

1.5. Obligaciones y contratos

Control de transparencia en el préstamo hipotecario multidivisa

Transparency control in multicurrency mortgage loans

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

*Profesora Adjunta de Derecho Civil. Doctora en Derecho
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

RESUMEN: En este trabajo se analiza la reciente jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con los préstamos concedidos en moneda extranjera y en multidivisa. Partiendo de una delimitación conceptual y de la naturaleza de este tipo de contratos, se analizan la STJUE de 20 de septiembre de 2017 y la reciente STS (Pleno) núm. 608/2017, de 15 de noviembre, que declara la nulidad parcial de un préstamo hipotecario concedido en multidivisa, a raíz de la aplicación del control de transparencia a las cláusulas de referencia a divisa extranjera, que se entiende no superado en el caso objeto del recurso.

ABSTRACT: *In this paper it's analyzed the recent jurisprudence, both of the Supreme Court and of the Court of Justice of the European Union, in relation to loans granted in foreign currency and multi-currency. Starting from a conceptual delimitation and the nature of this type of contracts, the STJUE of 20th September, 2017 and the recent STS (Plenary) n.º 608/2017, of 15th November, which declares the partial nullity of a mortgage loan granted in multicurrency, as a consequence of the application of the control of transparency to the clauses with reference to a foreign currency, which is understood not to be passed in the case object of the appeal in cassation.*

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario multidivisa. Control de transparencia. Nulidad. Protección del consumidor. Información.

KEY WORDS: *Multicurrency mortgage loan. Transparency control. Nullity. Consumer protection. Information.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN MONEDA EXTRANJERA Y MULTIDIVISA: 1. *DELIMITACIÓN CONCEPTUAL*. 2. *NATURALEZA*.—III. CONTROL DE LAS CLÁUSULAS DE REFERENCIA A DIVISAS EXTRANJERAS: 1. *CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS RELATIVAS AL OBJETO*

PRINCIPAL DEL CONTRATO. 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LOS PRÉSTAMOS MULTIDIVISA.
—IV. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En los últimos años se han ido sucediendo los pronunciamientos judiciales en diversas instancias en relación con cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios y protección del consumidor a este respecto. Cláusulas suelo, intereses de demora, cláusula de intereses remuneratorios referenciados al IRPH, vencimiento anticipado, gastos hipotecarios e impuesto de transmisiones y, asimismo, el préstamo hipotecario multidivisa (o «hipoteca multidivisa» como se suele denominar comúnmente). Denominador común en todos estos casos, además de la condición de consumidor del prestatario¹, es la atención a la transparencia de la cláusula, aplicando los controles de incorporación y transparencia que el Tribunal Supremo ha consolidado a partir de la STS de 9 de mayo de 2013, siendo esencial en relación con estos controles, y especialmente el último, la información prestada al consumidor por la entidad financiera con anterioridad a la firma del préstamo.

En este trabajo nos centraremos en este último caso del préstamo en multidivisa, a raíz de la STS de 15 de noviembre de 2017, que viene a adaptar su doctrina anterior a la jurisprudencia del TJUE indicada en su sentencia de 20 de septiembre de 2017. Pero antes de atender a lo señalado por estos tribunales debemos concretar el concepto y naturaleza de la figura objeto de este análisis.

II. PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN MONEDA EXTRANJERA Y MULTIDIVISA

1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Dentro de los contratos de préstamo en moneda extranjera podemos encontrarnos con las siguientes modalidades²:

- a) Se concede un préstamo en el que las operaciones de entrega y devolución del capital prestado (e intereses en el caso de devolución) se hace en moneda extranjera.
- b) La divisa elegida como referencia para el préstamo es una moneda extranjera diferente al del país del que es residente el prestatario, quien deberá abonar las cuotas de amortización del préstamo en su divisa nacional, lo que conlleva que deba realizarse una conversión de moneda.
- c) Y si se permite al prestatario pasar de una divisa a otra según la evolución de las distintas monedas aplicando el cambio correspondiente, entonces nos encontramos con el préstamo multidivisa.

El Tribunal Supremo en la STS de 30 de junio de 2015 advirtió de que lo que se venía denominando como «hipoteca multidivisa» es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor; en concreto suele ser el

Libor (*London Interbank Offerd Rate*, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

Pero el Libor no es un índice de referencia oficial en España y los prestatarios no cuentan con información específica y actualizada de fácil acceso sobre el mismo; e igualmente deben estar permanentemente pendientes de las fluctuaciones del valor de las divisas y de los tipos de cambio (información difícilmente accesible y comprensible para un consumidor)³.

