

# DICTÁMENES Y NOTAS



¿El “documento de primera  
disposición” de las hipotecas  
multidivisa de Bankinter es un muro  
infranqueable para superar el control de  
transparencia?

*Is Bankinter’s ‘document of first  
disposition’ of foreign currency loans  
an impassible wall to overcome the  
transparency control?*

por

GUILLEM IZQUIERDO GRAU

*Profesor agregado. Departamento de Derecho Privado.*

*Universidad Autónoma de Barcelona. Instituto de Derecho y Tecnología (IDT)*

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada desde septiembre de 2022 hasta la actualidad, que ha reconocido, en la inmensa mayoría de casos, que el llamado “documento de primera disposición” de las hipotecas multidivisa ofrecidas por Bankinter, permite superar el control de transparencia de los préstamos en moneda extranjera ofrecidos por esta entidad bancaria. El análisis se detiene en aquellos aspectos más relevantes que han permitido sustentar, según la doctrina del Tribunal Supremo, que el documento de primera disposición cumple las exigencias del control de transparencia, como son la información contenida en el documento, el plazo de suministro al consumidor y la firma del documento. A pesar de que, en la inmensa mayoría de resoluciones el documento de primera disposición permite superar el control de transparencia, consideramos que en algunos casos la falta de un

tiempo de reflexión suficiente entre el suministro del documento y la firma del préstamo es una circunstancia que impediría superar el control de transparencia, por no tener el consumidor tiempo suficiente para valorar la carga jurídica y económica del contrato.

*ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyse the case law of the Spanish Supreme Court from September 2022 to the present, which has recognised, in the vast majority of cases, that the so-called ‘document of first disposition’ of foreign currency loans offered by Bankinter, allows to overcome the control of transparency. The analysis focuses on the most relevant aspects that, according to the doctrine of the Supreme Court, have allowed the document of first disposition to meet the requirements of the transparency control, such as the information contained in the document, the time period for providing it to the consumer and the signing of the document. Despite the fact that, in the vast majority of decisions, the first drawdown document overcomes the transparency control, we consider that in some cases the lack of sufficient time for reflection between the provision of the document and the signing of the loan is a factor that would prevent the transparency control from being overcome, as the consumer does not have sufficient time to assess the legal and economic implications of the contract.*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de consumo, hipoteca multidivisa, Bankinter, documento de primera disposición, control de transparencia.

**KEYWORDS:** Consumer law, foreign currency loans, Bankinter, document of first disposition, control of transparency.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRÉSTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA.—III. EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y DE TRANSPARENCIA DE LOS PRÉSTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA.—3.1. EL CONTROL DE INCLUSIÓN . A) *Las cláusulas multidivisa son cláusulas que definen el objeto principal del contrato.* 3.2. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA. A) *La información precontractual.* B) *El perfil del consumidor.* C) *La conversión de la moneda del préstamo.* D) *Las consecuencias de la falta de superación del control de transparencia.*—IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL “DOCUMENTO DE PRIMERA DISPOSICIÓN” . 4.1. LAS STSS NÚM. 613/2022 DE 20 DE SEPTIEMBRE Y PLENO NÚM. 418/2023, DE 28 DE MARZO. DESARROLLO POSTERIOR. A) *El contenido del documento de primera disposición.* B) *El plazo suficiente para la firma del documento de primera disposición.* C) *La cuestión de la “unidad documental” del documento de primera disposición y la prueba de presunciones del art. 386 LEC.*—V. CONCLUSIONES. VI. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA.—VII. BIBLIOGRAFIA

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses se ha consolidado la doctrina del Tribunal Supremo sobre la superación del control de transparencia de las cláusulas multidivisa de la entidad financiera Bankinter, sobre la base de la información contenida en el llamado “documento de primera disposición” (en adelante, DPD). La jurisprudencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha sido clara sobre la exigencia de dar información precontractual al consumidor para poder declarar la conformidad de las cláusulas multidivisa conforme a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En virtud de esta doctrina se declaró mayoritariamente la nulidad de los contratos hipotecarios en moneda extranjera de las principales entidades bancarias.

Sin embargo, los contratos de hipoteca en moneda extranjera comercializados entre los años 2005 y 2008 por la entidad financiera Bankinter incorporaban un documento de información precontractual, llamado de primera disposición, donde se contenía una advertencia para el consumidor sobre los riesgos de la fluctuación de la moneda sobre la cuota del préstamo y sobre el recálculo del capital pendiente de amortización, además de un anexo con unos esquemas ilustrativos sobre la fluctuación de la moneda durante la vida del préstamo. No estamos, por tanto, ante una información que abrume al consumidor, sino ante un documento de escasas tres páginas, con la información esencial de los riesgos del producto contratado. Sobre dicho DPD el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina que es suficiente para superar el control de transparencia, con algunos matices en cuanto a su contenido y plazo mínimo de suministro, lo que ha llevado a los consumidores de estas hipotecas de Bankinter a desistir, o al menos plantearse seriamente la posibilidad de reclamar la nulidad de dichas cláusulas.

El trabajo tiene por objeto el análisis de más de cuarenta sentencias del Tribunal Supremo sobre la suficiencia del DPD para superar el control de transparencia de las cláusulas multidivisa de la entidad financiera Bankinter. El análisis de la cuestión discutida viene precedido de una exposición de la doctrina general sobre la materia, a los efectos de valorar la conformidad de la doctrina dictada sobre el DPD con aquella doctrina sobre el control de transparencia de las cláusulas multidivisa. Se adelanta que las conclusiones son pesimistas para las reclamaciones de los consumidores en curso y desalentadoras para las que puedan plantearse en el futuro, si cupiera.

## II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRÉSTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA

Las denominadas “hipotecas multidivisa” son un tipo de préstamos con garantía hipotecaria que mayoritariamente fueron comercializadas por las en-

tidades financieras entre los años 2005 y 2008<sup>1</sup> cuando los tipos de interés de referencia aplicables en otros países eran más bajos que el Euribor, con lo cual su contratación aparentemente se mostraba beneficiosa para los consumidores minoristas, toda vez que en aquellos años el Euribor alcanzaba unos valores elevados en comparación con los tipos de interés de los índices de referencia de otras monedas. Por tanto, es relevante el momento en el cual se comercializan este tipo de préstamos con garantía hipotecaria, es decir, en un momento donde el Euribor presentaba una tendencia alcista pero, a su vez, los prestamistas ya estaban en disposición de conocer que se produciría una fuerte e inminente bajada del Euribor que haría desplomar los tipos de interés de las hipotecas referenciadas a dicho índice, con el perjuicio que ello comportó para los consumidores que habían contratado su hipoteca referenciada a otro índice de referencia y en una moneda extranjera, puesto que no se pudieron beneficiar de la bajada del Euribor. En consecuencia, más que un beneficio para el consumidor representaban un valor seguro para los prestamistas ante el desplome inminente del Euribor.

Como señaló la STS de 30 de junio de 2015,<sup>2</sup> se denomina coloquialmente “hipoteca multidivisa” a aquellos préstamos con garantía hipotecaria a interés variable, en los cuales 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 los que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada período acostumbra a ser distinto del Euribor, concretamente suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, es decir, la tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).<sup>3</sup>

Por tanto, se trata generalmente de préstamos hipotecarios que se ofrecen a los consumidores con el atractivo de que la divisa de referencia es la divisa de otro Estado cuyo valor de cotización en el momento de celebrar el contrato de préstamo era más bajo y tenía un tipo de interés más bajo que el del euro, unido a la posibilidad de que se reconoce al consumidor la posibilidad de cambiar la divisa de referencia en el supuesto de que se produzca una alteración de la relación de la divisa escogida en relación con el euro en perjuicio del prestatario.

Sin embargo, los riesgos inherentes a este tipo de préstamos inmobiliarios son mayores que los propios de un préstamo con garantía hipotecaria convencional, puesto que al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la divisa de referencia del préstamo en relación con el euro. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no se circunscribe exclusivamente al cálculo de las cuotas de amortización periódicas del préstamo hipotecario, de modo que si la divisa se deprecia el importe en euros será menor y, si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de fijar las cuotas de amortización periódicas del préstamo hipotecario, para fijar y recalcular constantemente el capital pendiente de amortización. Por esta razón, se puede producir la situación

de que, a pesar de que el consumidor haya ido abonando puntualmente las cuotas de amortización del préstamo hipotecario con sus correspondientes intereses, lo que conduciría a la consecuencia lógica de haber amortizado parte del capital prestado, el capital pendiente de amortización haya incrementado como consecuencia de la apreciación de la divisa elegida en relación con el euro.

Por tanto, sin la prestación de la debida información precontractual, el consumidor puede tener una idea equivocada de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues al riesgo de la variación del tipo de interés de la divisa de referencia se une el riesgo de variación del tipo de cambio de la moneda de referencia del préstamo en relación con el euro.

