



**Universitat Autònoma de Barcelona**

# **EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA**

**LA HIPOTECA MULTIDIVISA**

**Oriol Roa Aymerich**

**Trabajo de fin de grado**

**4º de Derecho**

**Dir. Joan Manel Abril Campoy**

**Fecha de entrega: del 7 al 11 de mayo de 2019**



## **RESUMEN / ABSTRACT**

*El presente Trabajo de Final de Grado analiza el desarrollo normativo y jurisprudencial del actual Doble Control de Transparencia en sede de la conocida popularmente como Hipoteca Multidivisa. Ello resulta interesante en la actualidad, más aún después de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo que sentó las bases del sistema actual de control judicial de las cláusulas abusivas. De este modo, con la cooperación necesaria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha desarrollado lo que la norma, por sí sola, no ha podido o no ha querido desarrollar en materia de protección de los consumidores. Para el concreto caso del presente estudio, la concreción de la naturaleza jurídica de la Hipoteca Multidivisa ha determinado la aplicabilidad de los actuales controles de Transparencia y de Abusividad, siendo de vital importancia para el mantenimiento del equilibrio contractual entre el Profesional y el Consumidor en materia de crédito hipotecario.*

*This final paper analyse the regulatory and jurisprudential development of the current Double Control of Transparency in the specific case of Multi-Currency Mortgage. Nowadays is very interesting, even more after the judgement of the supreme court of May 9, 2013 about mortgage floor rate that laid the foundations of the current judicial control system of abusive clauses. In this way, with necessary cooperation of the Court of Justice of the European Union, it has developed what the rule alone hasn't been unable or unwilling to regulate in terms of consumers protection. In the concrete case of the present research, the concretion of the legal status of Multi-Currency Mortgage has determined the applicability of current transparency and abuse controls. These are very important to preserve the balance between the professional and the consumer in terms of mortgage credit.*

**PALABRAS CLAVE:** Hipoteca Multidivisa, Cláusulas Abusivas, Control de transparencia, Control de abusividad, Condiciones Generales de la Contratación, Contrato de adhesión, Consumidores y Usuarios.

**KEYWORDS:** Muti-Currency Mortgage, Abusive Clauses, Transparency control, Abuse control, General Conditions of Contract, Membership agreement, Consumers and Users.

## **ABREVIATURAS**

<b>CE</b>	Constitución Española de 1978
<b>CEE</b>	Comunidad Económica Europea
<b>CGPJ</b>	Consejo General del Poder Judicial
<b>EUA</b>	Estados Unidos de América
<b>LCGC</b>	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000
<b>LGDCU</b>	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
<b>LMV</b>	Ley del Mercado de Valores
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<b>LRCCI</b>	La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario
<b>MIFID I</b>	Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (I)
<b>MIFID II</b>	Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros (II)
<b>RDL</b>	Real Decreto-Ley
<b>RDLeg</b>	Real Decreto Legislativo
<b>RN</b>	Reglamento Notarial
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>STJUE</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TRLGDCU</b>	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>UE</b>	Unión Europea

## **ÍNDICE DE CONTENIDOS**

<b>1. INTRODUCCIÓN:</b> .....	6
<b>2. RÉGIMEN JURÍDICO</b> .....	9
<b>2.1. RÉGIMEN ESTATAL</b> .....	11
<b>2.1.1. La Constitución Española de 1978</b> .....	11
<b>2.1.2. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.</b> .....	15
<b>2.1.3. El RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias</b> .....	17
<b>2.1.4. Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV)</b> .....	18
<b>2.1.5. La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LRCCI)</b> .....	19
<b>2.2. RÉGIMEN EUROPEO</b> .....	19
<b>2.2.1. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.</b> .....	19
<b>2.2.2. Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014</b> .....	20
<b>2.2.3. Directivas MIFID I y II</b> .....	21
<b>3. EL CONTRATO DE ADHESIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL MERCADO DE CRÉDITO HIPOTECARIO</b> .....	22
<b>4. EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA DE CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS PREDISPUESAS</b> .....	27
<b>4.1. EL CONTROL DE INCORPORACIÓN O CONTROL DE TRANSPARENCIA FORMAL</b> .....	29

<b>4.2. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL O CUALIFICADO...</b>	<b>30</b>
<b>4.2.1. Fundamento del Control material, cualificado o sustantivo.....</b>	<b>35</b>
<b>4.2.2. Alcance del control material: Consumidores vs. Profesionales.....</b>	<b>39</b>
<b>5. EL CONTROL NOTARIAL DEL CRÉDITO HIPOTECARIO .....</b>	<b>40</b>
<b>6. LA HIPOTECA MULTIDIVISA.....</b>	<b>43</b>
<b>6.1. CONSIDERACIONES PREVIAS: .....</b>	<b>43</b>
<b>6.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA HIPOTECA MULTIDIVISA: .....</b>	<b>48</b>
<b>6.3. EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA EN SEDE DE LA     HIPOTECAS MULTIDIVISA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA: .....</b>	<b>53</b>
<b>7. CONCLUSIONES FINALES.....</b>	<b>58</b>
<b>TABLA JURISPRUDENCIAL .....</b>	<b>61</b>
<b>LEGISLACIÓN .....</b>	<b>62</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>63</b>

## **1. INTRODUCCIÓN:**

El siglo XX se inicia con el fin de la segunda revolución industrial que desde mediados de los tiempos decimonónicos llevó a la sociedad a un auge nunca antes visto. La llegada del avión, el automóvil, las telecomunicaciones y demás inventos frutos de una época de progreso obligaron al rediseño de las relaciones comerciales.

Las grandes empresas<sup>1</sup> empezaron a expandir sus mercados, su oferta ya no se limitaría nunca más al reducido mercado del cliente de proximidad o al que, por su naturaleza, se pudiera llegar con el uso del ferrocarril o del barco, sino que se expandiría de forma global iniciándose a mediados de siglo lo que actualmente conocemos como globalización.

Las empresas del sector bancario no se quedaron atrás pues con el cambio industrial también llega el cambio económico. Fue entonces, cuando se empezaron a idear nuevos productos que no tuvieran que ser negociados con cada cliente, pues el gran número de estos hacía imposible la viabilidad de la negociación bilateral que se había llevado a cabo antaño. Tenían que poder ser ofrecidos a gran escala, estableciendo la forma contractual del Contrato de adhesión, cuyo clausulado es impuesto por una de las partes sin la intervención de la otra en su decisión, limitándose la capacidad del adherente a manifestar su consentimiento en sentido positivo o negativo a adherirse al contrato. De esta manera la autonomía de la voluntad de la contraparte contratante se reduce a una mínima expresión induciéndola necesariamente a ser la parte débil del contrato.

Cuando se utiliza el contrato de adhesión a gran escala, lo que se está haciendo realmente es el ofrecimiento de un mismo contrato a los potenciales clientes, relegando a todos ellos a una posición más débil e incrementando las posibilidades de la abusividad del clausulado. Es a partir de la aparición de estas prácticas contractuales que aparece el consumidor, que es aquél cliente potencial capaz de participar a modo de comprador de bienes o servicios en multitud de mercados y el cuál ve mermada su autonomía de la voluntad en pro de las grandes

---

<sup>1</sup> La definición de empresa seguida a lo largo del trabajo va a ser la de URÍA GONZÁLEZ, R., *Derecho Mercantil*, 27ª Edición, Madrid, Marcial Pons, p.32. “El ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar el mercado de bienes o servicios”.

empresas que imponen su clausulado. Todo ello llevó a la necesidad del reconocimiento del sujeto del Consumidor como sujeto contractual débil y también de establecer una regulación sobre los clausulados, ofrecidos de la misma e indistinta forma a todo cliente potencial o consumidor, utilizados para agilizar la contratación. Estas cláusulas predispuestas son las llamadas Condiciones Generales de la Contratación las cuales tienen como finalidad ser integradas genéricamente en multitud de contratos estas se ven sometidas, en mayor o menor medida, al control de los tribunales y a las prerrogativas legales que aumentan la seguridad en la contratación y buscan reducir la desigualdad contractual existente entre consumidor y profesional.