La comercialización de este tipo de productos inicialmente se enmarcó en las relaciones comerciales internacionales entre empresas. Pero posteriormente se extendió a clientes no empresarios ni profesionales, es decir, a clientes minoristas, como una oportunidad de obtener préstamos en moneda extranjera para beneficiarse de tasas de inflación y tipos de interés más bajos existentes en otros países o con una estabilidad entre la divisa extranjera y el euro⁴. Así, por ejemplo, la representación del préstamo en divisa extranjera ha sido habitual con referencia a yenes japoneses y francos suizos. Así se advirtió en la STS de 30 de junio de 2015: «el atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo».

Riesgo propio de este tipo de productos o contratos en los que la prestación se representa bajo una divisa distinta a la del país del que es nacional el prestatario es que el tipo de cambio fluctúe, cambie, y esa variación puede afectar a la cantidad que tenga que satisfacer, que puede aumentar o disminuir. Según señala NAVAS NAVARRO, «el tipo de cambio en cada momento depende, por un lado, del tipo de interés y, por otro, de la inflación de los países cuyas divisas se relacionan. Además, intervienen otros factores que afectan a la fijación del tipo de cambio de una divisa respecto de otra, cuales son la oferta de activos financieros, el cambio en los recursos, el comercio, las normas jurídicas internacionales, la intervención de los bancos centrales y las expectativas e incertidumbres propias de los mercados financieros debidas a las decisiones que los diferentes agentes que intervienen en los mismos adoptan»⁵.

Al interés variable típico aplicable a cualquier préstamo hipotecario habitual, en estos casos se añade el factor de riesgo de fluctuación de la divisa a que se refiere el préstamo, lo que tendrá un impacto muy relevante en el contrato a niveles económicos⁶. Como advierte BORRALLO FERNÁNDEZ, «las implicaciones de la diferencia entre la moneda nacional del prestatario, que es la moneda en la que el consumidor opera en el mercado y desarrolla su vida cotidiana (en ella recibe sus ingresos y tiene sus activos), y la moneda del crédito, son esenciales. Hay que tener en cuenta que la hipoteca se contrata en moneda extranjera, por lo que tanto las cuotas como la deuda son en dicha moneda. Así el tipo de cambio diferencial entre la moneda de la hipoteca y la moneda del cliente se convierte en un elemento nuevo dentro del funcionamiento del contrato hipotecario que puede dar lugar a efectos perversos. Tanto es así que, una subida del tipo de cambio de la moneda de referencia daría lugar, no solo a un aumento de la cuota mensual, sino también a un aumento de la deuda pendiente en su contravalor en euros. Circunstancia de suma complejidad [...]. Además de las fluctuaciones normales del mercado, las monedas se ven sometidas a enormes presiones alcistas o bajistas dependiendo de los movimientos del mercado internacional y de la política monetaria del gobierno del país en cuestión. Las devaluaciones y apreciaciones

son algo frecuentes y se dan a lo largo del tiempo, por lo que, tenemos que tener en cuenta que en este tipo de préstamos el tiempo es un factor clave»⁷.

Esa fluctuación de los tipos de cambio puede perjudicar el valor en euros de las cuotas amortizadas, pero además puede llevar a un recálculo constante del capital prestado «que no es una cantidad fija, sino una representación en la divisa elegida de los euros recibidos que se recalcula cada mes en función del tipo de cambio»⁸. De modo que «el eventual beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés (LIBOR) puede quedar neutralizado con el riesgo de sobrecoste de amortización del capital si este queda sometido al mencionado sistema de recálculo permanente»⁹.

2. NATURALEZA

Con respecto a la naturaleza de este tipo de contrato en el ámbito financiero y la normativa aplicable, el Tribunal Supremo ha modificado en la reciente STS (Pleno) de 15 de noviembre de 2017 su doctrina emitida en la STS (Pleno) de 30 de junio de 2015, como consecuencia de la jurisprudencia emanada del TJUE.

En la STS de 30 de junio de 2015 se afirmaba que este contrato era un instrumento financiero consistente en un producto derivado complejo, sujeto a la Ley del Mercado de Valores¹⁰ y a la normativa MiFID.