En consecuencia, los riesgos inherentes a los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera, que se añaden a los riesgos propios de un préstamo con garantía hipotecaria convencional debido a la fluctuación del tipo de cambio de la divisa de referencia del préstamo en relación con el euro, los cuales no solo se limitan al cálculo de los cuotas periódicas de amortización sino que tienen implicaciones y repercuten sobre el cálculo del capital pendiente de amortización, unidos a la falta de información precontractual prestada por las entidades de crédito o prestamistas a los consumidores para que pudieran tener un conocimiento fundado sobre el negocio jurídico celebrado, condujo a que los consumidores plantearan numerosas reclamaciones judiciales que ya han dado lugar a pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que serán objeto de estudio en este comentario.

La primera cuestión que debe analizarse para la mejor comprensión del tratamiento legal jurisprudencial de los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera es la que se refiere a la naturaleza jurídica de este tipo de contratos de préstamo inmobiliarios. Cabe decir que en un primer momento esta cuestión no fue pacífica e incluso se produjo un vuelco en el tratamiento de esta cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como consecuencia de lo establecido sobre este extremo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal Supremo,<sup>4</sup> en su primer pronunciamiento sobre la eventual nulidad por abusividad de un préstamo hipotecario con moneda extranjera, estableció que este tipo de contratos de préstamo inmobiliario constituían un instrumento financiero derivado y, por tanto, ello determinaba su inclusión dentro del ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores (art. 2). Consecuencia inmediata de ello era que la entidad de crédito o el prestamista tuvieran que atenerse a las previsiones de dicha ley en lo relativo a la información precontractual que debía prestarse a los consumidores.

Posteriormente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>5</sup> se pronunció sobre el posible carácter abusivo de los contratos de préstamo inmobiliario en moneda extranjera y declaró que dichos contratos de préstamo no podían cuali-

ficarse como servicios de inversión, de manera que la entidad no estaba sometida a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar, de conformidad con lo prevenido en el art. 19 de la entonces vigente Directiva 2004/39/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

Los motivos que sustentan tal afirmación se basan en que tales operaciones constituyen meras actividades de cambio que son accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo de consumo y, por tanto, no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones principales de pago del préstamo, es decir, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital del préstamo por el prestatario. En este sentido, el TJUE estableció que la finalidad de los contratos de préstamo inmobiliario con moneda extranjera no era realizar una inversión, sino, precisamente, obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio sin la rentabilidad propia de una inversión. Asimismo, las cláusulas de un contrato de préstamo de este tipo no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto del contrato, sino una modalidad indisociable de su ejecución.

En consecuencia, la doctrina establecida por la STJUE núm. C-312/2014, de 3 de diciembre de 2015, condujo a que el Tribunal Supremo tuviera que cambiar su jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de los préstamos inmobiliarios con moneda extranjera y adoptar la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esto implica que los prestamistas no tengan que atenerse a las previsiones del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, pero no impide tampoco que estén sujetos a otras obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria o las relativas a la legislación de consumo, fundamentalmente las que se contienen en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

### III. EL CONTROL DE INCLUSIÓN Y DE TRANSPARENCIA DE LOS PRÉSTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA

La principal causa de litigiosidad de los contratos de préstamo inmobiliario en moneda extranjera se encuentra en su posible carácter abusivo, por entender que las cláusulas multidivisa de este tipo de contratos inmobiliarios no son transparentes. Por tanto, resulta imperativo detenerse en el estudio del tratamiento jurisprudencial de esta cuestión, toda vez que ello servirá para valorar la transparencia de

las hipotecas multidivisa de Bankinter. Antes pero, también hay que destacar que según la doctrina del Tribunal Supremo las cláusulas multidivisa son condiciones generales de la contratación, con los efectos que dicha consideración conlleva.<sup>6</sup>

### 3.1. EL CONTROL DE INCLUSIÓN

#### A) *Las cláusulas multidivisa son cláusulas que definen el objeto principal del contrato*

Antes de analizar propiamente las cuestiones relativas al control de transparencia de las cláusulas multidivisa de los contratos de préstamo inmobiliario en moneda extranjera, conviene detenerse en lo prevenido en el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Dicho precepto establece una excepción al examen del posible carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre el precio y la retribución, siempre que dichas cláusulas se redacten de forma clara y comprensible.

La STJUE núm. C-26/2013, de 30 de abril de 2014,<sup>7</sup> estableció que corresponde al tribunal nacional determinar si las cláusulas contenidas en un contrato de préstamo en moneda extranjera constituyen el objeto principal del contrato, en función de la naturaleza, las estipulaciones y el contexto jurídico y de hecho. Asimismo, la exigencia de que una cláusula sea redactada de manera clara y comprensible y que defina el objeto del contrato, de conformidad con el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, no solo implica que dicha cláusula sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino que el contrato tiene que exponer de una forma clara y comprensible el funcionamiento de la cláusula.<sup>8</sup> Finalmente, en la STJUE núm. C-186/2016, de 20 de septiembre de 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó que las cláusulas multidivisa regulan una prestación esencial que caracteriza este tipo de contratos y, por tanto, constituyen el objeto principal de este. Como se ha dicho anteriormente, ello no impide analizar su posible carácter abusivo si no están redactadas de una manera clara y comprensible, lo que no se deduce sólo desde un punto de vista gramatical.<sup>9</sup>

La STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, recogió, como no podía ser de otra forma, la jurisprudencia del TJUE y, por tanto, declaró que las condiciones generales de la contratación que versen sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el préstamo, sin realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.<sup>10</sup>

### 3.2. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA

#### A) *La información precontractual*

La superación del control de transparencia depende en gran parte de la idoneidad de la información precontractual proporcionada al consumidor para que pueda tener un conocimiento fundado sobre la carga jurídica y económica que implican las cláusulas del contrato suscrito. Ante la falta de información contractual que permita al consumidor conocer la trascendencia económica y los riesgos de los préstamos en moneda extranjera, se abren dos vías legales para articular la reclamación del consumidor: el error en el consentimiento (arts. 1265, 1266 y 1300 CC) y la abusividad de las cláusulas multidivisa, el régimen previsto en el TRLGDCU. En relación a la primera posibilidad, el Tribunal Supremo<sup>11</sup> estableció que la infracción del deber legal de proporcionar información precontractual al consumidor no determina *ope legis* la nulidad del contrato suscrito. Lo relevante para determinar si el consumidor padeció un error vicio no es la mera puesta a su disposición de información precontractual, sino que realmente este tenga un conocimiento real y fundado sobre los riesgos asociados al contrato suscrito. Lo que determina la falta de suministro de la información precontractual es que el error vicio se presuma en tanto que al consumidor le es excusable precisamente porque el prestamista ha incumplido sus deberes legales de información precontractual.<sup>12</sup> Por lo que respecta a la segunda opción, es la más beneficiosa para el consumidor, puesto que solo requiere a la prueba sobre la ausencia de información precontractual, de simulaciones sobre la fluctuación de la cuota y explicaciones sobre su funcionamiento. No requerirá prueba sobre otros elementos, como la incidencia del error sobre elementos esenciales del contrato (art. 1266 CC).<sup>13</sup>

En relación con las cláusulas multidivisa, la STJUE núm. C-186/2017, de 20 de septiembre,<sup>14</sup> estableció cómo se concretan las exigencias de información precontractual en los préstamos multidivisa, que fundamentalmente se basan en informar al consumidor sobre el impacto en el contrato de una fuerte depreciación de la moneda extranjera de referencia, extremo que la Directiva 2014/17/UE y la LCCI<sup>15</sup> concretan en un 20%. La STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, es especialmente ilustrativa sobre el contenido de la información precontractual que debe proporcionarse al consumidor para que este decida contratar con conocimiento de causa el contrato proyectado. En este sentido, el art. 9.f) LCCI establece que, en relación con los préstamos en moneda extranjera, los prestamistas o los intermediarios de crédito facilitarán en todo momento, en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero o en formato electrónico, información general clara y comprensible sobre las implicaciones que tiene para el prestatario

la contratación de un crédito en moneda extranjera, información que deberá incorporarse en la FEIN y que tendrá la consideración de oferta vinculante para el prestamista (art. 14.1.a) LCCI).

Por tanto, en relación con las implicaciones para el consumidor de que el préstamo sea realizado en moneda extranjera y que deben trasladarse a este durante la fase precontractual pueden citarse las siguientes a tenor de lo dispuesto en la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre:

- Información relativa a los riesgos que derivan del juego de la moneda nominal del préstamo (moneda extranjera) respecto de la moneda funcional, generalmente el euro.
- Advertencias sobre las consecuencias de una fuerte depreciación de la moneda nominal sobre la carga económica del contrato que pueda poner en peligro la capacidad del prestatario de hacer frente al pago de las cuotas periódicas del préstamo.<sup>16</sup>
- Información sobre el recálculo constante del capital pendiente de amortización en función de la fluctuación de la moneda extranjera respecto del euro. No puede pasarse por alto que esto tiene repercusiones importantes sobre la facultad de vencimiento anticipado de la entidad financiera cuando se ejercite a causa de alguna cláusula prevista en el contrato y cuando el prestatario decida amortizar anticipadamente el préstamo, puesto que en ambos casos el capital pendiente de amortización puede haber incrementado a causa de la fluctuación de la moneda extranjera respecto de la moneda funcional aun habiendo el prestatario abonado periódica y puntualmente las cuotas del préstamo inmobiliario.<sup>17</sup>

En consecuencia, para que las cláusulas multidivisa de los préstamos inmobiliarios celebrados en moneda extranjera puedan superar el control de transparencia, es fundamental que el prestamista proporcione información precontractual al cliente que verse sobre la carga económica que, en caso de fluctuación de la divisa, le podría suponer, tanto para el pago de las cuotas de amortización periódicas como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo.