A partir de los años cincuenta la aparición del sujeto consumidor llevó a la comunidad internacional a reconocerle una serie de derechos dignos de ser protegidos. Especialmente se produjo en Europa, en la antigua Comunidad Económica Europea (en adelante, CEE) y en Estados Unidos de América (en adelante, EUA). En el caso de España, la primera regulación protectora del consumidor llegó en el año 1984 con la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU). De esta forma se inició el desarrollo legislativo proteccionista de los consumidores y usuarios en el Estado español.

Como bien es sabido, el mero reconocimiento de los derechos no garantiza su ejercicio ni su protección, por ello el control judicial ejercido por los Tribunales sobre la contratación con consumidores y, por ende, de las cláusulas abusivas, debe de ser definido y acotado para obtener la mayor protección. Necesariamente deben existir textos legales que regulen y determinen las garantías y procedimientos a seguir, pero en multitud de casos el legislador no delimita con claridad o con todas las garantías, es en ese momento cuando el trabajo jurisprudencial de los tribunales, tanto nacionales como europeos, es de vital importancia para garantizar el ejercicio de los derechos y equilibrar la balanza contractual en favor del consumidor. En otras palabras, el legislador deja en manos de la justicia la delimitación y concreción de los procedimientos y garantías aplicables en lo relativo al control y, en específico, el de transparencia, tanto formal como material, como se verá en el presente trabajo.

Algunos autores critican esta situación, pues consideran que la creación jurisprudencial del control de transparencia material se sobrepasa las atribuciones y potestades conferidas al Poder Judicial, produciéndose, de alguna manera, una creación judicial del Derecho que debería ser atribuida únicamente al Poder Legislativo.

El presente estudio versa sobre el mercado del crédito hipotecario en sede de contratación con consumidores, en concreto el caso de la Hipoteca Multidivisa<sup>2</sup>. El crédito hipotecario ha venido siendo estos últimos años la más importante inversión financiera por parte de los ciudadanos, de este modo, el Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas de 2007 ya visionaba que:

“El crédito hipotecario es, para la mayoría de los ciudadanos de la UE, la inversión financiera más importante de su vida. Los mercados de crédito hipotecario constituyen una parte significativa de la economía de Europa, como demuestra el hecho de que el saldo vivo de crédito hipotecario para la adquisición de vivienda represente el 47% del PIB de la UE”<sup>3</sup>.

Dados los números a nivel europeo, no es de extrañar que, a medida que se incrementan las garantías del ejercicio de los derechos de los consumidores y el control sobre el clausulado, se incrementen los litigios por cláusulas abusivas. Una muestra clara es el plan de especialización que se llevó a cabo en el año 2017 por parte del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) a través del cual, a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 21 de diciembre de 2016 sobre cláusulas suelo, se aprobó la especialización de 54 juzgados para conocer de estos litigios en especial<sup>4</sup>.

El presente estudio quiere trabajar en profundidad la implantación del actual doble control de transparencia con el que, además del control de incorporación o formal, se busca controlar la transparencia material que es la constatación de que el consumidor adherente conoce de forma real y completa el contenido del clausulado, así como su funcionamiento centrándose en el crédito hipotecario y, en concreto del

---

<sup>2</sup> Hipoteca denominada en divisa extranjera con o sin cláusula multidivisa.

<sup>3</sup> COM (2007). Libro Blanco. Bruselas, 18 de diciembre de 2007, 807 final, p.2 *Apud.* HYPOSTAT 2005: A review of europe’s Mortgage and Housing Markets, Federeación Hipotecaria Europea, noviembre de 2006, p. 140

<sup>4</sup> CGPJ. Comunicación del Poder Judicial de 25 de mayo de 2017. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-la-especializacion-de-54-juzgados-para-conocer-de-los-litigios-por-las-clausulas-suelo>

préstamo hipotecario denominado en divisas o hipoteca multidivisa, que es el nombre por el que se ha conocido popularmente a este préstamo, pudiendo hacer referencia indistintamente al préstamo hipotecario con o sin cláusula multidivisa.

De esta manera, a lo largo de las siguientes páginas se delimita el ámbito de aplicación del doble control de transparencia, la naturaleza jurídica de la hipoteca multidivisa y como los tribunales han tratado jurisprudencialmente este control en este específico caso tan extendido y actual.

## **2. RÉGIMEN JURÍDICO**

Una de las primeras referencias a los Derechos de los consumidores la encontramos en el *Special Message to Congress on Protecting the Consumer* que pronunció el Presidente de los Estados Unidos John F. Kennedy el 15 de marzo de 1962. Se anunciaron los llamados actualmente como *JFK's Four Consumers Rights*. Ya en la campaña electoral de 1960, John F. Kennedy prometió que elevaría a alta prioridad la problemática de la protección de los consumidores y, al ser elegido, promovió una serie de reformas en diferentes departamentos y agencias destinadas a la reorganización general en pro de la protección de los consumidores. Así pues, en su Mensaje Especial al Congreso de 1962 listó los cuatro derechos siguientes<sup>5</sup>:

- El derecho a la seguridad: en el sentido de estar protegidos contra la comercialización de bienes que son peligrosos para la salud o la vida.
- El derecho a ser informados: dirigido a la protección del consumidor ante las prácticas fraudulentas, la ocultación de información, el etiquetado, la propaganda, etc. También para asegurar una elección informada. Este derecho es, probablemente, el más representativo junto al de elección y al de ser oído en lo relativo al objeto del presente trabajo, pues el doble control de transparencia y, en especial, su segunda vertiente (el control de transparencia material) precisamente hace un exhaustivo análisis de la

---

<sup>5</sup> LAMPMAN, R.J.; DOUTHITT, R.A. The consumer Bill of Rights thirty-five years later. *Advancing the Consumer Interest*, 1997, 9.2: p. 4 a 6

información objetiva recibida por el consumidor a la hora de contratar productos financieros como la Hipoteca multidivisa.

- El derecho a la elección: protegiéndose al consumidor al darle la posibilidad de elegir entre diferentes productos o servicios a precios competitivos y asegurando su calidad y transparencia de manera razonable.
- El derecho a ser oído: para asegurar que los intereses de los consumidores tendrán un trato adecuado por la política gubernamental además de un trato expeditivo y razonable ante los tribunales. Atendiendo a la naturaleza del Control de transparencia de las cláusulas abusivas, es claro que este derecho se erige como fundamental en tanto que, sin la justa protección frente a los tribunales y los organismos públicos, el ejercicio de todos los derechos, sean especiales de los consumidores o no, se vería mermado.

Posteriormente, los Presidentes de EUA que siguieron, tales como Richard M. Nixon o William J. Clinton, engrandaron la lista de derechos.

De la misma forma y contemporáneamente, en Europa se había consolidado una política de protección al consumidor, pues en el artículo 3 del Tratado de Roma de 1957 por el que se constituyó la Comunidad Económica Europea (en adelante, CEE) se estipuló como principio que la CEE debía fomentar un armonioso desarrollo en el conjunto de la Comunidad de las actividades económicas, la expansión conjunta y equilibrada y la elevación acelerada del nivel de vida. En este sentido, en los años setenta se llevaron a cabo distintos movimientos tanto a nivel europeo como internacional, como por ejemplo la Resolución del Consejo de la CEE de 14 de abril de 1975 que establecía un Programa Preliminar fijado a la protección de los consumidores y la Resolución de 9 de abril de 1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Directrices para la protección de los Consumidores<sup>6</sup>.

