

06 APR 2021

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

2018

Número 106 (Enero-Abril)

Sentencias, Resoluciones y Comentarios

2829

Comentario

Comentario

1 Hipoteca multidivisa. No se trata de un instrumento financiero complejo. Nulidad parcial por falta de transparencia

Comentario a la STS de 15 noviembre 2017 (RJ 2017, 4730)

SUSANA NAVAS NAVARRO

Catedrática de Derecho civil (UAB)

RAFAEL SARAZÁ JIMENA

ISSN 0212-6206

**Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 106
Enero - Abril 2018**

Sumario:

- I. Introducción
- II. Cláusula de moneda extranjera y falta de transparencia
- III. Intervención notarial
- IV. Conversión a la moneda nacional
- V. Nulidad parcial e integración del contrato
- VI. Conclusión

RESUMEN:

La hipoteca multidivisa no es un instrumento financiero derivado complejo por lo que no debe aplicarse la LMV. No se dieron explicaciones adecuadas a los prestatarios acerca de que las fluctuaciones en la divisa pactada podían producir incrementos importantes de la cuota ni se facilitó el folleto informativo ni la oferta vinculante a los que se refiere la Orden de 5 de mayo de 1994. Hubo falta de transparencia en relación con la cláusula de moneda

ABSTRACT:

The multi-currency mortgage is not a complex derivative financial instrument so the LMV should not be applied. Adequate explanations were not given to the borrowers that fluctuations in the agreed currency could result in significant increases in the quota, nor was the prospectus or the binding offer referred to in the Order of May 5, 1994, provided. Lack of transparency in relation to the foreign currency clause that caused a serious imbalance to the detriment of the

extranjera que provocó un grave desequilibrio en perjuicio del consumidor contrario a la buena fe. La consecuencia de ello es la nulidad parcial en relación con la denominación de la moneda y al índice de referencia y su sustitución por la moneda nacional del prestatario (euros) por el Euríbor en lugar del Libor.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca multidivisa - Falta de transparencia - Nulidad parcial - Integración del contrato

consumer contrary to good faith. The consequence of this is the partial nullity in relation to the denomination of the currency and the reference index and its replacement by the national currency of the borrower (euros) by the Euribor instead of the Libor.

KEYWORDS: Multi-currency mortgage - Lack of transparency - Partial invalidity - Integration of the contract

I. INTRODUCCIÓN

Habida cuenta de que en mi comentario a la STS de 30 de junio de 2015 (CCJC núm. 99, 2016, § 2662) argumenté sobradamente por qué un préstamo hipotecario denominado en moneda extranjera no es un instrumento financiero complejo, no me voy a detener en este aspecto que, como reconoce el propio TS en la sentencia de 15 de noviembre de 2017, modifica su criterio, asentado en la primera, para advertir que, en efecto, la hipoteca multidivisa no es un instrumento de ese tipo. A ese cambio ha contribuido, evidentemente, la STJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14) que así lo declaró. Por ello me voy a centrar en otros aspectos de interés como son la falta de transparencia de la cláusula de moneda extranjera (II.), la intervención notarial (III.), la conversión a la moneda nacional de la divisa extranjera (IV.); seguidamente, abordaré la cuestión de la nulidad parcial y la integración del contrato de préstamo hipotecario multidivisa (V.) y presentaré la conclusión que, a mi modo de ver, se puede desprender de la sentencia que comento (VI.).

II. CLAÚSULA DE MONEDA EXTRANJERA Y FALTA DE TRANSPARENCIA

La cláusula relativa a la moneda extranjera, al tipo de cambio de esa moneda en la que aparece denominado el préstamo (en el caso que me ocupa fueron yenes), así como el índice de referencia Libor forman parte de los elementos esenciales u objeto principal del contrato y, por tanto, quedan excluidas, en principio, del control de abusividad, salvo que no fueran redactadas de forma transparente. Como se conoce, el [art. 4.2](#) de la [Directiva 93/13/CE](#), de 5 de abril del Consejo de la UE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (DOCE L 95, de 21 de abril de 1993, pp. 29 ss) no fue incorporado a nuestro ordenamiento cuando se hizo lo propio con la Directiva -ni tampoco se ha realizado modificación alguna al respecto por mor de la Ley 3/2014 que modifica el [TRLGDCU](#)-, lo que ha permitido afirmar a un sector doctrinal que, de acuerdo con una interpretación conforme del derecho nacional con el comunitario debería entenderse que la exclusión de las cláusulas determinantes del objeto principal del contrato del control de abusividad también se aplica en el Derecho interno español (Sergio Cámara Lapuente, *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson/Aranzadi, 2006, pp. 179 ss). No obstante, no debe olvidarse que la STJUE de 3 de junio de 2010, Asunto C-484/94, consideró, en un caso relacionado precisamente con el Derecho español, que la Directiva 93/13/CE es una norma de mínimos y no se opone a una legislación nacional que, como la española, permite el control judicial de todas las cláusulas de un contrato no negociadas individualmente aunque definan el objeto principal del contrato, incluso si están redactadas de forma clara y comprensible; amén de que la propia jurisprudencia del TJUE ha insistido en el hecho de que el [art. 4.2](#) Directiva 93/13/CE debe interpretarse de forma restrictiva (SSTJUE de 15 de marzo de 2012, Asunto C-453/10 y de 21 de marzo del 2013, Asunto C-92/11). Así, las cláusulas relativas al precio y a la contraprestación pueden ser declaradas abusivas, aunque estén redactadas de forma transparente como, el propio reconoció en la famosa sentencia sobre cláusulas suelo y techo de 9 de mayo de 2013 (RAJ 2013/3088) e insistentemente recuerda en la presente de 15 de noviembre de 2017.