### *B) El perfil del consumidor*

Otro elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la posible abusividad de las cláusulas multidivisa consiste en el examen del perfil del consumidor, habida cuenta de que, aunque la entidad financiera o prestamista hubiera incumplido sus deberes de información precontractual, este extremo podría ser salvado si efecti-

vamente el consumidor tenía conocimiento de los riesgos asociados al producto financiero contratado.<sup>18</sup>

Debe partirse de la premisa de que, salvo que se demuestre lo contrario, los consumidores minoristas carecen de conocimientos adecuados para comprender los riesgos asociados al producto contratado. Por esta razón se imponen a los prestamistas estrictos y rigurosos deberes de información contractual, en aras de que el consumidor tenga un conocimiento real y fundado sobre el alcance jurídico y económico del producto financiero contratado. Es decir, se presume que existe una asimetría informativa entre las partes contractuales que justifica la imposición de deberes precontractuales de información a los prestamistas. Sin embargo, el incumplimiento de dichos deberes de información contractual no es suficiente para considerar que el supuesto error que padece el consumidor es un error vicio excusable e invalidante del contrato celebrado cuando este, por razón de su profesión o estudios, pueda tener conocimiento de las consecuencias del contrato, teniendo en cuenta todas las circunstancias del contrato para realizar este análisis.

Como se decía anteriormente, en la gran mayoría de casos que han llegado los tribunales los consumidores sí eran minoristas sin conocimientos adecuados para comprender las consecuencias jurídicas y económicas y los riesgos asociados al producto financiero contratado, pero no necesariamente tiene que ser así si quienes pretenden la nulidad parcial del contrato, por razón de sus estudios o profesiones, pudieran tener conocimiento de aquellos extremos, dependiendo de todas las circunstancias del caso objeto de análisis. Este es el caso tratado en la STS núm. 323/2015, de 15 de junio, que declaró que no había lugar a la declaración de abusividad de las cláusulas multidivisa porque los consumidores minoristas no eran unos ignorantes financieros por razón de sus estudios y carreras profesionales.<sup>19</sup> En el caso objeto de análisis el elemento relevante que permite sostener que los consumidores minoristas conocían los riesgos asociados a las cláusulas multidivisa es que durante la vigencia del contrato contactaron con la entidad prestamista a fin de cambiar de divisa durante la vida del préstamo hipotecario con cláusulas multidivisa.<sup>20</sup>

### *C) La conversión de la moneda del préstamo*

El control de transparencia de las cláusulas multidivisa de los contratos de préstamo inmobiliario en moneda extranjera no puede superarse reconociendo al consumidor el derecho que le reconoce el art. 23.2 Directiva 2014/17/UE y el art. 20.1 LCCI de cambiar la moneda nominal del préstamo por la moneda que el consumidor perciba la mayor parte de sus ingresos o la que tenga la mayor parte

de sus activos con los que reembolsar el préstamo, o la moneda del Estado de residencia en el momento de celebrar el contrato de préstamo o la ley del Estado de residencia actual. Si bien se trata de un derecho que, ciertamente, contribuye a reducir el riesgo de las cláusulas multidivisa, ello no lo convierte en una facultad alternativa a la de informar precontractualmente sobre los riesgos de la fluctuación de la moneda nominal respecto de la funcional, sino que el derecho de información contractual y el derecho de conversión de divisa se configuran como obligaciones cumulativas para el prestamista.<sup>21</sup>

El reconocimiento del derecho de conversión de la divisa no elimina los riesgos inherentes a los contratos de préstamos inmobiliarios en moneda extranjera porque, si el consumidor hiciera uso de esta facultad, solo limitaría los riesgos en el futuro, puesto que el aumento de las cuotas periódicas de amortización y la revalorización del capital pendiente de amortización ya se habrían consolidado, considerando que, de conformidad con los arts. 23.3 Directiva 2014/17/UE y 20.1 LCCI el tipo de cambio para hacer la conversión de la moneda nominal del préstamo será el vigente del mercado en el momento de solicitarse el cambio. De ahí que tanto la Directiva 2014/17/UE como la LCCI impongan a los prestamistas la obligación de informar periódicamente a los consumidores de este tipo de contratos inmobiliarios, en los plazos y términos que se establezcan por Orden de la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa, sobre el importe adeudado con el desglose del incremento que, en su caso, se haya producido y del derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ejercer tal conversión. Sin este deber de asesoramiento de los prestamistas a favor del consumidor durante la vida del contrato es evidente que solo ejercitarían el derecho de conversión de moneda los consumidores que tuviesen conocimientos de finanzas y que conocieran cuál sería la evolución de los tipos de cambios de las divisas a corto y a medio plazo.

*D) Las consecuencias de la falta de superación del control de transparencia*

Anteriormente se ha dicho que el art. 20.6 LCCI no tiene su antecedente inmediato en el art. 23 Directiva 2014/17/UE y que el legislador ha previsto por ley la consecuencia de la nulidad de las cláusulas multidivisa de los préstamos inmobiliarios en moneda extranjera, esta es la nulidad de dichas cláusulas y su sustitución por un régimen contractual que ahora se prevé legalmente y que es conforme con lo previsto en los arts. 1.170 CC y 312 CCom. El Tribunal Supremo optó por la misma solución en la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, pero en este caso se trataba de una sustitución del régimen contractual de con-

formidad con lo prevenido en el mismo contrato de préstamo inmobiliario en moneda extranjera y que ahora se prevé expresamente en el art. 20.6 LCCI.

Ello obedece a la necesidad de adoptar una solución que no sea excesivamente lesiva para el consumidor como podría ser la nulidad total del préstamo hipotecario, porque implicaría que el consumidor tuviera que devolver todo el capital prestado pendiente de amortización.<sup>22</sup> Por tanto, la solución adoptada, de conformidad con la STJUE núm. C-26/2013, de 30 de abril de 2014, es la devolución del préstamo en la moneda que tenga curso legal en España, el euro.<sup>23</sup> Es decir, la solución por la cual opta el legislador en el art. 20.6 LCCI es la nulidad parcial del contrato por falta de transparencia. Dicha declaración de nulidad parcial del contrato por falta de transparencia tendría efectos en el futuro, hecho que se traduce en la modificación del régimen contractual por el legal previsto en el art. 20.6 LCCI, pero este artículo no se pronuncia sobre los efectos en el pasado de las cláusulas multidivisa. En este sentido, la solución prevista en el art. 20.6 LCCI debería conllevar que todos los cambios de divisa operados en cada una de las liquidaciones periódicas del préstamo hayan de ser revertidos, de tal manera que la diferencia entre lo que el consumidor pagó por la cotización de la moneda extranjera con lo que hubiera pagado de no operar por dichos cambios le sea revertido.

Asimismo, cabe plantearse en este punto si, además de la consecuencia prevista en la norma, esta es la nulidad parcial del contrato por falta de transparencia, dicha declaración de nulidad llevaría aparejada la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el prestamista por el plazo de tiempo durante el cual no se haya producido la conversión del préstamo a la moneda que el consumidor percibiera la parte principal de sus ingresos (art. 20.6 LCCI). Partiendo de la base que la acción de nulidad es meramente declarativa y que el TJUE ha considerado que la restitución de las prestaciones que, con carácter general, conlleva el ejercicio de esta acción es perjudicial para el consumidor, porque se vería obligado a restituir en una sola vez todo el capital pendiente de amortización, sería conveniente acumular, junto al ejercicio de la acción de nulidad del contrato por falta de transparencia de las cláusulas multidivisa, el ejercicio de la acción de condena a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, acción que estaría subordinada a la estimación de la primera.

Una vez declarada la nulidad por abusiva de la cláusula multidivisa, hay que detenerse en las consecuencias de la nulidad de la cláusula abusiva y, concretamente, en los efectos restitutorios que conlleva dicha declaración de nulidad. En principio, procede considerar que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración de nulidad de la cláusula multidivisa debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho

en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula. Por tanto, no pueden limitarse en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional.<sup>24</sup>

#### IV. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL “DOCUMENTO DE PRIMERA DISPOSICIÓN”

Antes de entrar en el análisis de la transparencia de las hipotecas multidivisa comercializadas por Bankinter, debemos conceptualizar DPD. No existe una definición elaborada por la doctrina, pero a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede definirse del siguiente modo:

Es un documento de información precontractual, entregado por la entidad financiera Bankinter a los consumidores previamente a la contratación de un préstamo hipotecario en moneda extranjera entre los años 2005 y 2008. La función de dicho documento es alertar a los consumidores de los principales riesgos inherentes al producto financiero contratado, con el fin de superar el control de transparencia. Se trata de un documento breve, formado por una hoja donde se definen los riesgos del producto y una hoja anexa, donde aparecen algunas simulaciones sobre los posibles escenarios que puede encontrarse el consumidor debido a la fluctuación de la divisa del préstamo.