Es en este ambiente que se produce la constitucionalización de los derechos de los consumidores en la Constitución Española (en adelante, CE), así pues, una vez establecido el marco constitucional en 1978 y con una comunidad internacional,

---

<sup>6</sup> ANGELINA GONZÁLEZ, F.J.. La Constitución y la protección de los consumidores. In: *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*. JM Bosch Editor, 2003. p. 467-474

incluida la CEE, proclive a la protección del consumidor, se empieza a desarrollar el marco jurídico de protección del consumidor y en consecuencia el del control efectivo de los derechos de los consumidores que rige hoy en día, estableciéndose, entre otros, el Doble Control de Transparencia que, aunque creado jurisprudencialmente, es de plena aplicación y de vital importancia a la hora de determinar la abusividad de las cláusulas en contratos con consumidores, en especial en sede de la contratación bancaria en materia de hipotecas que ocupa el presente estudio.

## **2.1. RÉGIMEN ESTATAL**

### **2.1.1. La Constitución Española de 1978**

El régimen jurídico en materia de consumidores se consagra por primera vez a nivel estatal en la Constitución Española de 1978 que recoge en su articulado un mandamiento claro proteccionista del consumidor. Consagrado en el artículo 51 dentro del Capítulo III del título I de nuestra Carta magna bajo el epígrafe “Principios Rectores de la Política Social y Económica”.

La característica principal de los nombrados “principios rectores” es el régimen de garantías, atribuyéndoseles una protección judicial de menor intensidad que a los otros derechos contenidos en el mismo título (art. 53.3 CE). Aparicio los define, en base a su función normativa, como “la consagración constitucional de determinados compromisos que obligan al Estado de forma previa con relación a ciertas materias de carácter social y económico”<sup>7</sup>.

La mayoría de constitucionalistas no aceptan la interpretación que afirma que el artículo 168.1 CE crea dos niveles distintos de constitucionalidad, en el sentido que los principios rectores se encontrarían en un nivel constitucional inferior al de otros derechos contenidos en el mismo texto constitucional. De esta

---

<sup>7</sup> APARICIO PÉREZ, M.A.; BARCELÓ I SERRAMALERA, M.. Manual de Derecho Constitucional. Atelier, 2012, p. 773.

manera, como dice Prada Fernández, hay que concluir que las normas contenidas en la CE como principios rectores:

“tienen el rasgo super-primario o supremo de cualquier norma constitucional y, por eso, el Tribunal Constitucional ha debido reconocer que esos preceptos también constituyen parámetro de referencia para la determinación de la constitucionalidad de las leyes”<sup>8</sup>.

El mismo autor, añade que los principios rectores que se enuncian en el Capítulo III del Título I de la CE cuentan con la fuerza actica del texto constitucional, en el sentido que, desde que la Constitución fue aprobada en 1978, toda norma con rango inferior y que cuente con contenido imposible y no compatible con la carta magna queda derogado automáticamente. Además, también cuentan con fuerza pasiva constitucional, al tener una *vis resistendi* que impide que estos principios sean derogados unilateralmente por los poderes públicos fuera de la reforma constitucional<sup>9</sup>. Por último, estos principios no pueden ser controlados, siendo inmunes a la fiscalización por parte de los poderes públicos, incluido el Tribunal Constitucional<sup>10</sup>.

El artículo 53.3 CE establece las garantías que serán de aplicación a estos principios rectores que se han descrito anteriormente, disponiendo lo siguiente:

Art. 53.3 CE “[...] informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes”.

De lo dispuesto en este precepto se desprende la afirmación de que los principios rectores tienen eficacia jurídica, siempre que se visiona más allá de la exigibilidad jurisdiccional, complicada en el caso de los principios rectores. Ahora bien, el hecho que la exigibilidad jurisdiccional no tenga aplicabilidad directa desde la Constitución ante los tribunales no limita los efectos que como norma *erga omnes* informa y vincula a los poderes públicos. Todo ello a consecuencia de la rigidez

---

<sup>8</sup> PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J.L.. Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional. *Revista de estudios políticos*, 2003, nº122, p. 282.

<sup>9</sup> APARICIO/BARCELÓ, *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit., p.774.

<sup>10</sup> PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, *Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional*. Op. Cit., p. 283.

constitucional que presentan estas disposiciones. A esto hay que añadir la separación de poderes existente entre los distintos poderes públicos y en especial el Poder Judicial al cual los principios rectores le proporcionan eficacia en su interpretación y la importante eficacia negativa, en el sentido que el Poder Judicial no puede contravenir el sentido establecido por estas disposiciones de rango constitucional<sup>11</sup>.

En el concreto caso de los consumidores y usuarios, el artículo 51 CE establece lo siguiente:

“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

La sentencia de 10 de febrero de 1992, en su fundamento jurídico onceavo, relata su naturaleza de principio rector:

“Este precepto enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios. Los cuales, al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución [STC 19/1982, fundamento jurídico 6.º]. Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 de la Constitución), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio. Así ocurre con el art. 51.1 de la Constitución, que determina unos fines y unas acciones de gran latitud, que pueden ser realizados con fórmulas de distinto contenido y alcance. Pero, en cualquier caso, son normas que deben informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3 de la Constitución)”<sup>12</sup>.

De lo planteado por el Tribunal Constitucional es claro que, aunque este precepto puede tener distinto alcance y se pueden utilizar fórmulas de distinto contenido, las normas en él contenidas informaran tanto la legislación como el haber de los Tribunales.

---

<sup>11</sup> APARICIO/BARCELÓ, *Manual de Derecho Constitucional*, Op. Cit., p.776-778.

<sup>12</sup> STC (Pleno) núm. 14/1992, de 10 de febrero.

La estructura de este artículo permite dividirlo en tres apartados que son distinguidos por el Sr. Angelica. En primer lugar, dicta proteger la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios haciendo un mandamiento a los poderes públicos para que garanticen sus derechos, tanto en el contenido de los propios derechos como mediante procedimientos eficaces. En segundo lugar, se manda la promoción de la información y la educación de los consumidores y usuarios con la obligación de los poderes públicos de fomentar las Organizaciones de Consumidores y darles audiencia. En este sentido, recordar el cuarto derecho enunciado por John F. Kennedy en 1962, el derecho a ser oído. En tercer y último lugar, se lanza un mandamiento a los poderes públicos a que se regule por ley el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales<sup>13</sup>.

El legislador no fue renuente a la hora de realizar los mandamientos encomendados y permitió su exigibilidad ante los tribunales ordinarios a través de la *interpositio legislatoris*, que es la positivización legislativa de los derechos de los consumidores y usuarios, establecidos como principios rectores en la CE, como derechos subjetivos. De este modo, en el año 1984 se dictó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Esta estableció un conjunto normativo de gran importancia en materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, de hecho en su artículo 2 se listaron a modo de declaración los derechos básicos de los ciudadanos al actuar como consumidores y usuarios en el mercado. En su preámbulo dispuso que la ley aspiraba “a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa. Actualmente estos están establecidos en el artículo 8 del RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

En conclusión, en términos constitucionales, los derechos de los consumidores y usuarios, así como sus garantías, deben de ser positivizados para alcanzar el nivel de derechos subjetivos adquiriendo exigibilidad ante los tribunales

---

<sup>13</sup> ANGELINA GONZÁLEZ, F.J., La Constitución y la protección de los consumidores. In: *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*. JM Bosch Editor, 2003. p. 468.

ordinarios. Sin embargo, por la simple clasificación como principios rectores, dotados de rigidez constitucional, estos informan y obligan a los poderes públicos sin que estos puedan contravenir, bajo ningún concepto, excepto la modificación constitucional, lo dispuesto en nuestra carta magna.