Sin embargo, el TJUE en su sentencia de 3 de diciembre de 2015 (caso *Banif Plus Bank*, C-312/14) consideró que las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un instrumento financiero distinto al propio préstamo del que son meramente accesorias (a la concesión y reembolso de las cantidades prestadas), sino simplemente una forma indisociable de ejecución de tal préstamo y concreción del importe del préstamo y de las cuotas de amortización¹¹.

Consecuencia de esta doctrina del TJUE, el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017 modifica su criterio y acoge esa doctrina del tribunal comunitario concluyendo que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, ni tampoco por la normativa MiFID, y, por tanto, no deben cumplirse los estrictos deberes de información por parte del profesional previstos en la normativa reguladora del Mercado de Valores.

No obstante esto, se sigue considerando como un producto complejo a efectos del control de transparencia, debiendo sujetarse las entidades prestamistas a las obligaciones de información que establecen las normas de transparencia bancaria y la normativa de protección de consumidores cuando el prestatario tenga tal condición; y en ese sentido el Tribunal Supremo acoge la doctrina señalada por el TJUE en su sentencia de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriciuc*, C-186/16), tal y como expondremos más adelante.

III. CONTROL DE LAS CLÁUSULAS DE REFERENCIA A DIVISAS EXTRANJERAS

1. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS RELATIVAS AL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO

La consideración o no como condición general de la contratación de la cláusula litigiosa es una de las primeras cuestiones a concretar en todo supuesto

en el que se plantea la nulidad por abusividad de una cláusula. La calificación como tal es precisa en la medida que la declaración de abusividad y, por ende, la nulidad por tal motivo pretendidas por los demandantes en estos supuestos cabría en cuanto se tratase de cláusulas no negociadas individualmente, pues son las condiciones generales de la contratación relativas a elementos esenciales del contrato las que se encuentran sujetas a esos especiales controles de incorporación y de transparencia que han sido el mecanismo esencial sobre el que ha basado nuestro Tribunal Supremo en los últimos años sus resoluciones en materia de protección de consumidores frente a cláusulas litigiosas en préstamos fundamentalmente hipotecarios: SSTs de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2013, de 9 de marzo de 2017 y de 8 de junio de 2017, entre otras.

Como punto de partida en esta cuestión debemos tener en cuenta lo previsto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) que en su artículo 1 señala: «Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

Por tanto, se vincula la existencia de estas cláusulas a las siguientes notas: i) prerredacción e incorporación unilateral de las mismas por una de las partes del contrato (predisponente) y, por tanto, en contratos de mera adhesión (sin posibilidad de negociación respecto de esas cláusulas por la otra parte contratante —adherente, sea consumidor o no, pero con una protección especial en caso de serlo—); y ii) utilización en la llamada contratación en masa o seriada (STS de 18 de junio de 2012).

Por su parte, en el ámbito de la protección de los consumidores, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ya advertía que «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión» (art. 3.2 de la referida Directiva), debiendo destacar que la efectiva existencia de negociación individual de una cláusula será carga de la prueba del profesional o empresario que la alegue.

Dentro de nuestra jurisprudencia, cabe destacar los requisitos señalados en la STS de 9 de mayo de 2013, para que una cláusula se considere como condición general de la contratación:

- a) contractualidad (que sean cláusulas contractuales, no incorporadas en cumplimiento de una norma imperativa);
- b) predisposición (prerredactada por una de las partes, de modo que no es consecuencia de un acuerdo ni negociación previa);
- c) imposición (la cláusula se impone por el empresario al adherente, de modo que este no puede más que acatarse a la inclusión de la cláusula o no acceder al bien o servicio objeto del contrato);
- d) generalidad o pluralidad de contratos a los que esa misma cláusula se ha incorporado; y
- e) resulta irrelevante la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias y que el adherente sea un profesional o consumidor.

Por otro lado, en el marco de la declaración de las cláusulas no negociadas individualmente como abusivas, tanto la Directiva 93/13/CEE, en su artículo 3.1, como el artículo 82 del 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 (en adelante, TRLCU) ponen el acento en que esa cláusula implique, en contra de la buena fe, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato.