La STJUE de 30 de abril de 2014, en el asunto C-26/2013, abordó la cuestión que nos ocupa, en

relación con la petición de decisión prejudicial presentada por el tribunal húngaro acerca de si el concepto de cláusula, que define el objeto principal del contrato, en el sentido del [art. 4.2](#) Directiva 93/13/CE, abarcaba todos los componentes de la contraprestación dineraria que ha de abonar el prestatario, incluida la suma resultante de la diferencia entre los tipos de cambio aplicados a la entrega y a la devolución del préstamo o si, únicamente, correspondía a ese concepto el pago del tipo de interés nominal, además de la propia cantidad entregada en préstamo. Esta sentencia se situó en la misma línea que otras decisiones del mismo órgano judicial al entender que el [art. 4.2](#) Directiva 93/13/CE debe interpretarse, en cuanto a las cláusulas excluidas del control de abusividad, de forma restrictiva. No debe olvidarse que la exclusión, que establece el art. 4.2, no es una exclusión absoluta, sino que está sometida a un control de transparencia, es decir, las referidas cláusulas, para evitar ese control, deben redactarse de forma “clara y comprensible”. Por lo tanto, las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato se someten a control de abusividad, si no están redactadas de forma transparente. Como deja asentado el Tribunal europeo en la sentencia de 30 de abril de 2014, en la misma línea seguida por resoluciones anteriores, esta obligación de transparencia no se refiere exclusivamente a una comprensión gramatical, por parte del consumidor, sino que el contrato tiene que exponer, de manera transparente, el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación de ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. En esta doctrina insiste la reciente STJUE de 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16) cuando sostiene que: “... una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida 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 sólo conocer la posibilidad de apreciación o 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”. A esta doctrina se refiere de forma constante el TS en esta segunda sentencia sobre hipoteca multidivisa en nuestro país.

Lo cierto es que el TJUE, en la sentencia de 30 de abril de 2014, no da pautas para delimitar cuándo estamos ante cláusulas que delimitan el objeto principal del contrato o la adecuación del precio y su contraprestación; sino que debe ser el juez nacional el que, de acuerdo con toda una serie de parámetros, debe determinar si la cláusula en cuestión forma o no forma parte del objeto principal del contrato. Debería ser expresamente preguntado por ello para que el TJUE diera criterios que permitieran interpretar los conceptos manejados por el [art. 4.2](#) Directiva 93/13/CE [Sergio Cámara Lapuente, “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 («Caja de Madrid», C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”, en Luis Díez-Picazo (Dir.), *Libro Homenaje al Profesor José María Miquel González*, T. I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 773-774]. Más bien de la jurisprudencia del TJUE se pueden inferir criterios para determinar negativamente qué cláusulas no forman parte del objeto principal del contrato o del precio o de la contraprestación. Así, en el caso de la STJUE de 30 de abril de 2014 deja claro que una cláusula que “*estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera, no puede calificarse como comprensiva de una “retribución” cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no pueda ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13*”.

En cambio, me parece que la STJUE de 20 de septiembre de 2017 ya citada, sostiene que “objeto principal del contrato” comprende una cláusula contractual como la que suscitaba la controversia, es decir, la que se refiere a la divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y, según la cual, el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato. Y nuestro TS lo afirma de modo contundente en el fundamento de derecho octavo.