### **2.1.2. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.**

Como veremos más adelante (ver apartado: 3), la mayoría de contratos de préstamos de crédito hipotecario con riesgo de existencia de cláusulas abusivas se celebran por medio de condiciones generales con la forma de contrato de adhesión. Estas se regularon especialmente en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC).

El artículo 1.1 de la misma ley establece el ámbito objetivo, pero además incluye una definición de las condiciones generales de contratación en los siguientes términos:

“Son 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”.

Sin embargo, una cláusula únicamente podrá ser declarada o considerada abusiva cuando el contrato en cuestión haya sido celebrado con un consumidor, así lo establece el RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) en su disposición 84 cuando dice “[...] en perjuicio del consumidor y usuario”. De esta manera la LCGC remite al TRLGDCU toda la regulación relativa a cláusulas abusivas.

La profesora Virgílica Múrtula denota a lo largo de sus páginas<sup>14</sup>, que lo dispuesto por el TRLGDCU se aleja de lo establecido en los Principios de Derecho

---

<sup>14</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V., La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos. Editorial Reus, 2012, p. 59 y ss.

Europeo de Contratos, pues en el artículo 4:110 se prevé la aplicación general del control de fondo de las condiciones generales, indistintamente de las personas que celebren el contrato. De ello, concluye la autora que es difícil de entender por qué se produce esta distinción y se excluye al no consumidor en lo relativo a la declaración de abusividad de las cláusulas, aunque el preámbulo de la LCGC establece que “esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual”. De esta manera, los pequeños profesionales quedan a merced de la interpretación de los tribunales al respecto, no siendo de aplicación las garantías aplicables a los consumidores. Sin embargo, si serán de aplicación a ambos sujetos las normas generales de la LCGC.

Otro aspecto importante es la consecuencia de la inclusión de cláusulas negociadas en los contratos de adhesión con condiciones generales. En este sentido el artículo 1.2 LCGC establece que “[...] aunque varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto de contrato [...]”. Por ello, no implica que con la inclusión de dichas cláusulas se pierda la naturaleza de contrato de adhesión y, por lo tanto, la sujeción a la LCGC<sup>15</sup>.

Los artículos 5 y 7 de la LCGC establecen lo que se conoce como control de incorporación o de inclusión, que, según relata Alfaro Águila-Real, es el que se establece para la supervisión de los requisitos de tienen de cumplir las condiciones generales y las cláusulas no negociadas para poder ser integradas en un contrato<sup>16</sup>. Como se verá en el presente trabajo, este control se corresponde con la vertiente formal y el deber de transparencia. Con ello la Ley quiere proteger al adherente para que toda aquella cláusula que no cumpla con los requisitos del artículo 7<sup>17</sup> no sea incorporada al contrato.

---

<sup>15</sup>Ibíd., p.62

<sup>16</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid, 1991, p.204

<sup>17</sup> Art. 7 LCGC: *No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.*

Los requisitos establecidos en la LCGC son de aplicación a todos los contratos, sean con consumidores o no, por lo que es una garantía general para todos aquellos contratantes de contratos con condiciones generales.

El problema que existe en el control de inclusión es que no analiza el conocimiento real del contenido de las cláusulas y solo versa sobre su existencia. El control sobre el contenido o control de abusividad, sin embargo, no se encuentra regulado en la LCGC, sino que se hace remisión al TRLGDCU. De esta forma, solo será de aplicación, en principio, para consumidores.

### **2.1.3. El RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias**

Este Real Decreto Legislativo, tal y como relata su preámbulo, da cumplimiento a la previsión contenida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, refundiéndose en un mismo texto la ley de 1984 con otras dictadas en transposición de directivas europeas armonizándose los dispersos textos legales.

El artículo 3 del texto refundido establece el concepto de consumidor y de usuario, siendo este el siguiente:

“Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”

El deber de protección del consumidor resta siempre por encima, por lo que, de manera similar al Derecho laboral, toda norma sectorial más beneficiosa para el consumidor o usuario va a prevalecer, así se determina en el artículo 59.2 TRLDCU.

Si nos fijamos en los artículos 80.1 y 82.1 TRLDCU, hay que destacar que el ámbito de esta norma se refiere a los contratos con cláusulas no negociadas y/o condiciones generales. Para probar si una cláusula es negociada o no, la ley atribuye la carga de la prueba al profesional, siendo este el único que va a poder desvirtuar el carácter no negociado de una cláusula.

Lo más importante para el presente trabajo es el control de contenido o de abusividad que se prevé en esta norma. De este modo, el artículo 82.1, establece la definición de cláusula abusiva, que será afrontada más profundamente en el apartado 3 del presente estudio. Esta definición y lo previsto expresamente como cláusulas abusivas por el mismo texto normativo tienen el “fin de orientar al juez a la hora del control de las cláusulas abusivas, sin pretender un carácter exhaustivo”<sup>18</sup>. Los criterios generales, pese a todo, serán siempre la buena fe y el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

La normativa aplicable en el control y valoración de la abusividad del clausulado no tiene por qué regularse e interpretarse por una norma con rango de Ley, sino que se puede acudir a los usos, la buena fe o a otros principios generales del Derecho<sup>19</sup>. Aun con eso, toda cláusula que sea discrepante con una norma no lleva necesariamente a la apreciación de abusividad, sino que, además, habrá que determinar si la cláusula supuestamente abusiva se entromete en el ejercicio de los derechos del consumidor<sup>20</sup>

#### **2.1.4. Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV)**

La LMV, como se verá en el desarrollo del presente trabajo, solo tuvo su peso en sede de los préstamos hipotecarios denominados en divisa extranjera o hipotecas multidivisa cuando el Tribunal Supremo determinó que estos préstamos se debían calificar como instrumentos financieros complejos. Afortunadamente, y gracias a una sentencia del TJUE, esta apreciación doctrinal se modificó y dejó de ser de aplicación en estos casos. Para más información ver el apartado 6.2.

---

<sup>18</sup> MÚRTULA LAFUENTE, V., La protección frente a las cláusulas abusivas, Op. Cit., p. 67

<sup>19</sup> PAGADOR LÓPEZ, J. Título II. Las condiciones generales y cláusulas abusivas. La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007), 1ª ed., Madrid, 2011, p. 1430

<sup>20</sup> MIQUEL GONZALEZ, J. Mª. Comentario a los arts. 82 a 84 del TRLGDCU, *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Madrid, 2011, p. 743

### **2.1.5. La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LRCCI)**

La muy reciente Ley 5/2019 prevé su entrada en vigor para el 16 de junio del año 2019. Con ella España transpone de forma parcial la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, que establece un régimen específico de protección de las personas consumidoras de créditos hipotecarios sobre bienes inmuebles de uso residencial. Según su preámbulo, en su parte interesante para este trabajo, la Ley:

“contiene normas de transparencia y de conducta que imponen obligaciones a los prestamistas e intermediarios de crédito, así como a sus representantes designados, completando y mejorando el actual marco existente de la referida Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o Crédito”<sup>21</sup>.

Esta Ley es importante para lo relativo a las obligaciones del notario como garante y controlador previo de las condiciones de transparencia. Así se verá en el apartado 5<sup>22</sup>.

## **2.2. RÉGIMEN EUROPEO**

### **2.2.1. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.**

Esta Directiva es la que sustenta y sienta las bases del régimen del control de transparencia en todos los países de la Unión Europea. El TJUE se ha pronunciado en multitud de sentencias para acotar e interpretar el contenido de dicha Directiva. Por este motivo, los Tribunales españoles, se ven obligados a

---

<sup>21</sup> Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Preámbulo, apartado III.

