

“*Non est aurum omne quod radiat*”: gastos hipotecarios e hipotecas multidivisa

(Publicado en *La Ley Mercantil*, n.º 40, 2017; versión corregida)

José Ruiz-Gallardón

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. GASTOS HIPOTECARIOS. 2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23/12/2015. 2.1.1. Nulidad de la cláusula de gastos de BBVA. 2.1.2. Gastos Notariales y Registrales. 2.1.3. Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. 2.2. Análisis de la cuestión. 2.2.1. Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. 2.2.2. Gastos Notariales. 2.2.3. Gastos Registrales. 2.2.4. Gastos de Tasación. 2.2.4. Gastos de Gestoría. III. HIPOTECAS MULTIDIVISA. 3.1. Origen de la controversia: la Sentencia del Tribunal Supremo de 30/06/2015. 3.2. La hipoteca multidivisa como contrato distinto de un instrumento financiero. 3.2.1. Criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 3.2.2. ¿Qué criterio prevalece en caso de contradicción entre el TJUE y el Tribunal Supremo? 3.2.3. Pronunciamiento de la Autoridad Europea de Valores y Mercados. 3.2.4. Sentencias de las Audiencias Provinciales anteriores a la STS 30/06/2015. 3.2.5. Sentencias de Audiencias Provinciales posteriores a la STJUE de 3/12/2015.

RESUMEN: Este trabajo analiza las recientes controversias generadas en torno a (i) los gastos relativos a la formalización de préstamos hipotecarios y (ii) la clasificación de las llamadas hipotecas multidivisa como instrumentos financieros.

ABSTRACT: This paper aims to analyse the recent controversies in Spain as to the (i) the expenses related to the execution of mortgages and (ii) the classification of multicurrency mortgages as financial instruments.

PALABRAS CLAVE: gastos hipotecarios, hipoteca Multidivisa, instrumentos financieros.

KEYWORDS: mortgage expenses, fees and costs, multicurrency mortgage, financial instruments.

I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho innegable que en España se cometieron auténticas barrabasadas (dignas del personaje bíblico) en la comercialización a minoristas de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada. Lo anterior no significa, ni mucho menos, que toda la colocación de ese tipo de productos se hiciese de manera incorrecta. Pero si es verdad que hubo casos tan palmariamente erróneos que a nadie le pudo sorprender la reacción social, política y de la Justicia que esta cuestión trajo consigo.

Como esos productos se vendieron a una ingente cantidad de personas, el resultado estaba servido: llegaron las llamadas “reclamaciones en masa”. Y el sector jurídico –siempre bien preparado para adaptarse a la realidad social– reaccionó en consecuencia. Surgieron una serie de firmas especializadas en

este tipo de procedimientos que, por muchas y diferentes razones, tuvieron un éxito innegable en sus pretensiones.

Pero todo lo bueno se acaba. Aunque nunca llueve a gusto de todos, se puede decir que nuestra Justicia y las propias entidades emisoras de híbridos (o, más bien, sus “herederas” jurídicas) han sabido responder correctamente –y en ocasiones, con inaudita generosidad– al problema. Y, como toda organización lucrativa debe velar por sus fines, las firmas especializadas en productos híbridos se han visto abocadas a reinventarse. Cláusulas suelo, gastos hipotecarios e hipotecas multidivisa son algunas de las nuevas causas de las que se ha hecho bandera. Pero, por suerte o por desgracia, no es oro todo lo que reluce y puede que la historia no se repita.

El presente trabajo tiene por objeto analizar dos de las referidas polémicas. En concreto, las generadas en torno a (i) los gastos relativos a la formalización de préstamos hipotecarios y (ii) la clasificación de las llamadas hipotecas multidivisa como instrumentos financieros.

Podemos adelantar que nuestra conclusión es que (i) no es tan claro que la nulidad de la cláusula que regula quién debe asumir los gastos derivados de la formalización de un préstamo hipotecario implique *per se* que todos ellos deban ser devueltos al consumidor y, por tanto, asumidos por la entidad financiera (sino más bien al contrario); (ii) ni tampoco parece defendible que las hipotecas multidivisa deban ser consideradas instrumentos financieros y, por tanto, sujetas a la normativa aplicable a la comercialización de ese tipo de productos.

Creemos que estas cuestiones (así como muchas otras que habrá que analizar caso a caso) deberían ser tenidas en cuenta a la hora de valorar el potencial éxito de este tipo de reclamaciones.

II. GASTOS HIPOTECARIOS

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 23 de diciembre del 2015 dictada por la Sala de lo Civil (la “**STS de 23/12/2015**”; ver [enlace](#)), desestimó el recurso de casación interpuesto por BBVA y Banco Popular contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de julio de 2013 que declaró, entre otras, el carácter abusivo y, en consecuencia, la nulidad de la cláusula del préstamo hipotecario tipo de BBVA que atribuía al prestatario la totalidad de los gastos relativos a la formalización de la hipoteca.

A pesar de que la STS de 23/12/2015 se refería a un concreto modelo de préstamo utilizado por BBVA, lo cierto es que ese tipo de cláusula está incluida de una forma u otra en la mayoría de los préstamos hipotecarios del resto de entidades financieras. Por ello, a raíz de la referida sentencia, se ha producido un efecto de reclamación en masa por parte de los consumidores solicitando la devolución de los gastos hipotecarios.