El control judicial que permite el derecho español no debe limitarse a controlar el equilibrio de los precios, sino a ver, si estas cláusulas relativas al objeto principal del contrato, aunque redactadas de forma clara y comprensible, causan un perjuicio al consumidor pues alteran el valor de la oferta en el mercado o las cuantías por pagos futuros en orden a la devolución del préstamo, tal y como puede haber sido legítimamente esperado por el consumidor (Francisco Pertíñez Vílchez, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret* 3/2013, www.indret.com). A tenor de doctrina relevante, este tipo de cláusulas, que no superan el requisito de transparencia, no forman parte del contrato, no se incorporan al mismo por mor de la [LCGC](#) (arts. 5-7); pero no se consideran abusivas y, consiguientemente, no se consideran nulas de acuerdo con el control de contenido propio del TRLGDCU (arts. 80 y 83). Así, de acuerdo con este sentir mayoritario, cabe citar, entre otros, a Bercovitz, González Pacanowska o Cámara Lapuente [Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “Comentarios a la Disposición adicional 1.3 y al art. 10 bis 1 LGDCU” en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p. 764; Isabel González Pacanowska, “Comentario al art. 7. No incorporación” en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, pp. 250-251; Sergio Cámara Lapuente, *El control*, pp. 33-34, 125-126].

Ahora bien, es de destacar que la existencia de un control material que permite calificar a una cláusula no negociada individualmente, que tiene que ver con los elementos esenciales del contrato o su objeto principal, de abusiva por falta de transparencia, esto es, la interpretación contraria a la propugnada por la doctrina mayoritaria, tiene argumentos a su favor nada desdeñables siendo defendida por otro sector doctrinal [Francisco Pertíñez Vílchez, “Comentarios al [art. 80 TRLGDCU](#)” en Sergio Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 707; igualmente, Francisco Pertíñez Vílchez, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret* 3/2013, www.indret.com; Javier Pagador López, “Condiciones generales y cláusulas abusivas” en Manuel Rebollo Puig / Manuel Izquierdo Carrasco (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid, 2011, p. 1413] y, en la actualidad, ha sido refrendada por la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, donde se considera que los contratos celebrados con consumidores deben pasar un doble control: los requisitos propios del control de incorporación de la LCGC y el específico de la legislación de protección de aquéllos.

Debe recordarse que la STJUE de 3 de junio de 2010 consideró que el [art. 4.2](#) Directiva 93/13/CE es una norma de mínimos. Por tanto, no se opone a que una legislación nacional, como es la española, permita un control judicial del carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que tenga que ver con el objeto principal del contrato, aunque esté redactada de manera clara y comprensible. En esta dirección, en el derecho español podría mantenerse la segunda línea doctrinal, en virtud de la cual, están sujetas al control del contenido también las cláusulas relativas al precio y a la contraprestación, aunque estén redactadas de forma clara y comprensible.

Es difícilmente pensable que un contratante, sea consumidor o no, adopte su decisión de contratar sin atender a los elementos esenciales del contrato o a la relación entre precio y contraprestación. Debe tener un conocimiento completo de éstos para poder elegir entre diferentes ofertas que existan en el mercado y así poder adoptar la decisión que para él resulte óptima. Por tanto, si por falta de transparencia, las cláusulas contractuales relativas al objeto principal del contrato no pueden ser cabalmente conocidas y valoradas por el consumidor antes de la celebración del contrato, eso afecta claramente a la prestación del consentimiento y, de ahí la importancia del control del contenido de estas cláusulas contractuales.

En la valoración de una cláusula contractual como abusiva hay que tener en cuenta que la relación entre precio y contraprestación u otros elementos que delimitan el objeto principal del contrato como, en el caso que nos ocupa, el tipo de cambio de la divisa, puede alterar el acuerdo que el consumidor creía tener con el empresario desde el punto de vista económico, a partir de la información que éste le proporcionó, de suerte que le pase inadvertido este extremo. Dicho con otras palabras, la cláusula puede haber sido redactada de forma clara y comprensible, pero eso no

elimina el efecto de sorpresa que la misma puede provocar en el consumidor. La cláusula es sorpresiva pues existe una defraudación de las expectativas legítimas que el consumidor se había representado acerca de la delimitación del objeto principal del contrato y de la relación precio/contraprestación (Francisco Pertúñez Vílchez, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret* 3/2013, www.indret.com).

El deber de transparencia, como ha dejado claro la STS de 9 de mayo de 2013, en la que insiste, el TS en la sentencia de 15 de noviembre de 2017, no se limita a cumplir las obligaciones de información de las normas sobre transparencia bancaria o normas relativas al deber de transparencia de otras entidades o de intermediarios. Por su parte, la STS de 2 de marzo de 2011 (RAJ 2011/1833), en relación con cláusulas de redondeo al alza de los intereses, ya estableció que el cumplimiento de las normas bancarias, no excluye la aplicación de la LCGC ni del TRLGDCU a los contratos de préstamo hipotecario. Así, el [art. 14.2 Orden EHA/2899/2011](#) establece que lo establecido en esta norma se entiende sin perjuicio de la aplicación de las normas protectoras de los consumidores. Normalmente, en la práctica de la contratación bancaria se suelen cumplir los requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación previstos en el [art. 5 LCGC](#), sobre todo porque estos requisitos quedan comprendidos en los deberes de información de la normativa bancaria.