<sup>22</sup> Para más información, Vide. LONGO MARTÍNEZ, A.A., Estudio práctico de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/estudio-practico-de-la-ley-5-2019-de-15-de-marzo-reguladora-de-los-contratos-de-credito-inmobiliario/#incluidos>

respetar estas interpretaciones, en tanto que el artículo 4 bis LOPJ les establece este mandamiento.

De la interpretación de esta norma se ha desarrollado el, tratado ampliamente en el apartado 4.2, Control de Transparencia material. Precisamente de lo establecido en el artículo 4.2, que presenta una exclusión del control de abusividad cuando se trate de cláusulas relativas al objeto principal del contrato, pero, de la interpretación del TJUE y de las demás normas que conforman el cuerpo normativo, se ha determinado que las cláusulas de esta índole, una vez superado el control de incorporación, van a tener que superar un control cualificado en términos de transparencia, que, como se verá más adelante, van a determinar la abusividad o no del clausulado.

En definitiva, esta Directiva es la más importante para lo que atañe al presente Trabajo, por lo que a lo largo de las páginas se ha plasmado como se ha desarrollado jurisprudencialmente y que efectos y consecuencias tiene.

### **2.2.2. Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014**

Esta Directiva está destinada a la dotación para los consumidores de una mayor protección a la hora de contratar préstamos para la adquisición de bienes inmuebles. El artículo 3 dispone que su ámbito de aplicación son “los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial”.

Para el presente Trabajo es importante resaltar lo dispuesto en el considerando cuarto pues este establece que se han detectado muchos problemas con

“la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado, incluidos los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias. Algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los

consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban”.

En este sentido se pronuncia el presente estudio, al indagar en cómo se ha intentado resolver esta problemática por parte de los Tribunales, al dar respuesta al vacío normativo para controlar la comprensión adecuado de los distintos clausulados. Este mismo preámbulo, como se puede ver en la cita anterior, pone de relevancia aquellos créditos denominados en divisa extranjera, los cuales serán tratados ampliamente más adelante.

Como apunta Añón Calvete<sup>23</sup>, esta problemática se ha visto incrementada por la fuerte crisis económica que ha magnificado los riesgos a los que se afrontaban los consumidores al contratar estos productos, así como los desequilibrios.

Además, se añade en el considerando 30 lo siguiente:

“Debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio”

En el apartado 5 se especifican cuáles son las aportaciones más importantes de esta Directiva en lo relativo a la seguridad en la contratación por parte de los consumidores en estos préstamos.

### **2.2.3. Directivas MIFID I y II**

Del mismo modo que en el caso de la LMV, estas Directivas se interpretaron, en un primer momento, de aplicación en los casos de los préstamos denominados en divisas por parte del TS, pero con el pronunciamiento en contra

---

<sup>23</sup> Pássim., AÑÓN CALVETE, J., Hipoteca multidivisa: del imposible derivado financiero al control de transparencia. *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, 2018, no 65.

del TJUE, el Alto Tribunal tuvo que modificar sus consideraciones al respecto declarando finalmente que estas Directivas no son de aplicación a estos productos, declarados no financieros.

Como se verá más adelante en el apartado 6.2, previamente a la pronunciación del TS estableciendo a la Hipoteca Multidivisa como un instrumento financiero complejo, el Banco de España ya se había pronunciado en el sentido en el que más tarde se pronunció el TJUE, diciendo que no eran de aplicación ni la Directiva MIFID I ni la LMV. Sin embargo, el TS se pronunció en un sentido totalmente opuesto que tubo importantes consecuencias, pues al determinar que la Hipoteca Multidivisa incorporaba un derivado financiero se delimitó que el ámbito legal a aplicar en estos casos no era otro que el que establecían la Directiva MIFID I y la LMV. De esta forma, en el caso concreto de las Hipotecas Multidivisa no se procedería a través del Control de Abusividad ni del de Transparencia, sino que los Tribunales, de acuerdo con lo dispuesto legalmente, deberían resolver por la vía del error vicio del consentimiento basándose por lo tanto en el simple incumplimiento de los deberes de información atribuidos directa y expresamente a las entidades de crédito.

Este pronunciamiento anterior fue resuelto por parte del TJUE y, en consecuencia, el TS en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 bis LOPJ tuvo que adecuar sus consideraciones al respecto y reconducir su jurisprudencia.

### **3. EL CONTRATO DE ADHESIÓN Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL MERCADO DE CRÉDITO HIPOTECARIO**

Los contratos de adhesión son difíciles de definir con claridad, pues sobre este existen multitud de definiciones que difieren entre ellas en menor o en mayor medida. Lo que si se puede afirmar es que el contrato de adhesión es una figura proveniente de la doctrina francesa, de esta forma el Sr. Raymons Saleilles, en la

publicación *De la déclaration de la volonté* en el año 1901<sup>24</sup>, definió a estos contratos como aquéllos:

“en los cuales hay predominio de una sola que actúa como voluntad unilateral, en los cuales hay un predominio exclusivo de una sola voluntad que actúa como voluntad unilateral, que dicta su ley no ya a un individuo, sino que, a una colectividad indeterminada, obligándose por anticipado, unilateralmente, a la espera de la adhesión de los que querrán aceptar la ley del contrato, apoderándose de este compromiso creado sobre él mismo” (según traducción de López Santa María<sup>25</sup>).

El contrato de adhesión que nos importa a la luz del presente trabajo no es otro que el que se conforma a partir de condiciones generales de la contratación, teniendo en cuenta que el contrato de adhesión puede darse de forma individualizada y no como contratación en masa, que es la que se lleva a cabo a través de la contratación en masa.

Las condiciones generales ya fueron definidas por el Sr. Federico Castro y Bravo en el año 1961 de manera que estas, por un lado “se consideran como declaración de un empresario, grupo o asociación, que establece las normas a que han de ajustarse los contratos;” y por el otro “[...] se refieren a un determinado contrato, en el que, mediante la aceptación presunta o expresa del cliente, las condiciones entran a formar parte de su contenido”<sup>26</sup>.

Con estas definiciones, el mismo autor denota a lo largo de las páginas las problemáticas que plantean cada una de ellas, versando en la primera sobre si las Condiciones generales pueden ser consideradas fuente del Derecho objetivo y en la segunda sobre el ámbito y límites de la autonomía de la voluntad y el de la renuncia a las leyes.

Otra definición es la que se establece en el artículo 2:209 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PDEC), al definirse las condiciones generales

---

<sup>24</sup> SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*. F. Pichon, 1901

<sup>25</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Los contratos*, 3ª de., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo I: Parte General, n. 176, p.142

<sup>26</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F, et al. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Anuario de Derecho Civil, 1961, vol. 14, nº2, p.298

como aquellas “cláusulas formuladas de antemano para un número indefinido de contratos de cierta naturaleza y que no han sido negociadas individualmente por las partes” (según traducción de DIEZ-PICAZO<sup>27</sup>).

Las revoluciones industriales de los siglos XVIII y XIX marcaron un antes y un después en la historia. Los bienes y servicios ya no se comercializaban de la misma forma y el comercio sufrió una gran expansión. Con ello llegó la incorporación y masificación de los contratos de adhesión<sup>28</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Ballesteros al decir que suele afirmarse que cuando se masifica la producción, la contratación deviene, en consecuencia, de la misma forma masiva<sup>29</sup>.

Este mecanismo de contratación ha sido adoptado por las empresas ya que, como afirma Slawson, las empresas pueden administrar más eficientemente los costos de las contingencias y problemáticas surgidas con los consumidores<sup>30</sup>.

El contrato de adhesión no solo genera beneficios directos para la empresa, sino que también genera, *prima facie*, beneficios para los consumidores, en tanto que, como dice De la Maza, los contratos de adhesión pueden generar más precedentes judiciales y además una disminución del precio de los bienes y servicios negociados<sup>31</sup>.