A pesar de su simplicidad y del escaso plazo de tiempo en que en algunas ocasiones se ha dado el DPD al consumidor antes de contratar el préstamo hipotecario en moneda extranjera, mayoritariamente la doctrina del Tribunal Supremo se ha inclinado por considerar su suficiencia para superar el control de transparencia, ante el planteamiento de demandas para discutir su carácter abusivo, en la línea de la doctrina general sobre las hipotecas en divisa extranjera que hemos visto anteriormente. Por tanto, esta particularidad de la entidad financiera Bankinter, es decir, de suministrar al consumidor este folleto con la advertencia de los riesgos principales del producto, está impidiendo que los consumidores afectados puedan discutir la abusividad de sus cláusulas multidivisa porque el DPD es suficiente, según el Tribunal Supremo, para superar el control de transparencia.

##### 4.1. LAS STSS NÚM. 613/2022 DE 20 DE SEPTIEMBRE Y PLENO NÚM. 418/2023, DE 28 DE MARZO. DESARROLLO POSTERIOR

La doctrina del Tribunal Supremo sobre el DPD de las hipotecas multidivisa de Bankinter se estableció por primera vez en la STS núm. 613/2022 de 20

de septiembre, y se vio confirmada por la STS Pleno núm. 418/2023, de 28 de marzo. Posteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido realizando aportaciones que han permitido atisbar un poco de luz para los consumidores de Bankinter afectados por las hipotecas multidivisa. No obstante, ya se advierte que las posibilidades de éxito de las demandas de los consumidores son escasas, habida cuenta de la doctrina jurisprudencial existente en esta materia, por lo que sus pocas posibilidades de prosperar están condicionadas severamente por los riesgos del pleito, especialmente en materia de costas (art. 394 LEC).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo estableció los requisitos de información precontractual que debían satisfacerse por la entidad financiera para que la cláusula multidivisa pudiera superar el control de transparencia. Esta doctrina se encuentra, fundamentalmente, en las STSS 69/2021, de 9 de febrero,<sup>25</sup> 553/2021, de 20 de julio<sup>26</sup> y 394/2022, de 10 de mayo.<sup>27</sup> Se exige el conocimiento del consumidor de los siguientes extremos para cumplir los requisitos de información contractual: *“(i) el riesgo de fluctuación de la moneda en que se referencia el préstamo puede influir en el importe de las cuotas periódicas de amortización; y (ii) que también puede influir en la cantidad que haya que amortizar en total, lo que supone que puede acabar pagándose más capital del recibido.”*

En aplicación de esta doctrina, la STS núm. 613/2022, de 20 de septiembre<sup>28</sup> declara que la cláusula multidivisa supera el control de transparencia, desestimado por inadmisibilidad el recurso de casación interpuesto contra la SAP Madrid núm. 11/2019, de 15 de enero. La imposibilidad de revisar mediante el recurso de casación la valoración de la prueba practicada por la Audiencia Provincial conlleva la inadmisibilidad del recurso, acogiendo la valoración que hizo la Audiencia Provincial sobre el DPD: *“Entrando en el fondo, no podemos compartir la valoración de la prueba que realiza la Juez a quo, en particular sobre el importante documento número 15 aportado a la contestación a la demanda, denominado “Solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria. Documento de primera disposición”. En dicho documento, firmado por los actores y reconocida la firma por los mismos, además de solicitar un préstamo en divisas de 140.000 euros por su contravalor en yenes japoneses, reconocen que “este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asumen explícitamente los riesgos de cambio que pueden originarse durante la vida del contrato, exonerando a BANKINTER de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor de la divisa de disposición de préstamo, en caso de ser esta última diferente al euro, pueda ser superior al límite pactado, tal y como se describe en el ejemplo propuesto a continuación de este documento cuyo contenido es conocido y comprendido por el prestatario”. Aunque el anexo con el ejemplo no está firmado por los demandantes, estimamos que forma parte*

del escrito firmado por estos, dado que se remite expresamente a él (y lleva el mismo título).

*“El anexo en cuestión, con el ejemplo es muy ilustrativo y fácil de entender (es indiferente que el capital, de 200.000 euros, no coincida con el principal del préstamo, de 140.000 euros, pues no deja de ser un ejemplo explicativo). Aparece un cuadro con simulaciones, en el que el tipo de cambio es descendente, figurando el importe de la cuota total, con la parte correspondiente a capital amortizado e intereses, y el capital pendiente de amortizar. Se observa con claridad que la cuota se incrementa si la evolución del tipo de cambio es desfavorable y que aumenta también el capital pendiente.”*

En el mismo sentido, la STS Pleno núm. 418/2023, de 28 de marzo<sup>29</sup> se alinea con la valoración de la prueba de la Audiencia Provincial, siguiendo los razonamientos de la STS núm. 613/2022, de 20 de septiembre: “3. Como declaramos en esa sentencia, la Audiencia advierte que el anexo del documento “solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria. Documento de primera disposición”, entregado al demandante antes de la celebración del contrato, le informaba expresamente, con ejemplos y explicaciones fáciles de entender, de que: (i) la apreciación de la divisa en la que han contratado el préstamo implica un incremento (a) en la cuota y (b) en el capital pendiente de amortizar; (ii) el contravalor en euros del capital pendiente puede superar el contravalor inicial del préstamo, situación que se describe en el cuadro con las simulaciones; (iii) en caso de optar el prestatario por un cambio de divisa, el riesgo sobre el capital vivo se materializa, es decir, habrá que estar al capital pendiente en euros en el momento en que se realiza el cambio, al igual que ocurre en el caso de amortización anticipada.

4. En dicha sentencia consideramos correcta la conclusión de la Audiencia Provincial que, tras la valoración conjunta de la prueba, afirmó que la información proporcionada por la demandada sobre las características y los riesgos del producto fue suficiente y fácilmente comprensible y consideró que las cláusulas contractuales impugnadas superan el control de transparencia.”

De las sentencias aportadas que constituyen los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la superación del control de transparencia de las cláusulas multividisa de Bankinter debido al suministro del DPD, puede afirmarse será la valoración que hayan hecho el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial del DPD lo que permitirá considerar, o no, que se han satisfecho las exigencias de información precontractual sobre la cláusula multividisa, lo que determinará la imposibilidad de revisar en casación la valoración de la base fáctica del pleito y, por ende, cuestionar ante el Tribunal Supremo la superación o no del control de transparencia.

*A) El contenido del documento de primera disposición*

En alguna sentencia el Tribunal Supremo ha reproducido el contenido principal del DPD, que se transcribe:

*“este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asumen explícitamente los riesgos de cambio que pueden originarse durante la vida del contrato, exonerando a BANKINTER, S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor de la divisa de disposición de préstamo, en caso de ser esta última diferente al euro, pueda ser superior al límite pactado, tal y como se describe en el ejemplo propuesto a continuación de este documento cuyo contenido es conocido y comprendido por el prestatario”*

*“Centrándonos en el tipo de cambio y a efectos de clarificar el riesgo de divisa asumido en su hipoteca, hemos considerado una evolución desfavorable del mismo, es decir, una apreciación de la divisa JPY frente al euro.*

*Sobre esta base, el efecto de esta evolución del tipo de cambio se traducirá en un doble efecto:*

*1. CUOTA: Incremento de su contravalor en euros tal y como puede Ud. comprobar en la correspondiente columna “cuota en euro”.*

*2. CAPITAL PENDIENTE: El efecto de esta evolución del tipo de cambio trasladado al capital pendiente de la hipoteca, por su contravalor en euros, tendría como resultado un incremento del mismo que podría llegar a superar incluso el contravalor inicial de la hipoteca (ver cuota 3 y 4 en la columna “pendiente en euros”).*

*Es importante tener presente que el efecto o riesgo divisa sobre el capital vivo sólo se produce realmente, es decir se materializa, sí y sólo sí concurren una de las siguientes circunstancias:*

*a) Al amortizar anticipadamente su hipoteca.*

*b) Por cambio de divisa de su capital pendiente.”<sup>30</sup>*

Considerando el contenido del DPD reproducido, podría afirmarse que cumple con los requisitos fijados en las STS 69/2021, de 9 de febrero, 553/2021, de 20 de julio y 394/2022, de 10 de mayo, pues se informa al consumidor sobre los riesgos de fluctuación de la moneda sobre la cuota del préstamo y sobre el capital pendiente de amortizar, juntamente con el anexo del documento que contiene ejemplos ilustrativos sobre los efectos de la fluctuación de la moneda del préstamo.