En la práctica, los gastos hipotecarios se pueden desglosar en los siguientes conceptos: (i) los costes derivados del otorgamiento ante Notario de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria (los “**Gastos Notariales**”); (ii) los costes que genera la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad correspondiente (los “**Gastos Registrales**”); (iii) el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (“**AJD**”) que se devenga por el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario; (iv) los gastos de la tasación previa del inmueble que se pretende hipotecar (los “**Gastos de Tasación**”); y (v) los gastos de gestión relacionados con la liquidación del AJD y la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad (los “**Gastos de Gestoría**”).

2.1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23/12/2015

A efectos de claridad, vamos a dividir el análisis de la STS de 23/12/2015 en tres apartados: (i) en primer lugar, se exponen los motivos por los que el Tribunal Supremo consideró nula la cláusula de gastos de BBVA (apartado 2.1.1); (ii) en segundo lugar, se expone el análisis particular que la STS de 23/12/2015 hizo de los Gastos Notariales y Registrales (apartado 2.1.2); y (iii) por último, se expone el análisis específico que el Tribunal Supremo hizo sobre el AJD (apartado 2.1.3).

Cabe señalar que, si bien el Tribunal Supremo ha sido contundente en declarar la nulidad de la referida cláusula de gastos, no ha sido excesivamente clarificador respecto de a quién, una vez declarada nula dicha cláusula, corresponde asumir los gastos hipotecarios (y eso trata de dilucidar este trabajo).

2.1.1. Nulidad de la cláusula de gastos de BBVA

Como se ha indicado, la STS de 23/12/2015 declaró nula la cláusula de gastos del préstamo hipotecario tipo de BBVA.

En concreto, dicha cláusula atribuía al deudor hipotecario “*todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación –incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía– y ejecución del contrato*”.

Pues bien, el Tribunal Supremo estimó que dicha cláusula debía reputarse nula, en cuanto abusiva, por imputar al consumidor –en exclusiva y sin distinción alguna– todos los costes y tributos derivados del préstamo.

El Tribunal Supremo basó su conclusión en lo previsto en el artículo 89.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (“**LGDCU**”)¹ que califica como abusivas:

(A) en todo caso, (i) *“la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables”* (art. 89.3.2º LGDCU), así como (ii) *“la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”* (art. 89.3.3º LGDCU);

(B) cuando se trate de compraventa de viviendas (y el Tribunal Supremo entiende que la utilización de este precepto es acertada para préstamos hipotecarios), (i) *“estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario”* (art. 89.3.3º letra a LGDCU) y (ii) *“la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario”* (art. 89.3.3º letra c LGDCU); y

(C) las cláusulas que tienen por objeto (i) *“la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados”* (art. 89.3.4º LGDCU); y (ii) *“los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”* (art. 89.3.5º LGDCU).

2.1.2. Gastos Notariales y Registrales

Aunque sin hacer referencia expresa en la STS de 23/12/2015 a la normativa reglamentaria que regula los derechos u honorarios de los Notarios y de los Registradores, el Tribunal Supremo construye su análisis de los Gastos Notariales y Registrales sobre la base de dichas normas. En concreto, sobre la base de:

(A) la norma sexta del Anexo II del Arancel de los Notarios² (el “**Arancel Notarial**”) que dispone que, en primer lugar, *“la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario”* y, subsidiariamente, *“a los interesados según las normas sustantivas y fiscales”*; y

¹ 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 (ver [enlace](#)).

² Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (ver [enlace](#)).

(B) la norma octava del Anexo II del Arancel de los Registradores³ (el “**Arancel Registral**”) que dispone que “*los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado*”. Por su parte, el artículo 6 de la Ley Hipotecaria hace referencia a “*quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir*”.

Pues bien, el Tribunal Supremo considera que el principal interesado en la escrituración e inscripción del contrato de préstamo hipotecario es la entidad de crédito “*pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (art.1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art.685 LEC)*”.

No obstante, a renglón seguido el Tribunal Supremo afirma que la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa de los Gastos Notariales y Registrales pues, aunque “*la garantía se adopta en beneficio del prestamista*”, también es cierto que “*el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca*”. Sin embargo, por desgracia, el Tribunal Supremo no especifica cómo debe hacerse esa “*distribución equitativa*”.

En conclusión, no creemos que se pueda afirmar tajantemente que el Tribunal Supremo haya dicho que, declarada nula la cláusula de gastos, corresponde a la entidad financiera asumir la totalidad de los Gastos Notariales y Registrales. Por el contrario, como exponemos en el apartado 2.2 siguiente, entendemos que lo que corresponde hacer es –en ausencia de cláusula de gastos por entenderse nula y, por tanto, por no puesta– acudir a la normativa aplicable para determinar a quién corresponde asumir esos gastos.

2.1.3. Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados

En primer lugar, la STS de 23/12/2015 se refiere a lo previsto a los artículos 8 d) y 15.1 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (“**LITPAJD**”)⁴, que establecen que en la constitución de derechos de hipoteca en garantía de un préstamo el sujeto pasivo del impuesto (en adelante, “**ITPAJD**”), en su modalidad de transmisiones patrimoniales, es el prestatario.

³ Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad (ver [enlace](#)).

⁴ Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ver [enlace](#)).