El contrato de adhesión, aún presentar ciertos beneficios para el consumidor, tiene riesgos intrínsecos a su naturaleza que derivan en numerosos abusos hacia el consumidor adherente, desequilibrándose la balanza contractual en favor de la empresa. Esto toma más relevancia en los contratos bancarios, pues hay que añadir, además, la creciente complejidad de los productos e instrumentos financieros y no financieros lanzados al mercado por parte de las entidades de crédito.

---

<sup>27</sup> DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L., ROCA TRIAS, M<sup>a</sup> E. y MORALES MORENO, A., *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Ed. Civitas, Madrid 2002, p.32

<sup>28</sup> DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?. *Revista chilena de derecho privado*, 2003, no 1, p.109-148

<sup>29</sup> BALLESTEROS GARRIDO, J.A, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999, p.25

<sup>30</sup> SLAWSON, W. D., *Binding promises: The late 20th-century reformation of contract law*. Princeton University Press, 1996. n.6, p.30

<sup>31</sup> DE LA MAZA. Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. Op. Cit., p.9

La situación de desequilibrio contractual provocado por la existencia de una parte predisponente ha dado lugar a las ampliamente conocidas cláusulas abusivas. Estas se han ido delimitando a lo largo del tiempo y a medida que han sido descubiertas en multitud de contratos bancarios y de otra índole. Por ello, es necesario determinar qué son estas cláusulas y como se han regulado por el legislador, además de como los tribunales han dado cubrimiento de protección e interpretación al respecto de las mismas.

Las cláusulas abusivas son aquellas que presentan un carácter claramente desfavorable para la figura del consumidor o adherente. En este sentido, la Directiva 93/13 CEE establece en su artículo 3.1 que las cláusulas abusivas son aquellas que “causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Así pues, parece ser que el problema directo de las cláusulas abusivas es el desequilibrio que se presenta entre las prestaciones a llevar a cabo por el empresario y las que debe llevar a cabo el consumidor.

El vigente RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dedica un capítulo completo a estas cláusulas, siendo en el artículo 82 dónde establece el concepto de cláusula abusiva de la siguiente forma:

“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Este mismo precepto, en su apartado cuarto, dicta qué cláusulas van a ser abusivas en todo caso, siendo las que vinculen al contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o contravengan las reglas sobre la competencia y derecho aplicable.

Al ver el concepto legal de dichas cláusulas, hay que remarcar que en ningún momento se está excluyendo ningún tipo de cláusula, por lo que pueden ser declaradas abusivas tanto cláusulas procedentes de condiciones generales de la contratación como cláusulas negociadas por el propio cliente.

La abusividad en el mercado de crédito hipotecario viene dada de igual forma por la existencia de un desequilibrio contractual entre la entidad bancaria y el cliente consumidor al contratar instrumentos financieros, cuando en la práctica es el segundo el que asume la totalidad del riesgo, dejando a la primera sin efectos de riesgo, aunque entre las partes exista una relación de carácter sinalagmático<sup>32</sup>.

Esto se incrementa cuando los productos ofertados tienen una dificultad y unos riesgos más elevados que otros productos de la misma naturaleza. En este sentido se encuentran los préstamos con garantía hipotecaria denominados en divisas, objeto de especificidad del presente trabajo, los cuales, al estar sujetos a las variaciones del mercado de divisas como elemento accesorio a la determinación del precio de la contraprestación del adherente consumidor, ven incrementado el riesgo y la incertidumbre enormemente.

Como se expone en los próximos apartados, la abusividad en los clausulados de los contratos de adhesión, en el específico caso de la contratación a través de condiciones generales, viene determinada por distintas vertientes dada la existencia de diferentes controles aplicables a las distintas cláusulas. De esta forma, la abusividad de las cláusulas del cuerpo del contrato, es decir de aquellas que no se refieren al objeto principal del contrato o al contenido económico del mismo, van a ser controladas por lo establecido en la LCGC, el conocido como control de contenido o de abusividad. De esta forma, el cliente, aún sin prestar atención o diligencia, a la hora de conformar el contrato, sobre estas cláusulas, estará protegido, pues toda cláusula que sea contraria a lo establecido en el Derecho positivo aplicable o contravenga el Derecho supletorio, los usos o la buena fe, será declarada directamente abusiva e ineficaz.

---

<sup>32</sup> ARGELICH COMELLES, C., Control de transparencia y buena fe en la reciente jurisprudencia sobre la hipoteca multidivisa. *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, no 46, p. 395

En otro sentido se va a apreciar la abusividad de las cláusulas referentes al objeto del contrato o al contenido económico del mismo. Como se verá, la Directiva 93/13/CEE establece en su artículo 4.2 una excepción que excluye el control de contenido. A estas les será aplicable el control de transparencia cualificado o material que, en definitiva, va a analizar si, a parte del control de inclusión o formal que va a determinar si se cumplen con las normas formales, gramaticales y de incorporación, el adherente a conocido o ha podido conocer del alcance y riesgos del clausulado de forma fehaciente pudiendo mostrar de forma libre su consentimiento negocial.

#### **4. EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA DE CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS PREDISPUESAS**

En los últimos años el Tribunal Supremo ha utilizado la transparencia como uno de sus principales criterios de control en sede de contratación bancaria, tanto en su vertiente formal como en su vertiente material.

Actualmente, al control ejercido por los Tribunales sobre la transparencia formal, se le ha añadido, por creación del Tribunal Supremo, el denominado Control de Transparencia cualificado o control material. De esta manera se conforma como un conjunto estableciéndose el Doble Control de Transparencia. El hecho que este segundo control se haya establecido por vía jurisprudencial ha sido criticado doctrinalmente. En este sentido crítico se muestra el Sr. Olivencia al entender que esta creación no tiene fundamento ni base alguna en nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, se está produciendo una intromisión en las potestades del Poder Legislativo en tanto que se está creando Derecho por parte del Poder Judicial<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> OLIVENCIA RUIZ, M., Las cláusulas suelo en los contratos de préstamos bancarios con consumidores: La STS (Sala Primera) de 9 de mayo de 2013. In: *La protección de los consumidores en tiempos de cambio: ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*. Iustel, 2015. p. 256

La primera utilización de esta terminología se encuentra en la famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013<sup>34</sup> sobre cláusulas suelo, cuando empezó a distinguir un doble filtro de transparencia en los contratos con consumidores, de manera que después de efectuar un primer control de incorporación -control formal- se produce un segundo control de transparencia dirigido a la determinación de si el adherente ha tenido conocimiento o ha podido conocer fehacientemente lo contenido en el contrato<sup>35</sup>.

Así pues, como dice el Sr. Miranda, la funcionalidad del control doble de transparencia consiste en que “al Derecho le corresponde propiciar la *posibilidad de conocimiento* –mera posibilidad, repárese– del contenido [...]. A no ser que las cláusulas se refieran a extremos constitutivos del objeto principal o entramado económico del contrato [...]”<sup>36</sup>. En este segundo supuesto, el Derecho deberá garantizar que el conocimiento de tal contenido sea real y efectivo. En el mismo sentido se muestra el Sr. Pazos Castro, cuando afirma que el control de transparencia va más allá del “aspecto formal del consentimiento para pasar a tener un supuesto carácter material, en el sentido de asegurar que la persona consiente los aspectos del contrato que son esenciales”<sup>37</sup>.

Es en el supuesto de este segundo control cualificado o material dónde, dada su naturaleza de creación jurisprudencial, se encuentra mayor dificultad a la hora de ser definido y delimitado. De hecho, aún se encuentra en proceso de creación a través de la reciente jurisprudencia y doctrina de los Tribunales.

---

<sup>34</sup> Vide. STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 241/2013 de 9 de mayo.