Por lo que se refiere a las cláusulas controvertidas en estos casos de préstamos multidivisa, el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017 descarta que se hubieran negociado individualmente, advirtiendo incluso que nada consta sobre que fueran los prestatarios quienes hicieran la selección inicial de la divisa en la que se representó el préstamo. Según advierte, «que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo (la que los prestatarios necesitaban refinanciar), el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento «divisa extranjera» que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento «divisa extranjera» en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato».

Expuesto lo anterior, cabe aludir asimismo a la doctrina consolidada ya desde la citada STS de 9 de mayo de 2013, y reiterada en sentencias posteriores (como, entre otras, las SSTS de 8 de septiembre de 2013, de 9 de marzo de 2017 y de 8 de junio de 2017), además de doctrina del TJUE (como la sentencia de 30 de abril de 2014, caso *Kásler* C-26/13, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, casos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, y la sentencia de 20 de septiembre de 2017, caso *Andriiciuc* C-186-16) en relación a las condiciones generales relativas a elementos esenciales del contrato y su control.

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, en este tipo de cláusulas o condiciones generales sobre el objeto principal del contrato no cabría control de abusividad por su contenido, pero sí un control de transparencia doble concretado en:

i) por un lado, un control formal de incorporación, exigible para toda condición general de la contratación (que exigiría el cumplimiento de los requisitos formales previstos en los arts. 5 y 7 LCGC, sobre transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de la cláusula, y efectiva aportación o puesta a disposición al adherente de tal cláusula y demás condiciones generales de la contratación, así como los deberes formales exigidos por la normativa sectorial bancaria);

ii) y, por otro lado, un control de transparencia material, como parámetro abstracto de validez en correspondencia con el estándar de formación de un consumidor medio, que atiende a la incidencia que ha podido tener la inclusión de esa cláusula en la defraudación de la expectativa legítima del consumidor sobre la oferta o contrato que pensaba estaba celebrando, y con el que se pretende, fundamentalmente, comprobar que el deudor adherente conoce efectiva y

realmente tanto la carga económica (onerosidad) del contrato que va a suscribir, como la carga jurídica (su posición jurídica y los riesgos asumidos) y comprende la posible incidencia de tal cláusula en su obligación de pago y el desarrollo económico del contrato, lo cual exige un plus de información por parte de la entidad financiera predisponente (especialmente en la fase precontractual) conforme a la cual el consumidor esté en condiciones para poder comparar distintas ofertas de productos similares y poder adoptar consciente y voluntariamente una decisión al respecto de la efectiva contratación.

Por ello, el elemento del contrato que presente una especial complejidad deberá ser objeto de una información plena y comprensible de cara a la formación y perfección del contrato (entre otras, STS de 8 de septiembre de 2013).

A este respecto, cabe advertir que estas cláusulas contractuales incluidas en préstamos denominados en divisas extranjeras por las que se determina el modo y divisa en que debe reembolsarse ese préstamo, se han calificado como cláusulas relativas al objeto principal del contrato expresamente por el TJUE en su sentencia de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriiciuc*, C-186/16), pues regula una prestación esencial que caracteriza ese contrato. Igualmente, el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre de 2017 las califica como cláusulas que definen el objeto principal del contrato por cuanto a través de ellas se fija la «moneda nominal» (divisa en la que se denominó el préstamo en el contrato) y la «moneda funcional» (divisa en la que el prestatario recibió efectivamente el importe del préstamo y en la que abona las cuotas de amortización periódica del préstamo) del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar; por tanto, según esta STS, «configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato».

Procederemos en el siguiente apartado a analizar los pormenores de ese control de las cláusulas de referencia a divisas extranjeras en préstamos hipotecarios a consumidores y, concretamente, los argumentos expuestos a este respecto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017.

2. CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LOS PRÉSTAMOS MULTIDIVISA

Como se ha indicado, en cuanto que se trata de cláusulas que definen el objeto principal del contrato y regula una prestación esencial del mismo, sobre estas cláusulas referidas a la divisa en que queda representado nominalmente el préstamo, a la divisa en que debe amortizarse el mismo, al modo de calcular la equivalencia entre divisas y al tipo de cambio determinado, existe un especial deber de transparencia por el predisponente prestamista en los contratos celebrados con un consumidor. Y en el marco de ese deber de transparencia la información precontractual aportada al consumidor es esencial, pues es en esa fase previa a la contratación en la que se adopta la decisión de contratar o no, y es fundamental que esa decisión se haya adoptado con plena consciencia de la carga que se va a asumir por el consumidor con ese contrato (entre otras, SSTJUE de 21 de marzo de 2013, caso *RWE Vertrieb* C-92/11 y de 30 de abril de 2014, caso *Kásler* C-26/13).