La falta de transparencia en relación con las cláusulas contractuales relativas a la divisa extranjera, al tipo de cambio y al índice de referencia LIBOR en los contratos de préstamo hipotecario no tiene que ver con la redacción de manera clara y comprensible, a tenor del TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014 y de 20 de septiembre de 2017, sino con el hecho de que la inclusión de una cláusula de este tipo no defraude las expectativas legítimas del consumidor sobre el tipo de préstamo que él creía contratar al no exponerse de forma transparente el funcionamiento concreto del tipo de conversión de la divisa extranjera y la relación de éste con otras cláusulas del contrato (v. gr. la relativa al tipo de interés), de manera que el consumidor pueda evaluar, con criterios precisos y comprensibles, los posibles escenarios y consecuencias económicas que pueden derivar a su cargo. Conocerlo puede cambiar significativamente el valor de las ofertas presentes en el mercado para el consumidor. En efecto, no es lo mismo que el préstamo contenga una opción multidivisa, que le permite la conversión a otra divisa, que no tener esta facultad o que se establezca como fecha de cambio de la divisa una diferente a la fecha en la que se solicita la conversión o que no se expongan los efectos que tendría, con un ejemplo ilustrativo, una fluctuación del tipo de cambio del 20 % [[art. 23.6 Directiva 2014/17/UE](#) del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las [Directivas 2008/48/CE](#) y [2013/36/UE](#) y el [Reglamento \(UE\) n° 1093/2010](#) (DOUE L 60/34, 28.2.2014; en adelante Directiva 2014/17/UE), [art. 18](#) Proyecto de Ley 121/000012, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOCG, CD, XII Legislatura, serie A, 17 de noviembre de 2017, núm. 12-1; en adelante, PL)].

En esta línea, precisamente, se encuentra la Directiva 2014/17/UE, en cuyo art. 23, se establece la necesidad de que el prestamista informe regularmente al prestatario cuando el valor del importe adeudado por el consumidor o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 % del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de préstamo y la del estado miembro que estaba vigente en la fecha de celebración del contrato. Debe informarse al consumidor del incremento del importe adeudado, se le recordará la facultad que ostenta de conversión a la divisa nacional y se explicarán otros posibles mecanismos que se hayan pactado para limitar el riesgo de tipo de cambio (art. 23.4). Además, deberá incluirse un ejemplo ilustrativo del riesgo al que se expone el consumidor de existir una fluctuación del tipo de cambio del 20 %, si el contrato no contiene ninguna disposición destinada a limitar el riesgo del tipo de cambio de la divisa (art. 23.6). En el mismo sentido, se establece en el art. 18 PL.

Como consecuencia de lo advertido, si se informa cabal y suficientemente al cliente minorista antes de celebrar el contrato de forma que pueda conocer la existencia y las consecuencias económicas a su cargo de contratar un préstamo hipotecario en una divisa extranjera, la cláusula

en cuestión es perfectamente válida y no debe considerarse abusiva. La STS de 9 de mayo de 2013 estableció un standard muy exigente en relación con la obligación de transparencia ya que exige para la validez de la cláusula suelo que se le proporcionen al consumidor “ *simulaciones de escenarios diversos relacionados con el escenario razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contrata r*” o que se haga “ *un coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad* ”, entre otras de sus recomendaciones. Sobre la base de la doctrina asentada en esta Sentencia, resultará difícil sino imposible para las entidades financieras, que han comercializado préstamos hipotecarios denominados en divisa extranjera, probar que el consumidor celebró el contrato con pleno conocimiento de causa sobre la existencia de la cláusula de divisa extranjera y el cargo económico que la misma le suponía, el coste real del préstamo que asumía, su incidencia en la ejecución del contrato y la previsible evolución del tipo de la divisa escogida, así como de la volatilidad del índice de referencia según el cual se determinaba el tipo de interés variable pactado.

Dicho con otras palabras, de seguirse el criterio asentado en la STS de 9 de mayo de 2013, el carácter abusivo de la cláusula de divisa extranjera por falta de transparencia en los contratos de préstamo hipotecario será declarado, a buen seguro, en el futuro, por los jueces y tribunales. Es lo que ha hecho el TS en la sentencia de cuyo comentario me ocupo. El argumento legal para ello puede residenciarse en el [art. 60.1](#) TRLGDCU, del que se extrae un deber de informar acerca del objeto principal del contrato antes de celebrar el contrato. En efecto, el precepto citado advierte que: “ *Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo* ”. En concreto, uno de los elementos sobre los que debe darse información es sobre “ *el precio completo* ” ([art. 60.2 letra b](#) TRLGDCU).