No obstante (y lo que sigue es una aclaración nuestra para poder entender la STS de 23/12/2015), los préstamos hipotecarios concedidos por las entidades de crédito se sujetan al Impuesto sobre el Valor Añadido, si bien están exentos de su pago⁵. Y, por tanto, no están sujetos al ITPAJD por el citado concepto de transmisiones patrimoniales onerosas, sino únicamente por el de actos jurídicos documentados⁶.

Por lo anterior, el Tribunal Supremo se refiere al artículo 27 de la LITPAJD, conforme al que quedan sujetos a la modalidad de actos jurídicos documentados los documentos notariales, siendo sujeto pasivo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 del mismo texto legal, el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales o aquellos en cuyo interés se expidan.

Así, el Tribunal Supremo concluye que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse de la operación y especifica que, al menos en lo que respecta a los actos jurídicos documentados, la entidad bancaria prestamista “*será sujeto pasivo en lo que respecta a la constitución del derecho de garantía hipotecaria y, en todo caso, en la expedición de las copias, actas y testimonios que interese*”.

En definitiva, y aunque –como exponemos en el apartado 2.2.1 siguiente– creemos que la conclusión a la que ha llegado el Tribunal Supremo es incompleta, lo cierto es que la STS de 23/12/2015 parece concluir que el AJD debe ser asumido por la entidad financiera.

2.2. Análisis de la cuestión

Tomando como base para nuestro estudio una serie de recientes pronunciamientos judiciales, analizamos a continuación cada uno de los conceptos que componen los gastos hipotecarios para tratar de determinar a qué parte corresponde asumir los mismos. Aunque ello supone romper la sistemática de este trabajo, vamos a analizar en primer lugar a qué parte (prestador o prestatario) corresponde, en nuestra opinión, asumir el AJD. Lo hacemos así pues, como exponemos en el apartado 2.2.2 siguiente, creemos que a la misma parte a la que le corresponda asumir el AJD le corresponde asumir también los Gastos Notariales.

⁵ Vid. art. 5, 11.12 y 20.1.18 c) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (ver [enlace](#)).

⁶ Vid. art. 7.5 de la LITPAJD y art. 31.2 y 74.2 del Real Decreto 828/1995, de 28 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ver [enlace](#)) (“RITPAJD”).

2.2.1. Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados

En el análisis que hizo el Tribunal Supremo respecto de quién debe ser el sujeto pasivo del AJD en un préstamo hipotecario no se tuvo en cuenta una serie de cuestiones muy relevantes.

En primer lugar, el Tribunal Supremo no tuvo en cuenta lo establecido en artículo 68 del RITPAJD, que complementa lo dispuesto en el artículo 29 de la LITPAJD, y que aclara que *“cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario”*.

Tampoco tuvo en cuenta el Tribunal Supremo la doctrina administrativa fijada por la Dirección General de Tributos, que en la Consulta Vinculante número 0009/00 de 12 de enero de 2000 señala que *“la cuestión de si la condición de sujeto pasivo del impuesto en caso de préstamos hipotecarios concedidos por una entidad financiera la ostenta la entidad prestamista o el prestatario, la resuelve el artículo 68 del Reglamento del Impuesto, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, que, después de declarar que «Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan», reproduciendo el contenido del artículo 29 del Texto Refundido del Impuesto, Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, añade que «Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario»”*.

Tampoco tomó en consideración la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, que ha confirmado que el sujeto pasivo es el deudor hipotecario. En este sentido, de acuerdo con la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004 (ver [enlace](#)), el adquirente del bien o derecho a que se refiere el artículo 29 de la LITPAJD *“sólo puede ser el prestatario (...) porque el «derecho» a que se refiere el precepto es el préstamo que refleja el documento notarial, aunque este se encuentre garantizado con hipoteca y sea la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad elemento constitutivo del derecho de garantía”*. Y en igual sentido se pronuncian las sentencias de esa Sala de 27 de marzo (ver [enlace](#)) y de 31 de octubre de 2006 (ver [enlace](#)).

La referida sentencia de 20 de enero de 2004 precisa, además, que el artículo 68 del RITPAJD no incurre en una extralimitación del artículo 29 de la LITPAJD. La constitucionalidad del artículo 68 ha sido confirmada por el Pleno del Tribunal Constitucional mediante autos de 18 de enero (ver [enlace](#)) y 24 de mayo de 2005 (ver [enlace](#)), por los que inadmitió sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra ese precepto.

La doctrina administrativa y la jurisprudencia contencioso-administrativa aludidas tienen especial relevancia en este caso, puesto que la propia Sala de lo Civil del

Tribunal Supremo ha reconocido que no corresponde a la jurisdicción civil determinar quién es el sujeto pasivo de un impuesto, sino a la Administración y a la jurisdicción contencioso-administrativa (sentencias de 26 de mayo de 1993 y 27 de septiembre de 2000 –ver [enlace](#)–).

De hecho, recientes sentencias del orden jurisdiccional civil se separan del criterio seguido por la STS de 23/12/2015 y, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia contencioso-administrativa, estiman que el sujeto pasivo del AJD en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria es el prestatario, en virtud de lo establecido en el artículo 68 del RITPAJD⁷.