Sin embargo, el contenido del DPD que se acompaña con la contestación de la demanda puede no ser tan claro como el que se ha transcrito, que la jurisprudencia ha considerado suficiente para superar el control de transparencia de las cláusulas multidivisa. En este punto debemos hacer referencia a la STS núm. 1502/2023, de 27 de octubre. En este caso, el Tribunal Supremo falla en favor

del consumidor y desestima los recursos de casación y de infracción procesal interpuestos por Bankinter, acogiendo la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial: *“La valoración de la prueba obrante en el presente litigio permite llegar a conclusiones distintas de las establecidas por el juzgador de instancia y sostener que la cláusula multidivisa no supera el control de transparencia que permita su viabilidad.”*

*En cuanto al documento de solicitud del préstamo y primera disposición, la Audiencia Provincial, tras indicar que “no es expresivo de los riesgos de la operación”, razona que: “La redacción del último de los párrafos resulta farragoso e incomprensible, si no se explica detalladamente lo que podría implicar la amortización, y el riesgo de que el contravalor de la divisa supere el límite pactado. Por lo demás, no es más que una cláusula de exoneración de responsabilidad de la entidad bancaria, de carácter predispuesto y sin valor.”*<sup>31</sup>

Más problemáticos son los caos enjuiciados en la STS núm. 1656/2023 de 27 de noviembre<sup>32</sup> y núm. 1648/2023 de 27 de noviembre.<sup>33</sup> En ambos casos, el Tribunal Supremo estima los recursos de casación interpuestos por Bankinter contra las sentencias de las Audiencias Provinciales, que consideran el DPD insuficiente para superar el control de transparencia. Según el Tribunal Supremo, el DPD es suficiente para que la cláusula multidivisa supere el control de transparencia: *“3. Por tanto, en los mismos términos que la sentencia de pleno 418/2023 de 28 de marzo (RJ 2023, 2296), no encontramos razones para apartarnos de lo establecido en la 613/2022, de 20 de septiembre (RJ 2022, 4049), estableciendo como valoración jurídica que la información incluida en el folio 230 de las actuaciones del documento de primera disposición es suficiente y fácilmente comprensible sobre las características y los riesgos del producto, debiendo estimar el recurso de casación en la medida en que se considera indebidamente que tal documento no informa adecuadamente de los riesgos del préstamo multidivisa, con la consecuencia que a continuación señalaremos, sin necesidad de entrar en el examen de los restantes motivos de casación admitidos.*

*4. Como la Audiencia Provincial, en definitiva, al considerar que el contenido de la información presentada en las actuaciones (incluida la obrante al folio 230 de las actuaciones del documento 5 de los de la contestación), no informa debidamente de los riesgos del préstamo multidivisa, no ha examinado las restantes cuestiones que debería resolver con ocasión del recurso de apelación, entre ellas la entrega a los prestatarios con tiempo suficiente para su valoración de la información contenida en tal hoja, deben devolverse las actuaciones para que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia, resolviendo todas las cuestiones de hecho y derecho derivadas de la interposición del recurso de apelación.”*

Por tanto, salvo algún supuesto excepcional, el DPD que satisface los requisitos fijados en la STS núm. 613/2022 de 20 de septiembre es suficiente para

que el clausurado multidivisa supere el control de transparencia, lo que veda la posibilidad de acoger su carácter abusivo. Es decir, con la entrega del DPD se cumple el deber de información precontractual que tiene el prestamista en este tipo de préstamos.<sup>34</sup>

En este punto, debemos cuestionarnos si las hipotecas multidivisa comercializadas por Bankinter superarían el control de transparencia material a tenor de las disposiciones de la LCCI como un parámetro para enjuiciar la suficiencia del DPD para colmar las exigencias que prevé la LCCI en materia de información general de los préstamos inmobiliarios, lo que constituye el control de transparencia material.<sup>35</sup> A este respecto, el art. 9.f) LCCI dispone: “*cuando puedan contratarse créditos en moneda extranjera, una indicación de la misma, explicando las implicaciones que tiene para el prestatario la denominación de un crédito en moneda extranjera*”. El precepto se refiere a las “implicaciones”, pero no concreta qué extremos comprende ni sus efectos. Aún así, consideramos que sería suficiente una advertencia sobre la posible fluctuación de las cuotas de amortización del préstamo, con especial referencia a escenarios claramente adversos para el consumidor, haciendo especial referencia a un incremento sustancial del montante total económico del préstamo, incremento que puede fijarse en el 20 por ciento del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de préstamo y el euro en la fecha de celebración del contrato de préstamo (art. 20.4 LCCI). Estas advertencias, unidas a ejemplos ilustrativos, consideramos que servirían para advertir suficientemente sobre las implicaciones del crédito en moneda extranjera, debiendo ser efectuadas en Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) (art. 14.1.b) LCCI).

El contenido del deber de información precontractual se encuentra regulado de manera imperativa en la LCCI (arts. 14 y 15 LCCI) y se materializa en dos grandes documentos. Por un lado, la FiAE a la cual ya hemos hecho referencia y, por otro lado, la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). Respecto de los contratos de crédito inmobiliario en general, la LCCI contiene un modelo de FEIN, donde se contiene alguna referencia a los préstamos en moneda extranjera:

*“(Si ha lugar) El valor máximo de su préstamo será [insértese el importe en la moneda nacional del prestatario]. (Si ha lugar) Recibirá una advertencia si el importe del crédito alcanza [insértese el importe en la moneda nacional del prestatario]. (Si ha lugar) Tendrá usted ocasión de ejercer su [insértese derecho a renegociar el préstamo en moneda extranjera o derecho a convertir el préstamo en [moneda correspondiente], indicando las condiciones aplicables].”*

En el sentido dar apoyo a nuestro posicionamiento, se hace una referencia expresa a la formulación de una advertencia si el importe del préstamo alcanza un determinado valor, en aquellos casos claramente adversos para el consumidor,

concretamente del 20 por ciento (art. 20.4 LCCI), como consecuencia de la fluctuación del valor de la moneda extranjera de referencia del préstamo. Asimismo, debe informarse al consumidor de su derecho a renegociar el préstamo y a convertirlo en la moneda nacional del prestatario, con mención expresa de las condiciones para el ejercicio de este derecho (art. 20.1 LCCI). Estas advertencias, que actualmente deben contener la FiAE y la FEIN son prácticamente las mismas que se contienen en el controvertido DPD, por lo que parece que en cuanto al contenido del DPD, el prestatario puede estar en condiciones de conocer los riesgos del préstamo en moneda extranjera.

*B) El plazo suficiente para la firma del documento de primera disposición*

En las sentencias del Tribunal Supremo publicadas en los últimos meses ha aparecido una nueva cuestión que influye en el análisis del control de transparencia de la cláusula multidivisa: la antelación del suministro del DPD previamente a la firma de la escritura de préstamo hipotecario. Se discute, por tanto, cuál es la antelación mínima del suministro del DPD para entender que el consumidor ha tenido tiempo suficiente para valorar los riesgos asociados a la hipoteca en moneda extranjera.

La STS núm. 516/2024, de 17 de abril<sup>36</sup> estima el recurso de infracción procesal interpuesto por el consumidor y declara que el suministro del DPD el mismo día de la firma de la escritura de crédito hipotecario no es suficiente para superar el control de transparencia: *“La información contenida en el documento denominado de primera disposición, aportado con la contestación a la demanda, de 21 de febrero de 2008, según resulta de los propios hechos probados que establece la Audiencia, es de la misma fecha de otorgamiento de la escritura de préstamo multidivisa, y no consta que se entregase a la prestataria con antelación suficiente.*

*En las sentencias. 109/2024 de 30 de enero 46/2024 de 16 de enero y 1717/2023 de 12 de diciembre, entre otras, examinando información facilitada por la misma demandada en el mismo documento, hemos considerado que es insuficiente cuando se proporciona, como aquí ocurre, el mismo día de la contratación.*

*En conclusión, como valoración jurídica sustantiva (sentencia 158/19 de 14 de marzo), de los razonamientos de la audiencia no resulta que se diera a la consumidora una información adecuada, con suficiente antelación previa a la contratación, sobre los riesgos básicos de este tipo de préstamo.”*

Por su parte, la STS núm. 38/2024 de 15 de enero<sup>37</sup> sostuvo que un plazo de dos días antes de la firma del préstamo hipotecario era suficiente: *“Tampoco cabe apreciar que la información fuera insuficiente porque el documento se entregó*

*con dos días de antelación, como se sostiene en la oposición al recurso, dado que se trata de un plazo razonable y suficiente para examinar y asimilar la información suministrada, teniendo en cuenta la brevedad y simplicidad del documento, la sencillez de los ejemplos (explicados no sólo con datos porcentuales, sino con su plasmación numérica incluso al céntimo) y su fácil comprensibilidad, al tratarse de datos meramente aritméticos sobre la influencia de la fluctuación de la divisa en la cuota y en el capital pendiente para cuya entendimiento no hace falta ningún tipo de conocimiento financiero.”*

Existen otras sentencias del Tribunal Supremo donde se ha considerado que un plazo de antelación de 4 días era suficiente para superar el control de transparencia (STS 475/2024 de 8 de abril<sup>38</sup> y STS núm. 1054/2023 de 28 de junio<sup>39</sup>).