<sup>35</sup> *Ibíd.*, FJ 12 – 2.2 Párrafo 210. “*Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.*”

<sup>36</sup> MIRANDA SERRANO, L.M., El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria. *InDret*. 2018. n.º2., p.6

<sup>37</sup> PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, p. 417

#### **4.1. EL CONTROL DE INCORPORACIÓN O CONTROL DE TRANSPARENCIA FORMAL.**

El control de incorporación es el control clásico de abusividad de las cláusulas, estando delimitado y regulado en la LCGC y el TRLGDCU. Clavería Gosálbez lo define como el “conjunto de medidas impuestas por la ley, encaminadas a posibilitar y facilitar el conocimiento, por el adherente, de la existencia, el contenido y el alcance de las cláusulas predispuestas y no negociadas”<sup>38</sup>.

Para superar el control formal hay que observar los requisitos establecidos en el ordenamiento. Los supuestos que interesan en el presente trabajo son únicamente los relativos a los contratos *Business-to-Consumer* (B2C) establecidos en el TRLGDCU. Así pues, como expresa Miranda Serrano<sup>39</sup>, el predisponente debe de cumplir con las exigencias siguientes:

- Perceptibilidad: Se refiere concretamente al modo de confección del contrato para facilitar su lectura y entendimiento. En este sentido el TRLGDCU en el artículo 80.1 b)<sup>40</sup> establece el tamaño mínimo que deben tener los caracteres tipográficos.
- Comprensibilidad: Implica que la redacción debe efectuarse lo suficientemente sencilla y clara para que el adherente pueda conocer y comprender lo estipulado en el clausulado, además de estructurar el contrato a fin facilitar la comprensión del mismo.
- Concreción en la redacción de las cláusulas: Esto es que no se redacten las cláusulas de forma genérica e indefinida, por lo que su contenido deberá

---

<sup>38</sup> CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L.H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Ed. Bosch, Barcelona. p.36

<sup>39</sup> MIRANDA SERRANO. El control de transparencia de condiciones generales. Op. Cit., p.8 y ss.

<sup>40</sup> Vide. Art. 80.1 b) TRLGDCU. “*En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el suficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura*”.

facilitar al adherente una idea concreta y suficiente para determinar su posición contractual.

El artículo 7 LCGC establece que las condiciones generales que sean “ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles” no se incorporaran al contrato “salvo que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”, ahora bien, como denota Domínguez Yamasaki, “cuando el adherente fuere un consumidor” tendrá prevalencia lo que disponga la regla especial –principio de especialidad–, así pues, “prevalecerá lo dispuesto por el TRLGDCU si nos acogemos al elemento subjetivo, sin que opere la excepción del artículo 7 b) LCGC, y requiriendo que, en todo caso, el contenido contractual predispuesto sea comprensible para el consumidor”<sup>41</sup>. En definitiva, la excepción del artículo 7 b) LCGC solamente es de aplicación para los clientes no consumidores.

Por último, el control formal o de incorporación requiere del cumplimiento de un último requisito por parte del predisponente, este es “la entrega o carácter accesible de las condiciones generales”<sup>42</sup>.

#### **4.2. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL O CUALIFICADO.**

El sentido de este segundo control, distinto al clásico de incorporación, viene dado por la persecución del objetivo de garantizar el conocimiento efectivo de lo dispuesto contractualmente por parte del consumidor adherente en lo relativo al objeto principal y al contenido económico del contrato. Como señala Miranda,

---

<sup>41</sup> DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M<sup>a</sup> I., La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016= The apparent partial correction of the transparency control regarding the CJEU judgement of 21st december 2016. *Cuadernos de derecho transnacional*, 2017, 9.1, p. 410. Para más información. Vide., YZQUIERDO TOLSADA, M.; MUÑOZ GARCÍA, C., Falta de transparencia en el objeto principal del contrato. Acerca del predisponente que lo es pero que no quiere parecerlo. Comentario a la STJUE 21 diciembre 2016. *Revista de derecho bancario y bursátil*, 2017, P. 253 a 275

<sup>42</sup> MIRANDA SERRANO. El control de transparencia de condiciones generales. Op. Cit., p.10

es la única forma de “hablar de un consentimiento auténticamente libre, formado y emitido con plena *libertad de saber*”<sup>43</sup>.

Es a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 que se comienza a formular jurisprudencialmente el control de transparencia material viniéndose desarrollando a lo largo de las siguientes resoluciones del alto tribunal. La STS de 8 de septiembre de 2014 dedica parte de su texto a la caracterización del control de transparencia, así pues:

“queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato”<sup>44</sup>.

El mismo Tribunal en una sentencia posterior relata que aunque “las cláusulas que definen el objeto principal y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, tengan una redacción comprensible, clara y adecuada “no

---

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p.11

<sup>44</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 464/2014 de 8 de septiembre. FJ 2.6. En el mismo sentido la STS de 9 de mayo de 2013 cuando dice que el doble control consiste en que, además del control de incorporación, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato»

implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido [...] objeto del control de inclusión o incorporación”, sino que además, implica que “no puedan utilizarse cláusulas que”, aunque comprensibles, claras y con la tipografía adecuada, supongan “subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio”<sup>45</sup>.

Las sentencias del TS posteriores a la famosa del 9 de mayo de 2013, reproducen sus alegatos afirmando que, aunque se cumplan con los requisitos de transparencia exigidos por la LCGC para la incorporación de una cláusula a los contratos con condiciones generales, no se podrá “eludir el control de abusividad de una cláusula negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente”. De esta manera, “la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”<sup>46</sup>.

Para algunos autores la creación jurisprudencial supone una extralimitación en las facultades del Poder Judicial, de la misma forma ha ocurrido con el TJUE, pues, aunque posteriormente a la aplicación de este control cualificado por parte del Tribunal Supremo, los poderes reguladores de la UE no se han puesto de acuerdo en regular expresamente para los consumidores en lo relativo al control material, de esta manera, como apunta Gerstenberg, el TJUE ha venido a reemplazar esta falta de regulación y “se ha convertido en un regulador de sí mismo”<sup>47</sup>.

Así pues, atendiendo a la exigencia de la aplicación uniforme del Derecho europeo y del seguimiento del principio de igualdad en los casos en que el Derecho de la UE no se remite expresamente al Derecho de los estados miembro para interpretar lo regulado y debiendo existir siempre una interpretación uniforme y autónoma en todo el territorio de la UE, el alcance de la norma debe determinarse

---

<sup>45</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 138/2015 de 24 de marzo. FJ 3.3

<sup>46</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 705/2015 de 23 de diciembre. FJ 4 b).

<sup>47</sup> GERSTENBERG, O., Constitutional Reasoning in Private Law: The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contracts, *European Law Journal*, 2015, p.601

a través del objetivo y contexto de la norma<sup>48</sup>, es en este punto donde el TJUE toma un papel importante como interprete máximo del Derecho de la Unión.

El TJUE dio inicio a este trabajo de regulación jurisprudencial en su conocida sentencia del caso Kásler<sup>49</sup>, al entender que, en lo relativo a lo dispuesto por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, “la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical”<sup>50</sup>. A esto hay que añadirle lo apuntado por el mismo tribunal ya en la sentencia de 27 de junio del año 2000, que resolvió distintos asuntos acumulados de Océano Grupo Editorial, S.A. y Salvat Editores, S.A., al decir que:

“el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo relativo tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas”<sup>51</sup>.

