

## Actualidad Profesional

---

*Por Laura Santiso Sánchez, abogada especializada en Derecho mercantil y civil.*

### El Tribunal Supremo confirma que las cláusulas de las hipotecas multidivisa no están excluidas de los controles de transparencia y abusividad

La sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 21 de octubre de 2020 (nº de recurso 626/2019) declaró la nulidad parcial de una hipoteca multidivisa, eliminando las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que se mantuvo como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros; ya que si se eliminaba por completo la cláusula en la que aparecía el importe del capital del préstamo en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonaban en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato sería necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios. Esta solución suponía la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el propio contrato y que respondía a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los artículos 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exigía la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

Frente a esta sentencia, la entidad financiera prestataria interpuso recurso de casación alegando la existencia de interés casacional en que se estableciese o modificase la jurisprudencia de la Sala para adecuarla al criterio establecido por la Sala 1ª del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 21 de marzo de 2013 (asunto C 92/11, Vertrieb) y en la sentencia de 9 de julio de 2020, dictada en el asunto NG, OH vs. SC Banca Transilvania, S.A. (asunto C-81/19) en aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión.

Consideraba el banco en su recurso que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de julio de 2020, implicaba un necesario cambio en la posición mantenida hasta el momento por la Sala sobre la aplicación de los controles de transparencia y abusividad a la cláusula que preveía la concesión de un préstamo en moneda extranjera con obligación de devolución en dicha divisa. En definitiva, denunciaba la infracción del artículo 1.2 de la Directiva 93/13, en orden a la imposibilidad de realizar los controles de abusividad y transparencia.

En la alegada sentencia de 9 de julio de 2020, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvía las cuestiones planteadas por el Tribunal Superior de Cluj, Rumanía, sobre si la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores se aplicaba a una cláusula contractual que no ha sido objeto de una negociación individual, pero que reflejaba una norma que, con arreglo al Derecho nacional, se aplicaba entre las partes contratantes cuando estas no hubiesen pactado otra cosa. Y, en segundo lugar, sobre las consecuencias que debía extraer un juez nacional, en su caso, cuando se declarase que es abusiva una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio. El Tribunal de Justicia concluyó que la citada Directiva no se aplicaba si concurrían dos requisitos: por un lado, la cláusula contractual debía reflejar una disposición legal o reglamentaria y, por otro, dicha disposición debía ser imperativa.

Pues bien, el Tribunal Supremo en su auto de 14 de diciembre de 2022 inadmitió el recurso de casación interpuesto por la entidad financiera frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 21 de octubre de 2020, ya que planteaba una cuestión nueva, pues en el caso analizado el órgano de apelación no examinó la cuestión referida a la exclusión de estas cláusulas del ámbito de la Directiva por reflejar disposiciones legales de nuestro derecho. E igualmente, nuestro Alto Tribunal señaló que el recurso carecía, en cualquier caso, de interés casacional y con cita de su sentencia 29/2022 de 18 de enero reiteró que las cláusulas cuestionadas por los prestatarios no se limitaban a reflejar disposiciones legales o reglamentarias imperativas, habiendo ya declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (auto de 14 de abril de 2021, asunto C-364/19, apartado 38) que la exclusión contenida en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE es de interpretación estricta. Y que incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional

que se aplican entre las partes contratantes de manera imperativa con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio.

En conclusión, el Tribunal Supremo viene a ratificar su jurisprudencia: las cláusulas presentes en las conocidas como hipotecas multdivisa, por las que se prevé la concesión de un préstamo en moneda extranjera con obligación de devolución en dicha divisa, no reflejan normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa, y por tanto no están excluidas de la aplicación de los controles de transparencia y abusividad previstos en la Directiva 93/13/CEE.