En concreto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 4 de noviembre de 2016, declara que *“la operación está sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, cuyo sujeto pasivo es el adquirente, considerándose en este caso por tal al prestatario (art.29 RDL 1/1993, de 24 de septiembre; art.68.II de su Reglamento, aprobado por RD 828/1995), de modo que la cláusula no alteraría la norma tributaria referida al obligado al pago y no coloca al consumidor en una posición menos favorable que la prevista por la ley”*.

En este mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de marzo de 2017 *“la cuestión del obligado tributario del impuesto de AJD en los préstamos hipotecarios concedidos por los sujetos pasivos de IVA -entre ellos, las entidades de crédito-, (obligación indisponible para el deudor y el acreedor, mediante pacto, frente a la Hacienda Pública por imperativo legal) ya fue resuelta por la Sala TERCERA [sic.] del Tribunal Supremo, del orden Contencioso Administrativo, que es la competente, en reiterada jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de treinta y uno de octubre de dos mil seis, recurso de casación núm. 4593) y que ha declarado que el sujeto pasivo de dicho Impuesto es el deudor hipotecario”*.

Esta postura también está siendo acogida por la doctrina. Cabe destacar, entre otros, los siguientes trabajos: (i) B. Mambrilla Lorenzo y P. Álvarez Barbeito en *“Declaración de nulidad de las cláusulas de gastos en préstamos hipotecarios. Implicaciones respecto del impuesto sobre actos jurídicos documentados”* (ver [enlace](#)); y (ii) J. Zejalbo Martín en *“Últimas consideraciones sobre AJD en los préstamos hipotecarios”* (ver [enlace](#)) y *“Anulación de contrato por error fiscal, y pacto sobre pago de impuestos en la venta de viviendas militares y en los contratos con consumidores”* (ver [enlace](#)).

En definitiva, creemos que, declarada nula la correspondiente cláusula que regule la cuestión, el pago del AJD correspondería al deudor hipotecario como sujeto pasivo del impuesto.

⁷ Vid. sentencias de (i) las Audiencias Provinciales de Alicante de 4 de noviembre de 2016; Asturias de 25 de noviembre de 2016 y 1 de febrero de 2017, respectivamente; y (ii) Juzgado de Primera Instancia número 11 de Oviedo de 9 de diciembre de 2016.

2.2.2. Gastos Notariales

Respecto de los Gastos Notariales, merece la pena, de nuevo, detenerse en la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de marzo de 2017. En ella, con el objeto de determinar si el consumidor ha pagado indebidamente los Gastos Notariales, la Audiencia acude a la norma sexta del Anexo II del Arancel Notarial, que, como se ha expuesto, impone el pago de los derechos del Notario a quien hubiere requerido su intervención y, subsidiariamente, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales.

Pues bien, la Audiencia entiende que carece de elementos de juicio para conocer quién ha requerido la intervención del Notario, por lo que toma en consideración únicamente al segundo criterio fijado en el Arancel; es decir, los interesados de acuerdo con las normas sustantivas y fiscales. Así, la Audiencia declara que el obligado al pago de los Gastos Notariales es el consumidor, puesto que es el sujeto pasivo del AJD, que se devenga con la formalización en escritura pública del contrato de préstamo hipotecario, y, por tanto, es el interesado según las normas fiscales a que se refiere el Arancel Notarial. De acuerdo con la Audiencia, *“en el segundo criterio fijado en el Arancel, se viene a imputar los gastos de las escrituras al obligado fiscalmente al pago del impuesto de ellas derivado (...), que no es otro que el prestatario”*.

Otros Tribunales, en línea con lo señalado por el Tribunal Supremo, han entendido que cabe una distribución equitativa de los Gastos Notariales. En este sentido, cabe destacar:

(A) la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº10 de Bilbao de 5 de abril de 2017, que consideró que los gastos notariales deberían ser repartidos al 50% entre las partes, por entender que ambas partes están interesadas en la formalización de la operación ante Notario, pues el deudor *“cuenta con el asesoramiento de un notario que debe velar por el respeto de los derechos de consumidores y usuarios (artículo 147 del Reglamento Notarial), y con la fijación en la escritura de una serie de cuantías máximas que no pueden ser rebasadas en el caso de eventual ejecución”* y la entidad financiera *“cuenta con una escritura pública que le permite inscribir su garantía en el Registro de la Propiedad y que constituye título ejecutivo”*; y

(B) la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barakaldo de 27 de marzo de 2017, que consideró que *“la intervención de notario interesa a ambas partes, ya que ambas partes obtienen copias de las escrituras, con el correspondiente tributo que conlleva el documento notarial, y en concreto el prestatario ve fijado el importe máximo del préstamo en la escritura, y otras cuantías que no pueden ser rebasadas en el caso de una eventual ejecución. Así, es de mayor justicia que las partes asuman los gastos notariales al 50%”*.

No obstante, parece que, al considerar a ambas partes como interesadas, estos Juzgados lo que utilizan es un criterio de mera equidad, pues olvidan que la norma sexta del Anexo II del Arancel Notarial se refiere a “*interesados según las normas sustantivas y fiscales*” y ninguna de las sentencias hace referencia a normativa alguna.

2.2.3. Gastos Registrales

Por lo que se refiere a los Gastos Registrales, la mayoría de Tribunales han entendido que lo que el Tribunal Supremo vino a decir en la STS de 25/12/2015 es que, por aplicación del Arancel Registral, el obligado al pago de los Gastos Registrales es la entidad financiera por ser la parte a cuyo favor se inscribe el derecho de hipoteca (*vid.*, entre otras, la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 28 de marzo de 2017).