No solo se exige que la cláusula esté redactada de forma clara y comprensible gramaticalmente, sino que se exige que las entidades aporten información suficiente al consumidor para que puedan tomar decisiones fundadas, conscientes y prudentes atendiendo a sus circunstancias con conocimiento de qué carga asumirán con el contrato en caso de que lo firmen efectivamente. La STJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriciuc*, C-186/16) en su fallo segundo concluyó que esta exigencia implica que este tipo de cláusulas de reembolso del préstamo en divisas extranjeras deben ser comprendidas por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, «de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no solo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras», correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto.

Y a este respecto, la STS de 15 de noviembre de 2017 determina que la entidad financiera no prestó una información suficiente al prestatario consumidor. Advierte de que en este caso no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, puesto que no se les entregó ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de la entidad prestamista que les atendió carecía de la formación necesaria para poder explicar adecuadamente esos extremos del contrato. En relación con esto, recuerda asimismo su doctrina respecto a la inclusión unilateral por la entidad dentro del condicionado general del contrato de una cláusula predispuesta en la que se afirmaba genéricamente que los prestatarios conocían los riesgos del cambio de moneda que conllevaba el préstamo (sin ni siquiera concretar esos riesgos). El contenido de esa cláusula quedaba contradicho por los hechos probados de que no se entregó ninguna información por escrito a los prestatarios y la falta de formación de la comercial que les atendió. Y por ello, esas cláusulas predispuestas de reconocimiento de estar informados resultan ineficaces (entre otras, SSTS de 18 de abril de 2013 y 25 de mayo de 2017)¹².

En concreto, el Tribunal Supremo señala que no se explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa extranjera en que se denomina el préstamo. Advierte el Tribunal Supremo que 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, y he aquí la clave central del litigio y de las exigencias de información en aras de un control de transparencia de estas cláusulas, «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»¹³. Esto es lo que sucedió en el caso objeto del recurso de casación resuelto por esta STS de 15 de noviembre de 2017: por efecto de la fluctuación de las divisas, y a pesar de la bajada de los tipos de interés,

los prestatarios tuvieron que abonar con posterioridad cuotas muy superiores a la cuota inicial (hasta en un 50 % superior), lo que les llevó en un determinado momento a no poder afrontar el pago de las cuotas.

Pero no solo debía haberse informado de estos riesgos: también debió haberse advertido a los prestatarios de que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado «puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio». Y es que si se devalúa de modo importante la moneda funcional (que es en la que el prestatario obtiene los ingresos y abona las cuotas de amortización del préstamo), la equivalencia con respecto a la divisa o moneda nominal se incrementa notablemente y con ello el importe del capital pendiente de amortizar (lo cual puede suponer un gran impacto cuando se pretende una amortización total del préstamo para cancelar la hipoteca y así enajenar el inmueble hipotecado libre de cargas o cuando el banco da por vencido el crédito anticipadamente, pues el prestatario se encuentra con la obligación de abonar de una sola vez una cantidad muy superior a la esperada). Y eso sucedió en el caso analizado en la STS de 15 de noviembre de 2017: la moneda nominal eran yenes japoneses y la moneda funcional el euro; los prestatarios fueron abonando durante varios años las cuotas mensuales de amortización previstas, y dentro de la lógica y percepción común a un consumidor medio, pensaron que el importe del préstamo pendiente de amortizar se iba disminuyendo; pero cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo por el banco se encontraron que, como consecuencia de la importante devaluación del euro frente al yen, el importe del capital prestado en su equivalencia en euros se había incrementado notablemente pues, siendo inicialmente de 260.755 euros, cuatro años después era de 404.323,04 euros; por tanto, la carga económica que el préstamo suponía para estos consumidores se incrementó considerablemente respecto de lo que entendieron que asumían al firmar el contrato.