La STS de 9 de mayo de 2013, en relación con las cláusulas suelo, fundamentó, incorrectamente, el deber de transparencia en el [art. 80](#) TRLGDCU y, en ese error, sigue la STS de 15 de noviembre de 2017, la cual insiste en fundamentar el control de transparencia en este último precepto, así como en el art. 82.1 de aquel texto legal.

III. INTERVENCIÓN NOTARIAL

El filtro notarial no suele ser de mucha ayuda para el cliente minorista, en el momento de celebración del contrato o de elevación del contrato privado a escritura pública, ya que no suele ser el momento en el que el consumidor se replantee la decisión adoptada (Manuel Castilla Cubillas, “Sobre la abusividad de las cláusulas de suelo hipotecario y el informe al respecto del Banco de España”, *Revista Aranzadi Doctrinal* , 2010, pp. 139-152) ni tan siquiera es plenamente consciente de lo que explique el notario, cuando la decisión ya se tomó por aquél con anterioridad al acto notarial.

En este punto, me gustaría traer a colación el PL, cuyo art. 13, impone el deber al notario de prestar asesoramiento al prestatario, además de tener que recoger pruebas de que éste ha entendido los ejemplos en diversos escenarios de coyuntura económica que le haya presentado sobre la aplicación práctica de las cláusulas financieras. En el caso del préstamo en moneda extranjera, los ejemplos se refieren a las variaciones que puede producir en el importe adeudado o en las cuotas la fluctuación del tipo de cambio. Estos ejemplos parece que serán solo aquéllos que, en su caso, se hayan recogido en la FEIN, lo que no queda nada claro en la redacción dada en el art. 13.2 letra b PL.

Respecto de que el contenido del acta notarial se presumirá veraz e íntegro y que hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos (art. 13.5 PL), debe decirse que, a pesar de existir opiniones que, en el tenor actual del art. 13 PL lo cuestionan (Manuel Jesús Marín López, “Control de transparencia, normas de transparencia en el Proyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario y “validez” de las cláusulas suelo y de gastos”, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>), esa

presunción no deja de ser *iuris tantum*, aunque no lo diga de este modo el precepto del PL. Como es conocido, la fe pública notarial tiene valor de presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* (art. 143 Reglamento notarial, donde se advierte que los efectos de la fe pública podrán ser negados o desvirtuados por los jueces y tribunales o por las administraciones y funcionarios públicos). Por lo tanto, el prestatario, si aporta la prueba suficiente, podrá demostrar que, a pesar de su manifestación en el acta notarial, no llegó a comprender el alcance económico del contrato que celebraba o de alguna de sus cláusulas. Ciertamente, lo tendrá más difícil que en el caso del documento manuscrito que se exige en el formato establecido por el Banco de España ([art. 6.1 Ley 1/2013, de 14 de mayo](#), de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013), pero puede llegar a probar lo contrario e impugnar el contrato por error en el consentimiento.

De hecho, la jurisprudencia ya ha tenido ocasión de ocuparse del valor de la presencia del notario para destacar que éste no puede ni debe suplir omisiones de información o deficiencias en la información que corresponden al prestamista fallando a favor de la nulidad (total o parcial), según el caso, del contrato celebrado. No me parece que esta jurisprudencia vaya a cambiar demasiado porque ahora el notario, con carácter previo a la celebración del contrato y su elevación a escritura pública, levante acta en la que manifieste que, a su parecer, el prestatario comprende las cláusulas del contrato. El argumento esgrimido por la STS de 15 de noviembre de 2017 cuando afirma que la labor informativa del notario “*no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional*” puede valer igualmente cuando el PL se convierta en Ley.

IV. CONVERSIÓN A LA MONEDA NACIONAL

La Directiva 2014/17/UE, en el art. 22.2 segundo apartado, dejaba libertad a los Estados miembros para especificar si el consumidor podía acogerse a cualesquiera de las dos monedas alternativas (la nacional de su residencia o de la del país en el que tenga la mayor parte de sus activos o ingresos) o si sólo a una de ellas o si se permitía a los prestamistas que especificaran si el consumidor podía acogerse a las dos alternativas o tan solo a una de ellas. El legislador español ha decidido que el prestatario pueda optar por cualesquiera de las monedas alternativas en el momento de solicitar el cambio (art. 18.2 segundo apartado PL). Opción que no parece, en el sentir de la norma, que permita otro pacto en el contrato de préstamo. De hecho, el art. 18 PL ya establece en qué casos puede admitirse otro pacto, esto es, que contractualmente se pueda establecer otra cosa.