No obstante, cabe señalar que, al igual que en el caso de los Gastos Notariales, parece que el Tribunal Supremo también dio a entender en la STS de 25/12/2015 que cabría una distribución equitativa de los Gastos Registrales⁸. Sin embargo, de nuevo, creemos que este criterio tiene difícil encaje en la normativa de aplicación (esto es, el Arancel Registral).

2.2.4. Gastos de Tasación

La STS de 23/12/2015 no trata los Gastos de Tasación, pero la posición mayoritaria entre la jurisprudencia menor es que la atribución de los mimos al deudor hipotecario no es abusiva ni infringe norma imperativa alguna. Los tribunales consideran que quien acude a una entidad de crédito a solicitar un préstamo debe facilitar los datos de la finca que pretende hipotecar como garantía y, entre ellos, su valor.

De acuerdo con la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de diciembre de 2013, la tasación del inmueble es “*un dato necesario para fijar el valor de la garantía con la que se gravaría el préstamo hipotecario solicitado, de modo que la tasación a realizar no es una actividad bancaria, pues la entidad financiera requiere la tasación como un elemento más para estudiar y valorar el préstamo hipotecario solicitado*”. Dicha sentencia añade que la tasación constituye “*uno de los datos requeridos para poder evaluar la garantía, correspondiendo su aportación a quien demanda o solicita el préstamo, pues es consciente de que la tasación forma parte o es un elemento constitutivo de la documentación exigida para su valoración*”, y concluye señalando que resulta

⁸ En este sentido, *vid.* PELÁEZ SANZ, F.J.: «El pago de los gastos derivados de un préstamo hipotecario después de la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre del Tribunal Supremo», en *Cláusulas suelo y Gastos hipotecarios: ¿se puede negociar con el banco?*, Cizur Menor, 2017, pág. 314.

“inteligible que tales gastos los asuma el prestatario o posible prestatario aun cuando no culmine con éxito la negociación”.

Por su parte, la ya mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de mayo de 2014 señala que *“la imputación al comprador hipotecante de los gastos de tasación del inmueble y los de comprobación de su situación registral no suscita dudas de legalidad. Se trata de gastos precontractuales que normalmente asume el comprador en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal como, en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca”.*

Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de octubre de 2016 considera que *“quien debe acreditar que el inmueble tiene un valor suficiente para responder del préstamo es la parte que lo ofrece como garantía, que es el prestatario”.*

Otras sentencias que confirman la legalidad de la atribución de dicho gasto al consumidor son las de las Audiencias Provinciales de Huelva, La Rioja, Vizcaya y Alicante, de 24 de febrero, 16 de junio, 19 de octubre y 4 de noviembre de 2016, respectivamente.

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede obviar que, en la práctica, suelen ser entidades “colaboradoras” de la entidad financiera correspondiente quienes suelen realizar las tasaciones. Quizá lo anterior podría llegar a interpretarse como una imposición abusiva. Pero no se puede olvidar tampoco que el artículo tercero bis I) de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (ver [enlace](#)) establece que *“las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que, sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación”.* Así, no parece razonable argumentar que el tasador se impone al consumidor, cuando la ley les reconoce a éstos plena libertad para aportar su propia tasación.

2.2.4. Gastos de Gestoría

Este concepto tampoco se trata en la STS de 23/12/2015, ni existe jurisprudencia sobre el carácter abusivo de esta estipulación más allá de unas pocas sentencias de Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián de 23 de diciembre de 2015 considera que la estipulación que impone los gastos de gestoría al

deudor hipotecario por las gestiones relativas a la inscripción de la escritura de préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad y el pago de AJD no tiene carácter abusivo, porque *“tratándose de actuaciones necesarias para el otorgamiento del préstamo hipotecario solicitado por el consumidor, no se aprecia desequilibrio por el hecho de que sea él quien asuma los gastos de gestoría”*.

Por su parte, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo de 9 de diciembre de 2016, ya citada, señala que es preciso discriminar el objeto de la gestión. Así, considera que *“resulta abusiva la cláusula cuando se refiere a la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y Notaría”*. En cambio, el Juzgado estima que no resultan abusivos los gastos relativos a la liquidación del gravamen de AJD ante la oficina liquidadora, por entender, siguiendo el criterio de la jurisprudencia contencioso-administrativa, que corresponde su pago al deudor hipotecario.

Es probable que el criterio que sigan los tribunales sea este último; es decir, que deudor hipotecario y entidad de crédito se repartan los Gastos de Gestión en función de los trámites cuyo coste les corresponde asumir a cada uno.

III. HIPOTECAS MULTIDIVISA

Se denomina comúnmente como “hipotecas multidivisa” a préstamos con garantía hipotecaria, a interés variable, en los que la entrega del capital y las cuotas de amortización se referencian a una divisa distinta del euro (y que podrá ser modificada, a elección del prestatario, durante la vida del préstamo) con el objeto de obtener un potencial beneficio –que también se podrá traducir en pérdidas– anudado al juego del tipo de cambio.