La exigencia de anticipar al consumidor el DPD previamente a la contratación del préstamo hipotecario es una condición necesaria para entender superado el control de transparencia. El suministro tempestivo del DPD cumple la función de poder constatar que se ha superado el control de transparencia, pues el consumidor basándose en el DPD podría tener conocimiento de los riesgos de la fluctuación de la moneda del préstamo en las cuotas del préstamo y en el capital pendiente de amortización. La cuestión controvertida reside en este plazo mínimo, pues el Tribunal Supremo entiende que dos días antes de la firma del contrato es suficiente.

La LCCI supuso un avance en la protección *ex ante* del consumidor en la contratación de un préstamo hipotecario. Considerando la importancia de la comprobación de la transparencia material del contrato, los arts. 14 y 15 LCCI diseñan un procedimiento para comprobar el cumplimiento del control de transparencia. En primer lugar, el art. 14.1 LCCI dispone el plazo de diez días naturales que deben transcurrir desde que el prestamista remite al prestatario la información precontractual prevista en el art. 14.1 LCCI. La recepción telemática de dicha información por el Notario permite que exista una constancia fehaciente del momento de remisión de la información precontractual, y a partir de este momento empieza el *dies a quo* para cumplir el plazo fijado en el art. 14.1 LCCI: no puede firmarse la escritura pública hasta que hayan transcurrido diez días desde la recepción de la documentación.<sup>40</sup> A partir de aquel momento el Notario tiene el deber de comprobar que el prestamista ha cumplido sus obligaciones, estas son fundamentalmente, la entrega de la FEIN<sup>41</sup> y la FiAE, y que su contenido cumple los requisitos exigidos legalmente, además de una copia del proyecto de contrato.

En segundo lugar, el art. 15.1 LCCI exige al prestatario comparecer ante el Notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento sobre las características principales del contrato, dentro del plazo establecido en el art. 14.1 LCCI, es decir, dentro de los diez días naturales respecto a la remisión de la información precontractual.<sup>42</sup> Esta obligación se configura como una carga,

puesto que la no comparecencia ante Notario supone la no realización de la obligación impuesta legalmente al prestatario, lo que conlleva que no pueda autorizarse el crédito inmobiliario. Esta comparecencia se celebrará “*como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo.*” (art. 15.3 LCCI). La intervención del Notario culminará en un acta, que según el art. 15.6 LCCI: “*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.*”<sup>43</sup>

El plazo de diez días del art. 14.1 LCCI cumple una doble función: por un lado, el prestatario dispone de dicho plazo de tiempo para comprender la operación que se dispone hacer, es decir, la carga de comprender ante la información suministrada por el prestamista,<sup>44</sup> en el orden jurídico y económico, mediante el asesoramiento imparcial del Notario y, de esta forma, pueda asumir el riesgo de contratar con pleno conocimiento de causa.<sup>45</sup> Por otro lado, es el plazo que dispone el Notario para comprobar el cumplimiento del principio de transparencia material impuesto, verificando la remisión en tiempo y su contenido por el prestamista. Este plazo, que tiene la consideración de mínimo, es el que prudencialmente fija el legislador para que el prestatario pueda valorar la operación que se dispone a contratar, lo que nos permite afirmar que, dado que si no se cumple no puede autorizarse la firma del crédito inmobiliario, es el plazo mínimo de suministro de la información precontractual del prestamista al prestatario. Por tanto, a los efectos de valorar la suficiencia de los plazos que ha validado la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el suministro del DPD, consideramos que no pueden aplicarse las previsiones de la LCCI a aquellos contratos acompañados del DPD, pero el plazo de diez días entre el suministro del DPD y la firma del préstamo de crédito inmobiliario en moneda extranjera del art. 14.1 LCCI es indicativo del plazo que el legislador considera suficiente para que el consumidor se pueda informar, valorar y reflexionar sobre las condiciones del préstamo, lo que nos conduce a concluir que plazos más breves no deberían ser suficientes para superar el control de transparencia material. Se trata de un plazo prudencial para que el prestatario pueda tener pleno conocimiento de la carga jurídica y económica de la operación que se dispone a contratar.

C) *La cuestión de la “unidad documental” del documento de primera disposición y la prueba de presunciones del art. 386 LEC*

La consideración de los diferentes folios que constituyen DPD como una unidad documental o no y la consiguiente exigencia de que el DPD tenga que ser

firmado por el consumidor en todas sus hojas es una cuestión que tiene una gran importancia para el éxito del pleito. Ello es una consecuencia del principio de no alteración de la base fáctica del pleito y de la imposibilidad de realizar una nueva valoración de la prueba mediante el recurso de casación o de infracción procesal, salvo que la valoración de la prueba que se haya realizado en la instancia sea irracional, ilógica o arbitraria. Por tanto, el hecho de que el DPD haya sido valorado como un único documento, no exige que sea firmado en todas sus hojas. Si por el contrario el DPD es valorado como un documento que se integra por un folio donde aparecen las advertencias para el cliente y por un anexo que incluye simulacros sobre la posible fluctuación de la moneda de referencia, exigirá la firma de todas sus páginas por el consumidor. Esta es la línea jurisprudencial que ha mantenido el Tribunal Supremo que permite sostener que la conceptualización del DPD realizada en la instancia es trascendental para la viabilidad de la reclamación.

Esta cuestión fue planteada en la STS 544/2024 de 23 de abril,<sup>46</sup> donde el Tribunal Supremo desestimó un recurso de infracción procesal de Bankinter donde se atacaba la valoración del DPD, no considerándolo como un único documento y, por tanto, la Audiencia Provincial falló en favor del consumidor, precisamente por la imposibilidad de realizar una nueva valoración de la prueba: *“2. La conclusión de la sentencia recurrida, sin dar el valor pretendido por la entidad bancaria a la segunda hoja del documento de primera disposición, que no ha sido firmada por ninguno de los prestatarios, no puede entenderse errónea ni ilógica, sin que en la primera hoja se hiciera la remisión a ningún ejemplo o simulación. La conclusión probatoria respecto a la prueba documental, podrá ser cuestionada, pero no cabe establecer que muestre un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, verificables de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y que resulte manifiestamente arbitraria o ilógica, ya que es razonable no dar valor probatorio el ejemplo y las simulaciones de la segunda hoja del denominado documento de primera disposición aportado por la demandada, al que ni siquiera se remite la primera hoja, si no fue firmado por los prestatarios.”*

Sin embargo, la tendencia mayoritaria ha sido reconocer el DPD como un documento único y, por tanto, no es viable un recurso de infracción procesal combatiendo la valoración de la prueba realizada en la instancia y que ha sostenido que existe unidad documental. Es el caso de la STS núm. 613/2022 de 20 de septiembre<sup>47</sup>: *“3. En aplicación de la anterior doctrina, no puede prosperar un motivo de casación cuya fundamentación consiste, básicamente, en cuestionar la admisión y valoración realizada por la Audiencia de la prueba documental practicada (en concreto del documento “Primera Disposición” aportado con la contestación a la demanda). El tribunal de apelación, al realizar la valoración probatoria, consideró dicho documento, integrado por dos hojas, como una uni-*

*dad documental firmada por los actores, firma cuya autenticidad reconocieron en el juicio, aunque la firma figurase estampada solo en la primera hoja:*

*“En dicho documento, firmado por los actores y reconocida su firma por los mismos, además de solicitar un préstamo en divisas [...] Aunque el anexo con el ejemplo no está firmado por los demandantes, estimamos que forma parte del escrito firmado por estos, dado que se remite expresamente a él (y lleva el mismo título)”.*

*Esta valoración probatoria no ha sido combatida por los recurrentes a través del cauce oportuno, pues no han interpuesto contra la sentencia recurso extraordinario por infracción procesal, y no puede ser revisada ahora por el cauce el recurso de casación, limitado a cuestiones jurídico-sustantivas, en el que la base fáctica fijada en la instancia permanece incólume.”*

Una mención especial merece la STS Pleno núm. 418/2023, de 28 de marzo, pues en ella se discute la valoración de la prueba de segunda instancia acudiendo a la prueba de presunciones del art. 386 LEC: “6. Este tribunal ha declarado de forma reiterada que las infracciones relativas a la prueba de presunciones solo pueden producirse en los casos en que se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o ha sido utilizada por el juzgador, o cuando este ha omitido de forma ilógica la relación existente entre los hechos base que declara probados y las consecuencias obtenidas.

7. En el presente caso es dudoso que la Audiencia Provincial haya recurrido a las presunciones judiciales. No lo ha declarado expresamente y puede entenderse que lo realizado por la Audiencia Provincial ha sido fijar los hechos objeto de discusión mediante la valoración de los elementos probatorios que le han sido suministrados en el proceso, en concreto, el contenido de la primera hoja, firmada por el demandante, que hacía referencia expresa al contenido de la segunda hoja. Y sobre los hechos así fijados, la Audiencia Provincial ha realizado las valoraciones jurídicas que ha considerado oportunas.

8. En todo caso, incluso de considerar que se trató de una presunción judicial, hemos declarado en las sentencias 202/2017, de 29 de marzo, 864/2021, de 14 de diciembre, y 668/2022, de 13 de octubre, que “el posible control de la presunción judicial mediante un recurso extraordinario por infracción procesal se reduce a si “el proceso deductivo no se ajusta a las reglas de la lógica por no ser el hecho deducido producto de una inferencia lógica desarrollada a partir de los hechos acreditados” (sentencias 471/2008, 27 de mayo de 2008 y 192/2015, de 8 de abril).”