A la espera del desarrollo reglamentario de la (futura) Ley o de la Orden del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (disposición final undécima PL) para ver si hacen alguna referencia al ejercicio de esta facultad y a las condiciones en que el mismo puede llevarse a cabo, debemos estar al tenor del art. 18.5 PL. En virtud de este precepto, el prestamista debe informar periódicamente al prestatario, en los términos y plazos que se establezcan por orden del Ministro de Economía, Industria y Competitividad, del importe adeudado con el desglose del incremento que, en su caso, se haya producido y del derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ejercer tal conversión. Esta norma se corresponde, con algunas diferencias, con la del [art. 23.4](#) Directiva 2014/17/UE.

Parece que lo que la orden del Ministerio en cuestión debe contemplar son los términos y los plazos en los que deberá llevarse a cabo la información periódica del prestamista al prestatario, pero no -o no necesariamente- las condiciones de ejercicio de la facultad de conversión o la forma en que deberá hacerse la notificación, las cuales, en principio, serán libremente pactadas por las partes. Entre ellas, por ejemplo, que no se tenga pendiente de pago ninguna cuota, que el

incremento que pueda dar lugar al ejercicio de la facultad de conversión consista en un determinado porcentaje, un suelo mínimo, por debajo del cual no se pueda ejercer. Este porcentaje mínimo o, dicho de otra manera, el riesgo máximo admisible por parte del prestamista en este tipo de contratos, parece cifrarlo el PL, siguiendo a la Directiva 2014/17/UE, en el 20 % del importe total adeudado o de sus cuotas periódicas. Este porcentaje, entendemos, deberá estar en relación con el porcentaje de capital prestado en relación con el valor de tasación del inmueble puesto en garantía, de suerte que, cuando el incremento conlleve que se alcance el 100 % del valor de tasación del inmueble o se acerque a él rápidamente, pueda ejercerse la facultad de conversión por el deudor o, incluso, exigirse su ejercicio por parte del acreedor. Podría, además, establecerse la conversión forzosa a la moneda nacional cuando se llegue a ese porcentaje mínimo establecido consolidándose toda la ganancia o pérdida en su contravalor. Si no se establece la conversión forzosa, el prestamista es más que probable que exija garantías adicionales o dinero en efectivo con el que asegurar o cobrarse la diferencia. De todos modos, en el propio contrato puede haberse previsto algún sistema de limitación del riesgo del tipo de cambio al que esté expuesto el prestatario (arg. ex art. 18.3 PL).

Requisito fundamental para el ejercicio de la facultad de conversión será el momento temporal en el que ese ejercicio deba darse que, obviamente, no podrá ser en cualquier momento, sino que usualmente se establecerá que sólo se notifique la decisión de optar -y la moneda por la que se opta- en el inicio de cada nuevo periodo (con carácter general, cuotas mensuales) en que se divide la obligación de devolución del préstamo. Criticable nos parece la alusión que hace el TS, en sentencia de 15 de noviembre de 2017, a que la devaluación de la moneda funcional, esto es, la moneda en la que se realiza el pago de la cuota, respecto de la divisa pactada, se produzca “en cuestión de semanas”. Si el pago de la cuota es mensual y solo se puede solicitar la conversión al inicio de cada periodo el riesgo de devaluación monetaria, respecto de la divisa, que se produce de forma significativa “en cuestión de semanas” poco riesgo va a representar si se tiene presente que el mes se corresponde con 4 semanas y media. Esas son, pues, las “pocas semanas” a las que se refiere la STS (crítico con esta resolución es Ángel Carrasco Perera, “Una previsible y fallida sentencia: nulidad y futuro de las hipotecas multdivisas”, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>).

Por otro lado, debe tenerse presente que la conversión a la moneda elegida por el prestatario implicará la consolidación del saldo vivo del préstamo, es decir, que se convertirá a la moneda elegida el capital prestado incrementado y se cambiará el índice de referencia, en su caso, como consecuencia de la apreciación de la moneda, como recuerda el TS en la sentencia de 15 de noviembre de 2017, en su fundamento de derecho 8º número 47. Esto supone que el prestatario titular de la facultad de conversión seguirá pagando las incrementadas cuotas que seguía pagando, pero en la moneda nacional de acuerdo con el nuevo índice de referencia, lo que impedirá que su situación siga empeorando para el futuro. En ningún caso supone que sus cuotas periódicas vayan a disminuir y que, si lo hacen, sea una disminución considerable.

V. NULIDAD PARCIAL E INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

Debe recordarse que el [art. 83](#) TRLGDCU ha sido modificado por la Ley 3/2014 para dar cumplimiento a la STJUE de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 que afectaba al Banco Español de Crédito, al entender que España no había adaptado correctamente su Derecho interno al [art. 6.1](#) de la Directiva 93/13/CEE. El TJUE considera que la facultad, que confería el art. 83 al juez de poder modificar el contenido de la cláusula abusiva al sustituirla por otra y redistribuir el conjunto de derechos y deberes entre las partes, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el [art. 7](#) de la Directiva 93/13/CEE, ya que contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que pueden verse tentados a incorporarlas al saber que, llegado el caso, de que se declarara su nulidad, el contrato será integrado por el juez nacional. A pesar de ello, la sentencia del mismo órgano judicial de 30 de abril de 2014, no impide que se declare la nulidad parcial y se sustituya la cláusula abusiva por la que, de ordinario, se establecen en ese tipo de contrato, si el derecho nacional, en virtud de las reglas generales, autoriza al juez a ello.