Existe actualmente una controversia sobre si las hipotecas multidivisa deben ser o no calificadas como instrumentos financieros. De ser consideradas como tales, la comercialización de las hipotecas multidivisa estaría sujeta a las obligaciones de información previstas en la Directiva 2004/39/CE (“**Directiva MiFID**”)⁹, que fueron transpuestas a nuestro ordenamiento en los artículos 209 a 217 (antes artículos 79 y 79 bis) de la Ley de Mercado de Valores (“**LMV**”)¹⁰ y su normativa de desarrollo. Por el contrario, si las hipotecas multidivisa no fuesen así calificadas, su comercialización a particulares estaría sujeta a la normativa de consumo aplicable a la contratación de préstamos hipotecarios¹¹.

⁹ Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (ver [enlace](#)).

¹⁰ Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (ver [enlace](#)).

¹¹ Fundamentalmente, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (ver [enlace](#)); 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

Analizamos a continuación la referida controversia. Podemos adelantar que nuestra conclusión es que las hipotecas multidivisa no son instrumentos financieros sino simples contratos de préstamo en divisa, con la particularidad de que el prestatario podrá modificar la divisa de referencia durante la vida del préstamo. Por lo tanto, a la hora de determinar si una hipoteca multidivisa ha sido o no correctamente comercializada, deberá acudirse a la referida normativa de consumo aplicable a la contratación de préstamos hipotecarios.

3.1. Origen de la controversia: la Sentencia del Tribunal Supremo de 30/06/2015

La controversia surge con la Sentencia de 30 de junio de 2015 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (la “**STS de 30/06/2015**”; ver [enlace](#)), en la que se calificó una hipoteca multidivisa de BBVA como instrumento financiero por entender que encajaba en la figura de los “*instrumentos financieros derivados relacionados con [...] divisas*” prevista en el artículo 2.2 de la LMV.

En concreto, el Tribunal Supremo consideró que las hipotecas multidivisa debían ser calificadas como instrumentos financieros derivados “*por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de la amortización del préstamo y el cálculo pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera*”.

Un instrumento financiero derivado es un producto financiero cuyo valor se basa en el precio de otro activo (el activo subyacente). El Tribunal Supremo entendió que el valor del capital de la hipoteca multidivisa –considerado como producto financiero– depende de la divisa –considerada como activo subyacente–, puesto que el tipo de cambio no sólo aplica a las cuotas de amortización (“*de modo que si esa divisa se deprecia el importe en euros será menor, y se aprecia, será mayor*”), sino que además se utiliza “*para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado*”.

Pero creemos que el Tribunal Supremo no tuvo en cuenta que, en una hipoteca multidivisa, el capital del préstamo no es cambiante, sino que siempre está

(ver [enlace](#)); la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (ver [enlace](#)); la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (ver [enlace](#)); la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (ver [enlace](#)); y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (ver [enlace](#)).

referido a la divisa elegida por el prestatario. Cuestión distinta es que, por la evolución del tipo de cambio, haga falta en cada momento cambiar más o menos euros para comprar la divisa en la que se debe devolver ese capital.

3.2. La hipoteca multdivisa como contrato distinto de un instrumento financiero

3.2.1. Criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”), en su Sentencia de 3 de diciembre de 2015 (la “**STJUE de 03/12/2015**”; ver [enlace](#)), analizando una cuestión prejudicial proveniente del Tribunal del distrito de Ráckeve, Hungría, consideró que un préstamo al consumo (concretamente, destinado a la adquisición de un vehículo) denominado en divisas –con un mecanismo de funcionamiento similar al de las hipotecas multdivisa– no debería ser calificado como instrumento financiero. En concreto, el funcionamiento del préstamo que analiza la STJUE de 3/12/2015 era el siguiente: el capital se fijaba en divisa extranjera (previo cálculo de la cantidad requerida por el cliente en la moneda nacional, según el tipo de cambio del momento de concesión del préstamo), produciéndose el desembolso de dicho capital idénticamente en la divisa extranjera. Tras ello, el banco compraba al cliente dichas divisas (se las cambiaba) entregando su contravalor en moneda nacional (forintos), según el tipo de cambio del día de desembolso. Por otro lado, el cliente se obligaba a devolver la cantidad adeudada en la divisa extranjera, por lo que, cada vez que debía realizar un reembolso el banco le vendía (cambiaba) dicha divisa a cambio de sus forintos al tipo de cambio del momento de la amortización, para que pudiera hacer frente a su obligación reembolso del capital prestado en divisa extranjera.

Así, la STJUE de 03/12/2015 analiza si un préstamo en divisas puede ser categorizado como: (i) actividad de inversión de las previstos en el anexo I, sección A de la Directiva MiFID; (ii) servicio auxiliar de los previstos en la sección B del referido anexo; o (iii) instrumento financiero de los previstos en la sección C del referido anexo de la Directiva MiFID.

En primer lugar, el TJUE entiende que los préstamos en divisas no son actividades de inversión, pues el cambio de divisas que se produce no tiene “*otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario*”.

El TJUE tampoco considera que los préstamos en divisa puedan calificarse como servicios auxiliares, pues “*esto sólo sucede si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en*

la operación". Y, en el caso de análisis, el préstamo no estaba destinado a la realización de operaciones de inversión; de hecho, su finalidad era, como se ha mencionado, la adquisición de un vehículo.