De este riesgo de recálculo al alza del capital prestado no se informó oportunamente a los prestatarios. Como tampoco se les informó de riesgos asociados como los derivados del reconocimiento de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por el banco por causas asociadas a la propia fluctuación de las divisas y su equivalencia y concretamente de la devaluación por encima de ciertos límites de la moneda funcional respecto a la nominal: el prestatario en estos casos se vería abocado, sin haber él incumplido el contrato, a abonar directamente y de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar (que, conforme se ha indicado antes, puede ser incluso superior al inicialmente recibido).

Toda esta información era esencial para que pudieran haber comprendido los efectos de esas fluctuaciones de las divisas en sus cuotas de amortización, en el capital real pendiente de abonar y, en definitiva, para comprender efectivamente qué derechos y obligaciones y qué carga (económica y jurídica) asumían con la firma del contrato, y de esa forma poder comparar productos ofertados y las ventajas e inconvenientes de cada uno para su situación y con ello poder decidir consciente y prudentemente cuál era la opción que mejor les convenía. Habiéndose omitido tal información al consumidor, debe concluirse, como hace el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017, que no se ha superado el control de transparencia en esas cláusulas de denominación en divisa del préstamo y relativas a la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar.

Y esa falta de transparencia implica un grave desequilibrio para el consumidor, contrario a las exigencias de la buena fe, pues ante la falta de información

de los riesgos efectivos que la contratación de ese préstamo supone no puede comparar las diversas ofertas u opciones que tiene en el mercado, e incluso dentro de la misma entidad.

Por otro lado, el carácter abusivo de estas cláusulas consecuencia de esa falta de información previa al prestatario por la entidad financiera y, en definitiva, por su falta de transparencia no se ve eliminado por el hecho de que conste en el contrato la posibilidad concedida al prestatario de cambiar la moneda del contrato, incluida la moneda en la que percibe el prestatario sus ingresos. Y ello por cuanto en el momento en que se proceda a ese cambio de divisa se consolidará la revalorización de la divisa, el significativo incremento de la cuota o incluso del capital y la equivalencia entre las divisas nominal y funcional que se había producido anteriormente; dentro de esa falta de transparencia hay que añadir el hecho de que tampoco se informa al consumidor prestatario de que esto sucederá cuando proceda al cambio de la divisa en que se represente el préstamo; si desconoce que se producirá la consolidación de la revalorización de la divisa en que se denominó el préstamo, y al entender que la cuota mensual es ya alta proceda a hacer el cambio de divisa, puede encontrarse con que el capital pendiente de amortizar haya aumentado de forma considerable. Además, al margen de que para ejercer tal posibilidad el consumidor deberá estar al corriente de pago y habitualmente tendrá la obligación de abonar una comisión por ese cambio de divisa nominal, en los contratos normalmente se señala unos momentos concretos durante la vigencia del contrato en los que puede procederse a hacer el cambio de divisa: esto implica que para cuando pueda ejercerse esa opción ya la devaluación de la moneda funcional sea evidente y no pueda ya evitarse los perjuicios por equivalencia de divisas tras el cambio; y en todo caso, implica una exigencia de que el consumidor esté al tanto del mercado de divisas, tenga conocimientos al respecto y pueda predecir comportamientos futuros de distintas divisas para que pueda realmente aprovechar esa posibilidad que se le reconoce, o bien la exigencia de que se le informe oportunamente antes de la firma del contrato y durante la ejecución del mismo de forma adecuada para ejercer esa facultad.

Como puede observarse, pese a la existencia de una cláusula como está que permita un cambio de divisa durante la vigencia del contrato como mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación de divisas, lo cierto es que sin información concreta previa que permita al consumidor prestatario conocer claramente los efectos reales de esas cláusulas y de todos los riesgos que se asumirán en el contrato, la falta de transparencia por la imposibilidad de comprensibilidad real material de la carga económica y financiera asumida con la firma del contrato sigue latente.

Como consecuencia de entender que no se supera el control de transparencia en estas cláusulas de referencia a divisas del préstamo el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017 casa la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial y confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. Y, con ello, se declara la nulidad parcial del contrato eliminando las referencias del mismo a la denominación en divisas del préstamo, que pasará a convertirse en un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

Aun cuando los efectos de esa declaración de nulidad deberían concretarse en dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, para que no afecte al consumidor, sin que quepa la moderación ni integración del contrato (SSTJUE de 14 de junio de 2012, caso *Banesto* C-618/2010, de 30 de mayo de 2013, caso *Asbeek Brusse* y de *Man Garabito* C-488/11, y 21 de enero de 2015, casos acumulados *Unicaja* y *Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C-485/13 y C-487/13), en este caso, en

atención a los intereses del consumidor; se ha optado por la nulidad parcial y no total, y la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que ya preveía la posibilidad de que se denominase el préstamo y el capital en euros) y que responde a las exigencias de nuestro ordenamiento de que toda obligación dineraria denomine las cantidades objeto de prestación bajo una determinada unidad monetaria (cfr. STJUE de 30 de abril de 2014, caso *Kásler*, C-26/13).