En el caso de las hipotecas multidivisas, como se sabe, tanto el grueso de las resoluciones de primera y segunda instancia, como del TS vienen fallando la nulidad parcial del contrato y su conversión a moneda nacional (en relación con el error como causa de impugnación de un préstamo multidivisa garantizado con hipoteca con abundancia en cita de resoluciones judiciales, vid. Francisco Pertíñez Vilchez, “Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas”, *RCDI*, núm. 761, 2017, 1197 a 1238). Esta decisión para los intereses del prestatario tiene la evidente ventaja, si se compara con las consecuencias del ejercicio de la facultad de conversión que, al declararse la nulidad, siquiera parcial, aplicando el [art. 1303 CC](#), los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (Alicia Agüero Ortiz, “La «hipoteca multidivisa» es abusiva si la información sobre las fluctuaciones futuras en el momento de la contratación permitía inferir que el consumidor no habría querido contratarla. Comentario a la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (Asunto C-186/16)”, 21 de septiembre de 2017, <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>). Luego, el alcance retroactivo de la nulidad hace que la conversión a moneda nacional, que entra como integración judicial del contrato, aunque del [art. 83.2 TRLGDCU](#) haya desaparecido, se haga respecto del momento de celebración del contrato y no respecto del momento en que se integra el contrato con la moneda nacional, lo que conllevará que se hagan las liquidaciones oportunas con las cuotas que el prestatario hubiera, hasta la fecha, satisfecho. Téngase presente que para la jurisprudencia no es óbice ni la formación profesional del prestatario (de hecho, el demandante del caso que abocó a la STS de 30 de junio de 2015, la primera resolución sobre hipoteca multidivisa de nuestro más alto órgano judicial, es abogado experto en Derecho bancario y en la más reciente de 15 de noviembre de 2017, uno de los demandantes es arquitecto) ni que no exista fundamento legal a la integración del contrato. Y siendo, como he puesto de relieve, la cláusula de moneda extranjera objeto fundamental del contrato, esto es, forma parte de los elementos esenciales ([art. 4.2](#) Directiva 93/13/CE), si se apreciara nulidad por falta de transparencia o error como vicio del consentimiento debería declararse la nulidad total y no parcial (conocido es que, en caso de impugnación por error de contratos, relacionados con productos bancarios o de inversión, los jueces y tribunales vienen declarando la nulidad total y no parcial. De nuevo me remito al trabajo de Francisco Pertíñez Vilchez, “Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas”, *RCDI*, núm. 761, 2017, 1197 a 1238). Y no vale para ello afirmar, como hace el TS, que las consecuencias económicas de la primera resultan nefastas para el prestatario. Como se declara en el fundamento de derecho octavo núm. 53 de la STS de 15 de noviembre de 2017: “*la nulidad total del contrato de préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarlo más que al predisponente*” (...) Y añade: “*si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación de una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente*”.

Esto no sirve como fundamento de una facultad judicial de integración del contrato que ya no existe en el TRLGDCU por obra y gracia de la jurisprudencia del TJUE y la correspondiente modificación legal española. Tampoco sirve de argumento legal la conversión forzosa a moneda de curso legal recogida en el [art. 1170 CC](#) y art. 312 CCo que se refieren a la imposibilidad de la prestación cuando la moneda pactada deja de estar en el comercio de los hombres. Obvio decirlo: éste no es el caso pues no existe “identidad de razón”, entre los supuestos de préstamos hipotecarios multidivisa y los de los artículos citados para ser aplicados por analogía ([art. 4.1 CC](#)). Sin embargo, el TS no tiene ningún problema, en la STS de 15 de noviembre de 2017 (fundamento de derecho octavo núm. 54), en basarse en dichos preceptos para realizar la conversión puesto que no encuentra ningún precepto legal en el ordenamiento jurídico civil que le permita fundamentar su injerencia en la libertad contractual.