## V. CONCLUSIONES

El análisis que se ha llevado a cabo de más de cuarenta sentencias del Tribunal Supremo sobre el DPD de las hipotecas multidivisa de Bankinter permite

sostener que la doctrina existente se ha consolidado y que es un muro difícil de superar por los consumidores que reclaman la nulidad de las cláusulas multidivisa. Salvo algunos casos excepcionales donde el contenido del DPD no es suficientemente claro o ilustrativo de los efectos adversos que puede acarrear la fluctuación de la moneda en la cuota del préstamo o en el capital pendiente de amortizar, o bien el DPD no ha sido entregado no ha sido entregado al consumidor con anterioridad a la firma de la escritura pública de constitución de hipoteca, las posibilidades de éxito de las demandas de los consumidores son nulas o escasas, lo que desaconseja agotar el sistema de recursos ante la decisión desfavorable en la instancia, con el objeto de reducir las costas del pleito (art. 394 LEC), en el supuesto que fueran impuestas al consumidor ante la desestimación de su demanda.

Se ha constatado que no prosperan los recursos de apelación, casación o de infracción procesal que discuten la valoración de la prueba realizada en la instancia, cuestionando la consideración del DPD como una unidad documental; el corto plazo de tiempo del que ha dispuesto el consumidor o el contenido del DPD. No obstante, a nuestro modo de ver, alguno de estos pronunciamientos del Tribunal Supremo es cuestionable. Es el caso del plazo mínimo previo a la firma de la escritura pública de hipoteca dentro del cual debe suministrarse el DPD. En este punto, el Tribunal Supremo ha sostenido que la entrega del DPD con anterioridad a la constitución de la hipoteca es suficiente, entendiendo por suficiente un plazo de uno o dos días anteriores a la firma. La mayoría de hipotecas en moneda extranjera comercializadas por Bankinter se celebraron antes de la entrada en vigor de la LCCI y, por tanto, no les era aplicable el procedimiento de cumplimiento del control de transparencia de los arts. 14 y 15 LCCI. Sin embargo, teniendo en cuenta el plazo de diez días naturales que deben transcurrir, como mínimo, desde la remisión de la información precontractual al prestatario hasta la firma del crédito inmobiliario, consideramos que este plazo debería exigirse para que el DPD supere el control de transparencia material. Por debajo de este umbral el prestatario difícilmente habrá podido informarse, valorar y asumir los riesgos de un préstamo inmobiliario en moneda extranjera debidamente. Y no hay que olvidar que antes de la entrada en vigor de la LCCI no era preceptivo el asesoramiento imparcial y gratuito del Notario, por lo que la suficiencia del plazo adquiere más relevancia.

Por lo demás, en Tribunal Supremo ha establecido que el DPD permite superar el control de transparencia de las cláusulas multidivisa, siempre que dicha información alerte sobre los riesgos de la fluctuación de la moneda en las cuotas del préstamo y en el recálculo del capital pendiente de amortizar. Por tanto, la información comprensible e ilustrativa contenida en el DPD sobre aquellos puntos, juntamente con resto de la prueba practicada, como pueden ser los testigos

aportados, puede impedir la reclamación del consumidor, como se demuestra en la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo sobre el DPD de Bankinter.

## VI. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

- STS núm. 840/2013, de 20 de enero.
- STS núm. 241/2013, de 9 de mayo.
- STS núm. 460/2014, de 10 de septiembre.
- STS 716/2014, de 15 de diciembre.
- STS núm. 323/2015, de 30 de junio.
- STS núm. 367/2017, de 8 de junio.
- STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.
- STS núm. 599/2018 de 31 octubre.
- STS núm. 69/2021, de 9 de febrero.
- STS núm. 391/2021 de 8 junio.
- STS núm. 553/2021 de 20 julio.
- STS núm. 776/2021 de 10 de noviembre.
- STS núm. 394/2022 de 10 mayo.
- STS núm. 420/2022 de 24 mayo.
- STS núm. 613/2022 de 20 de septiembre.
- STS Pleno núm. 418/2023, de 28 de marzo.
- STS núm. 1054/2023 de 28 de junio.
- STS núm. 1238/2023 de 18 de septiembre.
- STS núm. 1264/2023 de 19 de septiembre.
- STS núm. 1288/2023 de 25 de septiembre.
- STS núm. 1502/2023 de 27 de octubre.
- STS núm. 1614/2023, de 21 de noviembre.
- STS núm. 1648/2023 de 27 de noviembre.
- STS núm. 1656/2023 de 27 de noviembre.
- STS núm. 38/2024 de 15 de enero.
- STS núm. 475/2024 de 8 de abril.
- STS núm. 516/2024 de 17 de abril.
- STS núm. 544/2024 de 23 de abril.
- STS núm. 546/2024 de 23 de abril.
- STJUE núm. C-26/2013, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014.
- STJUE núm. C-312/2014, Sala Cuarta, de 3 de diciembre de 2015.
- STJUE núm. C-186/2016, Sala Segunda, de 20 de septiembre.
- STJUE núm. C-154/2015, Sala Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016.

## VII. BIBLIOGRAFIA

- ADÁN DOMÈNECH, F. (2020). *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE*, Barcelona: Bosch, p. 122-123.
- AGÜERO ORTIZ, A. (2014). Las hipotecas multidivisa a examen. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, p. 1-8.
- ÁLVAREZ MORENO, M.<sup>a</sup> T. (2015). Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 2014/17. En: DÍAZ ALABART, S. (Dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. Madrid: Reus, p. 105-126.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2019). Transparencia “material” y función notarial en la Ley 5/2019: ¿Control, carga o trampa?. *El Notario del siglo XXI* [en línea], núm. 84, 2019, disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/9290-transparencia-material-y-funcion-notarial-en-la-ley-5-2019-control-carga-o-trampa>.
- HERNÁNDEZ SAINZ, E. (2017). El plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios: instrumentos para su garantía. *Indret*, núm. 4, p. 1-41.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2018). Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera: de la jurisprudencia al proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario. En: REYES SÁNCHEZ, L y VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*. Madrid: Reus, 129-148.
- MATE SATUÉ, L. C., “Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios. De la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, 2019, p. 335-360.
- NIETO CAROL, U. (2020). El Notario y el control de transparencia material. En PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (Dir.), *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y Comentarios*. Cizur Menor: Aranzadi, p. 237-322.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, p. 1.197-1238.
- (2019). El deber de transparencia en la Ley 19/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, p. 1-24.
- PRATS ALBENTOSA, L. (2020). Deberes y cargas de información pre-contractual y tutela notarial “ex ante” de su cumplimiento (en la financiación para la adquisición de vivienda e inmuebles de uso residencial. En PRATS ALBENTOSA, L. (Dir.), *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y Comentarios*, Cizur Menor: Aranzadi, p. 145-174.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, p. 235-265.

NOTAS

<sup>1</sup> La evolución judicial de la hipoteca multidivisa en España. Hacia un consenso jurídico a favor de los consumidores. Disponible en: <https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2016/06/160630-2-INFORME-Hipoteca-Multidivisa.pdf>.

<sup>2</sup> STS núm. 323/2015, de 30 de junio.

<sup>3</sup> Para una introducción general a los préstamos en moneda extranjera, *vid.* ÁLVAREZ MORENO, M.<sup>a</sup> T. (2015). Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 2014/17. en DÍAZ ALABART, S. *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*. Madrid: Reus, p. 105-126. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2018). Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera: de la jurisprudencia al proyecto de ley de contratos de crédito inmobiliario. En: REYES SÁNCHEZ, L y VÁSQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*. Madrid: Reus, p. 129-148.

<sup>4</sup> STS núm. 323/2015, de 30 de junio. *“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.”*

<sup>5</sup> STJUE núm. C-312/2014, Sala Cuarta, de 3 de diciembre de 2015. *“no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, 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.”* Las Audiencias Provinciales ya aplicaron el cambio en la jurisprudencia que supuso la STJUE núm. C-312-2014 antes de que el Tribunal Supremo lo confirmara en la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.

<sup>6</sup> STS núm. 599/2018 de 31 octubre. En esta sentencia el Tribunal se remite a los argumentos expuestos en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo.

<sup>7</sup> STJUE núm. C-26/2013, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014. *“los términos ‘objeto principal del contrato’ únicamente abarcan una cláusula, contenida en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera concluido entre un profesional y un consumidor, que no ha sido objeto de negociación individual, como la cláusula discutida en el litigio principal, en virtud de la cual la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo, si se aprecia, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones de ese contrato, así como a su contexto jurídico y de hecho, que esa cláusula establece una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza”.*

<sup>8</sup> STJUE núm. C-26/2013, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014. *“Por todo lo antes expuesto se ha de responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor;*

sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.”

<sup>9</sup> STJUE núm. C-186/2016, Sala Segunda, de 20 de septiembre. “Habida cuenta de todas estas consideraciones, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de ‘objeto principal del contrato’, en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato. Por consiguiente, esta cláusula no puede considerarse abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible.”