Por último, también rechaza el TJUE la posibilidad de que los préstamos en divisa sean calificados como instrumentos financieros, y en particular que sean contratos de futuros. Para ello, el TJUE se remite a la acepción habitual de contrato de futuros del Derecho financiero: *"tipo de contrato mediante el cual dos partes se obligan la una a comprar y la otra a vender, en una fecha posterior, un activo denominado «subyacente» a un precio que se fija en el momento de la celebración del contrato"*. El TJUE (a diferencia del Tribunal Supremo español) entiende que ninguna de las características anteriormente mencionadas se da en los préstamos en divisa.

En definitiva, para el TJUE las cláusulas de un contrato de préstamo en divisa relativas a la conversión de euros en la divisa de referencia no constituyen, en sí mismas, un instrumento financiero distinto, sino únicamente una modalidad de ejecución propia del objeto del referido contrato.

3.2.2. ¿Qué criterio prevalece en caso de contradicción entre el TJUE y el Tribunal Supremo?

La contradicción entre la STS de 30/06/2015 y STJUE de 03/12/2015 ha generado dudas sobre el criterio al que deben atender, en estos supuestos, los órganos jurisdiccionales nacionales.

En este sentido, debe señalarse que: (i) el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (ver [enlace](#)) atribuye la competencia de interpretar el derecho comunitario (como es el caso de la Directiva MiFID) al TJUE; (ii) el artículo 4 bis.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹² establece que los tribunales españoles aplicarán el derecho comunitario de conformidad con la jurisprudencia del TJUE; y (iii) según la Recomendación del TJUE a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales 2012/C 338/01 (ver [enlace](#)), las decisiones del TJUE sobre cuestiones prejudiciales tienen fuerza de cosa juzgada y resultan obligatorias, no sólo para el órgano jurisdiccional que ha remitido la cuestión prejudicial, sino también para todos los órganos jurisdiccionales nacionales de los demás Estados Miembros.

Así, la STJUE de 03/12/2015 debe primar sobre la STS de 30/06/2015.

No obstante, debe señalarse que la Audiencia Provincial de Valladolid, en su Sentencia de 4 de mayo de 2017 (ver [enlace](#)), ha sostenido que: *"El hecho de que el TJUE, como máximo intérprete de la Directiva, haya dicho que en ella no*

¹² Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (ver [enlace](#)).

se incluyen las hipotecas de las multdivisa, esto es, en ese ámbito mínimo de la Directiva, no resulta incompatible con el hecho de que el TS, competente para interpretar la legislación española, si incluye la hipoteca multdivisa como un producto derivado, complejo en el ámbito de la LMV [...]. La ley estatal tiene que respetar el contenido mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación más amplio permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye”.

Sin embargo, en nuestra opinión, este razonamiento de la Audiencia Provincial no es muy sólido, ya que el artículo 2.2 de la LMV en el que se basa el Tribunal Supremo para calificar a las hipotecas multdivisa como instrumentos financieros fue traspuesto sin modificación alguna del anexo I, sección C, punto 4 de la Directiva MiFID. Y la sección C del anexo I, ya fue considerado en la STJUE de 03/12/2015, concluyendo que los préstamos en divisa no se correspondían con ninguno de los tipos de instrumentos financieros recogidos en dicha norma.

3.2.3. Pronunciamiento de la Autoridad Europea de Valores y Mercados.

La Autoridad Europea de Valores y Mercados –por entonces Comité Europeo de Valores (CESR)– afirmó ya en 2008 que las hipotecas multdivisa no son instrumentos financieros y por tanto el cambio de divisas, vinculado a estos préstamos, no entra dentro del ámbito de la normativa MiFID.

En concreto, a la siguiente pregunta planteada el 26 de noviembre 2007 en relación con la Directiva MiFID *“I am considering taking a multicurrency mortgage with a Spanish bank. When discussing the FX rates they apply to convert the initial notional and the subsequent monthly amortisations they refer me to the FX conversion rates published by the bank on a given day. When comparing these rates to the market, these are completely disconnected to reality, in some cases by more than 6 figures. Can I, under Mifid, request best execution?”* el CESR respondió el 21 de febrero 2008 que *“MiFID does not apply in this case. Mortgages are not financial instruments under MiFID. Therefore the currency exchange connected with the mortgage is also outside its scope. Finally, for best execution to apply there would have to be a contractual or agency relationship between a client and a firm, whereby the latter acts on behalf of the client when executing an order in one or more financial instruments. A mortgage does not involve the execution of an order in the MiFID sense”* (ver [enlace](#)).

3.2.4. Sentencias de las Audiencias Provinciales anteriores a la STS 30/06/2015

Algunas Audiencias Provinciales, con anterioridad a la STS 30/06/2015, ya habían calificado a las hipotecas multdivisa como préstamos en divisa extranjera, rechazando la posibilidad de que constituyeran instrumentos financieros. A continuación, mencionaremos algunas sentencias en este sentido.

(A) *Sentencia de la AP de Madrid, sección 18ª, de 18 de noviembre de 2013*

La Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 18 de noviembre de 2013 (ver [enlace](#)), analizando un hipoteca multidivisa de Banco Santander considera que la mayor complejidad existente en este tipo de productos resultado del juego del tipo de cambio no implica que estemos “*ante la existencia de productos de inversión [...] sino simplemente ante una simple escritura de constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, primero en euros y después referenciado a otra divisa diferente del euro*”.