VI. CONCLUSIÓN

La inminente regulación de los préstamos en moneda extranjera llega tarde. Y llega tarde por dos razones. La primera, porque este tipo de préstamos apenas ya se otorga. Ya no se suelen ofrecer como alternativa a la financiación cuando de cliente minoristas se trata [según el INE, a noviembre de 2015, el 92,4 % de los préstamos hipotecarios estaban referenciados en el euríbor y la moneda pactada era el euro (www.ine.es)]. Es más, éstas han representado un porcentaje muy pequeño del total de hipotecas concedidas en nuestro país. ASUFIN en el Informe que elaboró sobre la hipoteca multidivisa, en 2016, advierte que en España existen alrededor de unas 70.000 hipotecas multidivisas de las cuales el 46% ha sido en yenes, el 52% en francos suizos y el 2% restante en otras monedas. Esto ha supuesto un total de 14.000 millones de euros indexados en otras monedas diferentes del euro (“La evolución judicial de la hipoteca multidivisa en España: hacia un consenso jurídico a favor de los consumidores”, Informe de 30.06.2016, <https://asufin.com/wp-content/uploads/2016/06/160630-2-INFO-RME-Hipoteca-Multidivisa.pdf>.

Fecha de la consulta: diciembre 2017). Si se tiene en cuenta que entre los años 2005 y 2011 se concedieron más de 5 millones de hipotecas en España cada una de las cuales garantizada un préstamo de media de 200.000 euros, se puede colegir que las hipotecas multidivisa, cuyo grueso se concedió entre 2006 y 2007, han representado un porcentaje de entre el 13 y el 14 % del total de préstamos hipotecarios concedidos, por lo que no han supuesto realmente un riesgo relevante para el sistema financiero español (Héctor Simón Moreno / Miriam Anderson, “The Impact of the Mortgage Credit Directive 2014/17/UE in Spain” WP 8/2017, http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/106294/1/WP_2017_8.pdf. Fecha de la consulta: diciembre 2017).

Así que tanto la Directiva 2014/17/UE como el PL llegan tarde, si con ello se pretendía proteger al prestatario en caso de préstamos denominados en moneda extranjera. Y no sólo por la disminución importante del volumen de hipotecas multidivisas, concedidas en la actualidad, sino también por el hecho de que los tribunales ya se han encargado de protegerlo convenientemente.

La segunda, porque cuando el prestatario pretende la conversión de la moneda extranjera a moneda nacional -ésta es una de las medidas que prevé la Directiva (art. 23) y el PL (art. 18)- es más que probable que ya no pueda hacer frente al pago de las cuotas, siendo como suele ser (en todo caso, habrá que estar a lo que la Orden ministerial diga respecto de las condiciones de ejercicio de la facultad de conversión, si llega a decir algo) requisito de su solicitud el no tener ninguna cuota pendiente de pago, esto es, vencida y no satisfecha, no podrá ejercer la referida facultad de conversión.

Si está al corriente del pago de las cuotas y pretende la conversión, ésta se hará sobre el saldo vivo consolidado en el momento en que se solicita el cambio, lo que determinará, muy previsiblemente, que la cuota mensual que se tenga que satisfacer diste mucho de la cuota que se pagaba en el momento de la celebración del contrato, así como el importe del capital adeudado llegando incluso a ser superior al valor de tasación del inmueble puesto en garantía. Esta situación es puesta de relieve por el TS en la sentencia de 15 de noviembre de 2017, en su fundamento de derecho octavo núm. 47. Esto supone que el prestatario titular de la facultad de conversión seguirá pagando las incrementadas cuotas que seguía pagando, pero en la moneda nacional de acuerdo con el nuevo índice de referencia, lo que impedirá que su situación siga empeorando para el futuro. En ningún caso supone que sus cuotas periódicas vayan a disminuir y que si lo hacen sea una disminución considerable.

De todos modos, hay que tener presente que la regulación tampoco pretende dar especial protección a aquellos consumidores “listillos” que aceptaron el otorgamiento de una hipoteca en garantía de un préstamo multidivisa para aprovecharse de la ventaja competitiva respecto de otro tipo de préstamo que había, en el momento de ese otorgamiento, en el mercado del crédito.

En cualquier caso, a la vista de la jurisprudencia existente en nuestro país, al prestatario le convendrá más demandar la nulidad por falta de transparencia de la cláusula de moneda extranjera -menos por error en el consentimiento- que ejercer la facultad de conversión que forma parte de su posición deudora. Con la regulación venidera de los préstamos en moneda extranjera sólo se conseguirá, en el mejor de los casos, que la situación económica de los deudores (hipotecarios) no empeore a futuro. En realidad, la menor de sus preocupaciones porque lo que, de

verdad, quieren es corregir una decisión que adoptaron evitando asumir sus consecuencias. Ni siquiera, como ha quedado dicho, será obstáculo el acta notarial a la que alude el art. 13 PL pues la fe pública notarial tiene valor de presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* .

No quisiera dejar pasar este comentario para advertir de la innecesariamente complicada redacción de la sentencia de 15 de noviembre de 2017. Los argumentos resultan redundantes y se ofrece información jurídica excesiva que hace la resolución difícilmente legible y poco transparente. Lo contrario justo de lo que en ella se postula y se exige. Y es que, al final, “más es menos”.