La nulidad total, conforme advierte el Tribunal Supremo en esta sentencia de 13 de noviembre de 2017, supondría un perjuicio mayor para el consumidor que para el predisponente pues conllevaría la obligación de tener que devolver de una sola vez la totalidad de las cantidades del préstamo pendientes de amortizar. Además, si se eliminase totalmente la cláusula en la que se recoge el importe del capital prestado, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio al abonarse las cuotas en euros, el contrato como tal no podía subsistir, pues se precisa la denominación en una determinada moneda de la cantidad prestada y de las cuotas mensuales abonadas para concretar en todo caso la cantidad pendiente de amortizar.

IV. CONCLUSIONES

I. Los préstamos hipotecarios multidivisa no pueden ser considerados como instrumentos financieros distintos al propio préstamo, sino que se trata de mecanismos de concreción de la ejecución del contrato y como tales no son un producto distinto a aquel. En consecuencia, no están sujetos a la normativa del Mercado de Valores ni a la MiFID. Pero sí que son considerados como productos complejos a efectos del control de transparencia, debiendo sujetarse las entidades prestamistas a las obligaciones de información que establecen las normas de transparencia bancaria y la normativa de protección de consumidores cuando el prestatario tenga tal condición.

II. De nuevo en el caso de las cláusulas de denominación en divisa extranjera del préstamo hipotecario, concreción de su equivalencia en euros y fijación del mecanismo de cambio de divisa, se ha materializado el control de transparencia, consolidado entre nuestra jurisprudencia como la vía de expulsión de los contratos con consumidores de aquellas cláusulas no negociadas individualmente que afectan al objeto principal del contrato.

III. En ese control de transparencia resulta esencial no solo que la cláusula sea clara y comprensible gramaticalmente sino que el consumidor pueda conocer y comprender desde el principio con plena consciencia cuál es la carga y posición que asumirá con la firma del contrato: qué derechos y obligaciones se derivan para él y, en definitiva, cuál es la carga económica y jurídica que le supondrá el contrato. Se trata de lograr que el consumidor pueda comparar oportunamente los diferentes productos ofrecidos en el mercado del crédito y tomar una decisión prudente y fundada acerca de la efectiva contratación o no de ese concreto préstamo.

IV. Fundamental en todo ello es atender a la información precontractual proporcionada por la entidad al consumidor acerca de la carga y los riesgos asumidos con el contrato que se pretende celebrar.

V. En el marco de los préstamos hipotecarios multidivisa los riesgos se concretan sobre todo en la fluctuación de la divisa en que viene denominado el préstamo y, en su caso, la equivalencia con la divisa diferente especificada

como moneda de entrega del préstamo y de pago de su devolución, así como en el recálculo constante que ello supone del capital prestado. Esas fluctuaciones pueden llevar a aumentos considerables de la cuota de amortización a lo largo de la vigencia del contrato, pero también a un incremento significativo del capital pendiente de amortizar, a raíz de devaluaciones de la moneda de pago en relación con la moneda nominal en que se representa originalmente el préstamo. Y eso puede afectar de modo muy relevante a la capacidad del prestatario para hacer frente al pago del préstamo. E igualmente puede resultar relevante en el marco de los supuestos de ejercicio por la entidad prestamista de la facultad de vencimiento anticipado del crédito, en ocasiones por causas que incluso vienen determinadas por las fluctuaciones de las divisas y depreciaciones hasta un determinado nivel.

VI. Un consumidor medio puede ser consciente de que esas divisas extranjeras pueden fluctuar y pueden implicar cierta variabilidad de las cuotas de amortización periódicas; pero no tiene porqué representarse por sí mismo que esas fluctuaciones pueden determinar que no pueda afrontar el pago del préstamo o que pese a estar cumpliendo y abonando las cuotas de amortización periódicas por capital e intereses, no obstante, el capital pendiente de amortizar crezca de modo tan relevante. Si no se le informa oportuna y claramente de esos riesgos antes de la firma del contrato se produce un desequilibrio entre las partes, no pudiendo el consumidor adoptar una decisión plenamente consciente sobre si ese concreto producto precisamente es el que se ajusta a sus intereses y circunstancias.