(B) *Sentencia de la AP de Asturias, sección 7ª, de 10 de febrero de 2014*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de febrero de 2014 (ver [enlace](#)) analiza una hipoteca multidivisa de Bankinter, y en ella se afirma que ésta es un mero préstamo hipotecario en divisa. Así, en la citada sentencia se sostiene que: “*la moneda en que se verifica el préstamo y el índice empleado no desvirtúan la naturaleza del contrato convirtiéndolo en un producto de inversión de capital en un mercado extranjero, como se califica en la demanda, ni en un producto especulativo para ambos contratantes, y ni siquiera para el prestatario*”.

(C) *Sentencia de la AP de Madrid, sección 10ª, de 25 de marzo de 2015*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de marzo (ver [enlace](#)) sostiene que las hipotecas multidivisa no son un producto de inversión. Así, basándose en el informe pericial aportado por Banco Santander, afirma la referida Audiencia que: “*el préstamo en divisas es una única operación simple en la que interactúan las mismas variables que operan en un préstamo a tipo variable en euros, siendo la única diferencia la divisa en la cual se pagan las cuotas y, por tanto, la exposición a un riesgo adicional ya presentado anteriormente: el de tipo de cambio. No cabe presentar el préstamo en cuestión como un "producto complejo", ni hay nada más alejado de la realidad que presentarlo como un "derivado"*”.

3.2.5. Sentencias de Audiencias Provinciales posteriores a la STJUE de 3/12/2015

Asimismo, desde la STJUE de 3/12/2015, son varias las Audiencias Provinciales que han entendido que las hipotecas multidivisa no deben ser calificadas como instrumentos financieros. A continuación, mencionaremos algunas sentencias en este sentido.

(A) *Sentencia de la AP de Barcelona, sección 19ª, de 19 de enero de 2016*

La Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 19 de enero de 2016 (ver [enlace](#)) se pronuncia, respecto a una hipoteca multidivisa de Banco Popular,

en la misma línea que el TJUE considerando que no se trata de un instrumento financiero. Así, en la citada sentencia se apreció que *“lo que se ha venido en llamar coloquialmente “hipoteca multidivisa” no es, un instrumento financiero derivado ni constituye un servicio o actividad de inversión, y en dicha medida no le es de aplicación la normativa propia de los instrumentos financieros derivados y por esto el ámbito de la Ley del Mercado de Valores, al no contener el “préstamo multidivisa” un instrumento derivado financiero implícito en cuanto a las operaciones o actividades de cambio en cuanto tales operaciones de cambio que se limitan a la conversión de la divisa a la moneda nacional (moneda de cambio) no tienen otra función que servir de modalidad de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, esto es una modalidad indisociable de la ejecución del contrato de préstamo”*.

(B) *Sentencia de la AP de Álava, sección 1ª, de 26 de septiembre de 2016*

La Audiencia Provincial de Álava, en su Sentencia de 26 de septiembre de 2016 (ver [enlace](#)), relativa a una hipoteca multidivisa de Banco Popular, pone de manifiesto la contradicción entre los criterios del Tribunal Supremo y el TJUE, optando por el segundo de ellos, al negar que resulta de aplicación la Directiva MiFID. Para ello se remite a la STJUE de 3/12/2015 en la que se afirma que las operaciones de cambio de divisa son meras modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago y, por otro lado, que la finalidad de estos contratos es obtener financiación para la compra de un bien o servicio, no operaciones de inversión. Así, *“una hipoteca denominada en divisas no tiene la consideración de instrumento financiero o de inversión”,* y por tanto *“no puede haberse vulnerado [...] el art. 79 bis LMV”*.

(C) *Sentencia de la AP de Madrid, sección 8ª, de 27 de diciembre de 2016*

En la Sentencia de 27 de diciembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid (ver [enlace](#)), a la hora de calificar una hipoteca multidivisa de Banco Santander, se hace de nuevo referencia a los criterios dispares del Tribunal Supremo y el TJUE afirmando que la contradicción debe resolverse a favor del criterio sostenido por el último. Concluye así la Audiencia Provincial que *“no cabe la aplicación a los llamados préstamos multidivisas de los deberes de información regulados en la Ley del Mercado de Valores ni en su redacción posterior a la entrada en vigor de la Ley 47/2007 por la que se transponía al derecho español la directiva MiFID Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril ni en su anterior redacción en que igualmente se regulaban los deberes de información de las entidades de inversión y que sería la aplicable al caso dada la fecha de suscripción del préstamo”*.

(D) *Sentencia de la AP de Madrid, sección 10ª, de 23 de marzo de 2017*

La Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia de 23/03/2017 (ver [enlace](#)), opta de nuevo por el criterio del TJUE a la hora de calificar una hipoteca

multidivisa de Bankinter. La Audiencia entiende que no es un instrumento financiero, y argumenta que el TJUE ya ha aclarado que “los préstamos multidivisas conllevan *“actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas”*, añadiendo que *“estas operaciones se limitan a las conversiones sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago)”*, considerando que *“Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa”*, esto es *“estas operaciones de cambio no están vinculadas a un servicio de inversión. Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto del contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste”*. De ello resulta que la entidad no está sometida a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que se pretende prestar, previstas en el art. 19 de la Directiva 2004/39 (Directiva Mifid); no siendo de aplicación, por tanto, la Ley del Mercado de Valores” (el subrayado es nuestro).

*** *** ***