde este punto de vista, la contradicción entre la sentencia del TJUE y la

del TS se podría resolver considerando que el TJUE se refiere en su sentencia a una normativa de mínimos que el legislador estatal puede mejorar y ampliar, y así lo ha hecho en la LMV, interpretada por el Tribunal Supremo. La definición de la LMV de instrumento financiero complejo es, sencillamente, más amplia y generosa que la contenida en la Directiva que traspone.

Dicho lo anterior, y siendo partidaria, como soy, del criterio sentado por el Tribunal Supremo, he de añadir que, en cualquiera de los casos, y aún para quien opine que no resulta de aplicación la LMV, ello no obsta para reclamar en base a la obligada transparencia que impone la Ley para la Defensa de los Consumido-

res y Usuarios en caso de reclamaciones a realizar por estos últimos; o por el control de incorporación de las Condiciones Generales de Contratación para el caso de empresas y profesionales. La reclamación habrá de ser centrada en nulidad por error vicio en el consentimiento.

Riesgos de la hipoteca multidivisa y cláusulas abusivas

En una hipoteca convencional uno de los mayores riesgos que existen es el cambio de la cuota a pagar como consecuencia de la variación del tipo de interés pactado, si es que se ha pactado un tipo de interés variable.

En el caso de las hipotecas multidivisa,

“Es un préstamo con garantía hipotecaria, en el que la moneda en que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario”



“La consecuencia de si la hipoteca multidivisa es o no un instrumento financiero derivado, es la aplicación o no de los deberes de información que impone a las entidades financieras la Ley del Mercado de Valores”

además de este riesgo, existen otros muchos de gran importancia, siendo cuatro de ellos los que, desde mi punto de vista, adquieren más trascendencia.

Tal y como he indicado anteriormente, en las hipotecas multidivisa, la divisa sirve como una simple unidad de cuenta, ya que el flujo monetario expresado en divisas es ficticio, mientras que el flujo monetario expresado en moneda nacional es real. Siendo esto así, los tres riesgos más importantes, y que resultan consumados a día de hoy, por la fuerte depreciación del euro son:

a) Las fluctuaciones de la divisa comprometida en el préstamo hipotecario **incide en la cuota mensual a abonar**, la que resulta desconocida por los deudores hipotecarios hasta un máxi-

mo de dos días antes del vencimiento del préstamo, siendo que además, el cambio de divisa y de tipo de interés se realiza de manera mensual y no de manera anual como en un préstamo hipotecario convencional.

Estando el euro en este momento fuertemente depreciado respecto de la divisa elegida (normalmente el yen japonés o el franco suizo), la cuota mensual a abonar ha sufrido una importante subida, encontrándose en permanente recálculo.

b) Las fluctuaciones de la divisa también inciden en el propio capital prestado, puesto que está en permanente recálculo, de manera que puede ocurrir, como de hecho está ocurriendo, que hoy día el importe del préstamo en euros sea superior al realmente recibido por el prestatario en su día.

c) La cláusula de no modificación o novación del préstamo hipotecario, para el caso de que el prestatario, o deudor hipotecario, quiera usar la oportunidad que le ofrece el propio contrato de cambiar de divisa, o incluso al euro, **significa consolidar la deuda** del capital del préstamo **que figure en el momento del cambio**, pudiendo resultar, como así ocurre, que dicho importe sea superior al realmente concedido inicialmente. Es decir, el prestatario, a pesar de pensar que lleva años amortizando, se encuentra que tiene que comenzar por encima de cero, abonando incluso un importe superior al no percibido.

d) La cláusula de compensación por el permanente recálculo en el que se encuentra el valor del inmueble o vivienda hipotecados. Si como consecuencia de las fluctuaciones de la divisa, **el bien hipotecado tuviera un valor que estuviera por debajo del 10% o el 15% que el inicialmente tasado**, **el deudor hipotecario tendrá que completar ese importe** bien pagándolo, bien garantizándolo con la ampliación de la propia hipoteca, ya que de no ser así, el Banco podría dar por vencido el presta-



mo y podría reclamarlo en su integridad.

Se trata pues de un producto de gran complejidad, del que hay que tener en cuenta que el Banco o Entidad Financiera, no informó detalladamente al prestatario, mostrando los posibles efectos adversos de lo que se iba a contratar e iba a incidir en el futuro del patrimonio y economía del deudor hipotecario, por lo que la voluntad prestada por el contratante se encontraba viciada en el momento de prestar el consentimiento, al haberse formado sobre una realidad equivocada o errónea.

Qué se pide a los Tribunales y plazos para reclamar

Finalmente, puntualizar que lo que se pide a los Tribunales es que se decreten nulas y se eliminen, del contrato de préstamo, exclusivamente las cláusulas multidivisa, recalculándose el préstamo

desde el principio en moneda euro, y aplicando el tipo de interés del Euribor si así quedó previsto en el contrato, o en su caso, el tipo de interés más el diferencial pactados.

Sobre el **plazo para proceder a la reclamación**, y habiendo leído en algunos foros, el de 4 años desde la firma del contrato de préstamo, reseñar que, si bien dicho plazo es el previsto en nuestro Código Civil, el Tribunal Supremo ya ha definido en numerosas sentencias cuál es el “dies a quo” o día inicial para comenzar su cómputo, y que no es otro que **el de la consumación del contrato**, no el de la perfección del mismo. El contrato no se consume mientras alguna de las partes, o ambas, no hayan cumplido la totalidad de las obligaciones que le incumben. Por tanto, el inicio de ese plazo de cuatro años empezará a contarse cuando se haya abonado la totalidad del importe del préstamo. ●