VII. El que se incluya en el contrato una cláusula por la que se concede al consumidor la posibilidad de cambiar de divisa, o incluso fijar como divisa en que se representa el crédito la misma con la que se hacen las entregas y reembolsos, no elimina la obligación de cumplir con esos deberes de información previa necesarios para conseguir que el consumidor adopte una decisión consciente, fundada y prudente sobre la contratación del préstamo.

VIII. En la STS de 15 de noviembre de 2017 la consecuencia que se fija a la declaración de abusividad por falta de transparencia de las cláusulas de referencia a divisa extranjera no es la nulidad total, que se entiende perjudicaría al consumidor; sino la nulidad parcial sustituyendo las referencias de la cláusula a divisas extranjeras por la referencia al euro; una sustitución que se encuentra apoyada por las propias previsiones del contrato, y también por las exigencias de normas nacionales.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 21 de marzo de 2013
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 18 de diciembre de 2014
- STJUE de 3 de diciembre de 2015
- STJUE de 21 de diciembre de 2016
- STJUE de 20 de septiembre de 2017
- STS de 18 de junio de 2012
- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 8 de septiembre de 2013
- STS de 30 de junio de 2015
- STS de 9 de marzo de 2017

- STS de 25 de mayo de 2017
- STS de 8 de junio de 2017
- STS de 15 de noviembre de 2017

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2017). Cláusulas de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamos bancarios. *Especial Diario La Ley Unión Europea*, núm. 53, noviembre.
- BORRALLO FERNÁNDEZ, C. (2016). La problemática de las hipotecas multidivisa: novedades jurisprudenciales. *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre.
- NAVAS NAVARRO, S. (2015). Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, [trabajo disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/798/661>].

NOTAS

¹ También han existido pronunciamientos en relación a prestatarios no consumidores, pero en estos casos para advertir de que no cuentan con la misma protección prevista para consumidores ni el control de transparencia tal y como se ha venido configurando por la jurisprudencia; aunque analizando también el caso concreto y el cumplimiento de los requisitos del control de incorporación previsto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC) y demás normas y exigencias contractuales como la buena fe: entre otras, STS de 3 de junio de 2016 en relación a las cláusulas suelo.

² Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2017). Cláusulas de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamos bancarios. *Especial Diario La Ley Unión Europea*, núm. 53, noviembre.

³ Vid. BORRALLO FERNÁNDEZ, C. (2016). La problemática de las hipotecas multidivisa: novedades jurisprudenciales. *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre.

⁴ Vid. NAVAS NAVARRO, S. (2015). Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 135 [disponible en <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/798/661>].

⁵ NAVAS NAVARRO, S. (2015). Cláusula sobre divisa extranjera..., *op. cit.*, 134.

⁶ La STS de 30 de junio de 2015 señaló al respecto de los riesgos de este tipo de productos: «Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa 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 para el importe en euros de las cuotas periódicas, 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. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Esta modalidad de préstamo utilizado para la finan-

ciación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas «hipotecas multidivisa» se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos».

⁷ BORRALLO FERNÁNDEZ, C. (2016). La problemática..., *op. cit.*

⁸ BORRALLO FERNÁNDEZ, C. (2016). La problemática..., *op. cit.*

⁹ BORRALLO FERNÁNDEZ, C. (2016). La problemática..., *op. cit.*

¹⁰ En los casos objeto de las sentencias la normativa sobre mercado de valores venía representada por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que posteriormente fue derogada para incorporarse al Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

¹¹ Conforme a esta STJUE de 3 de diciembre de 2015 (caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14) el artículo 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que «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 consiste 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» [...] «Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero».

¹² La STJUE de 18 de diciembre de 2014 (caso *Bakkaus*, C-449-13) señaló que «si una cláusula predispuesta por el empresario en la que el consumidor reconoce haber recibido la información sobre el contrato significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por la Directiva, por lo que las disposiciones de esta se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva».

¹³ De ahí que la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriuc*, C-186/16), exija una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa en la que se denominó el préstamo.