<sup>10</sup> STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.

<sup>11</sup> STS núm. 840/2013, de 20 de enero. “El deber de información y el error vicio. Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.” En el mismo sentido, *vid.* STS núm. 323/2015, de 30 de junio.

<sup>12</sup> STS núm. 460/2014, de 10 de septiembre. “En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la sentencia núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014”.

<sup>13</sup> AGÜERO ORTIZ, A. (2014). Las hipotecas multidivisa a examen. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, p. 1-8.

<sup>14</sup> STJUE núm. C-186/2016, Sala Segunda, de 20 de septiembre. “49. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), 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 (Recomendación A. Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).”

<sup>15</sup> Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de Crédito Inmobiliario (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019).

<sup>16</sup> STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre. “27. Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, 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.”*

<sup>17</sup> STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre. “31. Si bien el riesgo de un cierto incremento del importe de las cuotas de amortización, en los casos de préstamos denominados en divisas o indexados a divisas, por razón de la fluctuación de la divisa, podía ser previsto por el consumidor medio de este tipo de productos sin necesidad de que el banco le informara, no ocurre lo mismo con los riesgos que se han descrito en los anteriores párrafos. La percepción propia de un consumidor medio que concierne un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo.”

<sup>18</sup> STS núm. 840/2013, de 20 de enero; STS 716/2014, de 15 de diciembre; STS núm. 323/2015, de 15 de junio. “La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente.”

<sup>19</sup> STS núm. 323/2195, de 15 de junio. “El error que, siendo excusable, vicia el consentimiento es el que recae sobre la naturaleza y los riesgos del producto. Lo que no vicia el consentimiento, y no es por tanto adecuado para justificar la anulación del contrato, es la conducta de quien, conociendo el componente de elevada aleatoriedad del contrato y la naturaleza de sus riesgos, considera que puede obtener ganancias derivadas de esas características del contrato, yerra en el cálculo y, al contrario de lo que previó, obtiene pérdidas, no ganancias.

Lo expuesto lleva a concluir que no existió error que viciara el consentimiento y permitiera la anulación del contrato, pues, de haber existido una representación errónea por parte del contratante, lo que es más que improbable a la vista de su cualificación profesional y de las comunicaciones escritas que mantuvo con la entidad financiera demandada, tal error no sería excusable en atención a esa cualificación profesional.”

<sup>20</sup> PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, p. 1.200. Si el consumidor conoce los riesgos asociados al préstamo en divisas no podrá invocar un vicio del consentimiento por el hecho que resultase errada su expectativa sobre la evolución futura de la moneda.

<sup>21</sup> STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.

<sup>22</sup> STJUE núm. C-26/2013, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014. “83. En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse.

84. En efecto, tal anulación tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón puede penalizar a éste más que al

prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca.

85. *Por las anteriores consideraciones se ha de responder a la tercera cuestión prejudicial que 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.”*

<sup>23</sup> STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.

<sup>24</sup> STJUE núm. C-154/2015, Sala Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016.

<sup>25</sup> STS núm. 69/2021, de 9 de febrero.

<sup>26</sup> STS núm. 553/2021 de 20 julio.

<sup>27</sup> STS núm. 394/2022 de 10 mayo.

<sup>28</sup> STS núm. 613/2022 de 20 de septiembre. *“El recurso combate la base fáctica en que se apoya la sentencia de apelación, al cuestionar la admisión como prueba del anexo del documento “Primera Disposición”. Como ya dijimos al resolver el segundo motivo del recurso, el recurso de casación debe respetar los hechos fijados en la instancia. Con tales hechos probados, que han quedado incólumes en casación, no puede fundarse una supuesta falta de transparencia que pueda desembocar en una declaración de abusividad cuando consta que la demandada proporcionó información suficiente y clara sobre el funcionamiento y riesgos del préstamo en divisas.”*

<sup>29</sup> STS Pleno núm. 418/2023, de 28 de marzo.

<sup>30</sup> STS núm. 1614/2023, de 21 de noviembre.

<sup>31</sup> STS núm. 1502/2023 de 27 de octubre.

<sup>32</sup> STS núm. 1656/2023 de 27 de noviembre.

<sup>33</sup> STS núm. 1648/2023 de 27 de noviembre.

<sup>34</sup> Para una exposición general, vid. ADÁN DOMÈNECH, F. (2020). *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE*, Barcelona: Bosch, p. 122-123. STS núm. 599/2018 de 31 octubre; STS núm. 391/2021 de 8 junio; STS núm. 776/2021 de 10 de noviembre: *“Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es lo verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario, 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.*

*Por estas razones, es esencial que el banco informe al cliente sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización, como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del*

*préstamo, o la trascendencia que el incremento del capital pendiente de amortizar, computado en euros, le supondrá en caso de que pretenda cambiar desde la divisa al euro.”* La falta de información precontractual sobre los efectos adversos de la fluctuación de la moneda del préstamo no puede convalidarse por el ejercicio del consumidor de su derecho a cambiar la moneda o por el uso continuado de la banca electrónica. En este sentido, vid. STS núm. 420/2022 de 24 mayo.

<sup>35</sup> Para una aproximación general al control de transparencia material que prevé la LCCI, *vid.* MATE SATUÉ, L. C. (2019). Transparencia material en la contratación de los préstamos hipotecarios. De la expresión manuscrita de la Ley 1/2013 a los mecanismos llamados a cumplir la misma función en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario. *Revista de Derecho Civil*, núm. 1, p. 335-360.

<sup>36</sup> STS núm. 516/2024 de 17 de abril.

<sup>37</sup> STS núm. 38/2024 de 15 de enero.

<sup>38</sup> STS núm. 475/2024 de 8 de abril.

<sup>39</sup> STS núm. 1054/2023 de 28 de junio.

<sup>40</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). El deber de transparencia en la Ley 19/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, p. 9. El plazo de diez días es de reflexión e irrenunciable, por lo que no puede autorizarse la escritura pública antes de este plazo. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ SAINZ, E. (2017). El plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios: instrumentos para su garantía. *Indret*, núm. 4, p. 9.

<sup>41</sup> Durante el plazo de diez días la información precontractual contenida en la FEIN no podrá modificarse ni el prestamista podrá revocar su oferta vinculante (art. 14.1.a) LCCI).

<sup>42</sup> Sobre la actuación del Notario en el ámbito de la LCCI, *vid.* SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, p. 254-261. La intervención del Notario es imperativa, y no facultativa a instancias del consumidor, al contrario de lo previsto en las Órdenes Ministeriales de 5 de mayo de 1994 y de 28 de octubre de 2011, que reconocía el derecho al prestatario de examinar el proyecto de escritura de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a la firma.

<sup>43</sup> Sobre el acta notarial de información previa, *vid.* NIETO CAROL, U. (2020). El Notario y el control de transparencia material. En PRATS ALBENTOSA, L. (Dir.), *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y Comentarios*. En Cizur Menor: Aranzadi, p. 297-318. CÁMARA LAPUENTE, S., “Transparencia “material” y función notarial en la Ley 5/2019: ¿Control, carga o trampa?”, *El Notario del siglo XXI* [en línea], núm. 84, 2 disponible en: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/9290-transparencia-material-y-funcion-notarial-en-la-ley-5-2019-control-carga-o-trampa>. “*Estos actos acaecidos y constatados (información, asesoramiento y manifestación del prestatario) harán indudablemente más difícil que prospere judicialmente la alegación de prestatario de no haber conocido las consecuencias jurídicas y económicas de las cláusulas aceptadas, pues habrá constancia de la actividad documental y presencial desplegada por el prestamista y el notario, pero no imposibilitan que un tribunal declare incumplido el principio de transparencia material, si a la luz de las pruebas que se practiquen el juez considera que un consumidor en las circunstancias probadas no hubiera llegado a esa comprensión real*”.

<sup>44</sup> STS núm. 367/2017, de 8 de junio: “*La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato.*”

<sup>45</sup> PRATS ALBENTOSA, L. (2020). “Deberes y cargas de información pre-contractual y tutela notarial “ex ante” de su cumplimiento (en la financiación para la adquisición de vivienda e inmuebles de uso residencial)”, en PRATS ALBENTOSA, L. (Dir.), *Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario. Estudios y Comentarios*. Aranzadi: Cizur Menor, p. 172. “Esta función no supone, en caso alguno, que el notario, al asesorar al prestatario o garante, sustituya al prestamista, o a sus asimilados, en su deber de cumplir con el principio de transparencia material [...] pues tiene por finalidad verificar su cumplimiento”. STS núm. 367/2017, de 8 de junio: “cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual.”

<sup>46</sup> STS núm. 544/2024 de 23 de abril; STS núm. 1264/2023 de 19 de septiembre.

<sup>47</sup> STS núm. 613/2022 de 20 de septiembre. En el mismo sentido, vid. STS núm. 1238/2023 de 18 de septiembre; STS núm. 546/2024 de 23 de abril; STS núm. 1288/2023 de 25 de septiembre.

*Trabajo recibido el 3 de junio de 2024 y aceptado  
para su publicación el 19 de julio de 2024*