En tal situación de inferioridad, el TJUE determina que la Directiva “obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su carácter abusivo”. En este punto, los Tribunales nacionales deben determinar si, de acuerdo a lo enunciado en los artículos 3.1 y 5 de la misma, “dadas las circunstancias propias del caso concreto esa cláusula cumple las exigencias de la buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva”<sup>52</sup>. Ahora bien, es claro que el artículo 4.2, y así lo denota el TJUE, “establece una excepción al mecanismo del control de fondo –o de contenido–”<sup>53</sup>, llegando el Tribunal a la conclusión de que la interpretación de tal disposición en materia de consumidores

---

<sup>48</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Linster (C-287/98). Sentencia de 19 de septiembre del 2000, párrafo 43. En el mismo sentido se ha pronunciado el TJUE a lo largo de su jurisprudencia.

<sup>49</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Kásler (C-26/13). Sentencia de 30 de abril de 2014.

<sup>50</sup> *Ibid.*, párrafo 71.

<sup>51</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Casos Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98). Sentencia de 27 de junio del 2000, párrafo 25. En el mismo sentido, Caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08). Sentencia de 3 de junio de 2010, párrafo 27.

<sup>52</sup> Sentencia Caso Kásler. *Op. Cit.*, párrafo 40.

<sup>53</sup> *Ibid.*, párrafo 42.

debe producirse de forma estricta, por lo que “las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de objeto principal del contrato, en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y como tales le caracterizan”<sup>54</sup>. De esta manera, a la luz de este precepto, estas cláusulas “no son objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo, [...] pero están comprendidas en el ámbito regulado por esa Directiva”<sup>55</sup>. A esto, Miranda Serrado añade que no podrán ser susceptibles de este control de contenido o de abusividad,

“ya que los adherentes dirigen –o deberían dirigir– su atención cuando contratan precisamente a dichos elementos [...], esta es la razón por la que ha de considerarse decisivo que las cláusulas relativas a dichos elementos sean verdaderamente transparentes, esto es, efectivamente conocidas y comprendidas por los adherentes en el momento de emitir sus consentimientos negociales”<sup>56</sup>.

En conclusión, lo que se desprende de lo establecido por el TJUE es que, toda vez que una cláusula sea transparente, es decir, haya superado en primera instancia el control de incorporación o control formal y, en segunda instancia, haya superado el control material o control de transparencia cualificado, no será susceptible del control de contenido o de abusividad de acuerdo con la excepción establecida en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, pero a sensu contrario, cuando la cláusula relativa al objeto principal o contenido económico del contrato no supere el control de transparencia, esta deberá ser declarada abusiva por faltar la base del consentimiento prestado por el adherente consumidor.

Este control de abusividad o de contenido es el que está previsto para el resto de cláusulas contractuales en los artículos 3.1 y 7 de la Directiva, habida cuenta que en el momento de la perfección del contrato no suelen tenerse en cuenta por parte del adherente, así pues, como relata Miranda Serrano, el adherente puede estar tranquilo a la hora de contratar con condiciones generales, puesto que, si estas no cumplen con las previsiones legales, tanto en la Directiva como en la LCGC,

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*, párrafo 49.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, párrafo 41. En el mismo sentido, ver la sentencia del caso de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08), párrafos 31, 35 y 40.

<sup>56</sup> MIRANDA SERRANO. El control de transparencia de condiciones generales. *Op. Cit.*, p. 15.

entonces serán declaradas directamente como abusivas e inválidas<sup>57</sup>. Claramente entre unas y otras cláusulas radica en la licitud, puesto que unas serán lícitas si son efectivamente conocidas y se expresa un consentimiento fehaciente y las otras serán ilícitas en cuanto no respeten la buena fe, los usos y el Derecho supletorio.

Todo ello es evidente puesto que no tendría ningún sentido que no existiera control alguno sobre las cláusulas que conforman el objeto principal, siendo necesario por lo tanto el control de transparencia para dilucidar la licitud del clausulado referido al objeto o al contenido económico del contrato. Pertíñez Vilchez, ya describió en el año 2013 la conexión entre el control material o cualificado y los deberes de información que se debe de proporcionar a los posibles adherentes, puesto que la sentencia de 9 de mayo de 2013, introdujo el aseguramiento del conocimiento fehaciente y comprensible de lo pactado claramente destinado a la calidad de la información puesta a disposición del adherente<sup>58</sup>. El mismo autor situó “el deber amplio de transparencia” y, por ello, el deber de información precontractual, en el artículo 60 del TRLGDCU<sup>59</sup>.

#### **4.2.1. Fundamento del Control material, cualificado o sustantivo.**

La finalidad última del control material o cualificado es la de proporcionar al adherente una protección efectiva del consentimiento a la hora de formalizar el contrato de adhesión con cláusulas sorprendentes. Para ello, es necesario, antes de seguir, hacer mención de estas conocidas cláusulas. Con ellas, el Tribunal Supremo ha relacionado directamente la regla de estas cláusulas sorprendentes con el control de transparencia cualificado. En la Sentencia de 30 de enero de 2017<sup>60</sup>, en sede de cláusulas suelo, se determina que “son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor

---

<sup>57</sup> *Ibíd.*, p. 18

<sup>58</sup> PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *InDret*. 2013, p. 16

<sup>59</sup> Art. 60 TRLGDCU: *Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.*

<sup>60</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 57/2017 de 30 de enero.

de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente”, para ello:

“habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionada, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito”<sup>61</sup>.

De este modo, como relata, Alfaro Águila-Real, “al exigir que las cláusulas que describen el objeto principal del contrato sean “transparentes” en sentido material sólo estamos averiguando si se puede o no decir que fueron consentidas por el consumidor”<sup>62</sup>. Con esta afirmación, se reafirma la distinción entre el control de contenido y el control de transparencia, pues este segundo, dirigido al clausulado predispuesto relativo al objeto principal, va a ser como un “control del consentimiento del adherente”<sup>63</sup>.

Consiguientemente, es de apreciar que el control de transparencia material no deja de ser, como una prohibición de las cláusulas sorprendentes. Extremo que no ha sido desarrollado por el ordenamiento jurídico español, pero que otros como el alemán si lo han incluido de forma expresa.

Así pues, el fundamento de este control material se encontraría en la prohibición tácita de las cláusulas sorpresivas en tanto que producen un consentimiento viciado que doctrina, como relata Miranda Serrano, ha dividido en dos tesis. La primera se basa en que esta situación supo un error esencial, en tanto que afecta a los elementos principales del contrato y que, aun superando el control de incorporación, el adherente no puede verse limitado por no haber conocido concreta y claramente el contenido del contrato. Además de suponer que este error también es parcial en la medida que el adherente consumidor tiene la voluntad de concluir el contrato, pero no tiene conocimiento real sobre el clausulado. La segunda tesis, se centra sobre otra figura, el dolo incidental. En este caso se sostiene

---

<sup>61</sup> STS núm. 57/2017, de 30 de enero. Op. Cit., FJ 7.

<sup>62</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato. 2017. Disponible en: <https://almacendederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>

<sup>63</sup> *Ibíd.*,

lo dispuesto en el artículo 1269 del Código Civil que establece que “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. Así pues, en esta segunda tesis, el vicio del consentimiento viene determinada por la ocultación de cierto clausulado para inducir al consumidor a adherirse al contrato<sup>64</sup>.

Doctrinalmente, sin embargo, también hay quienes no sostienen que sea un vicio del consentimiento, sino una falta de consentimiento. De esta forma, el hecho de determinar una cláusula como sorpresiva o no transparente conllevaría su desaparición del clausulado, a no ser que se pudiera demostrar que, una vez superado el filtro de la transparencia, el consumidor tenía pleno conocimiento real de lo en él estipulado.

A todo ello, hay que recordar que el control material, como se ha mencionado anteriormente, se ha conectado con el control de abusividad o de contenido, de manera que el TS ha entendido que si una cláusula supera el filtro de la transparencia no se podrá someter al control de abusividad en cumplimiento del ya reiterado artículo 4.2 de la Directiva. Siendo así únicamente posible la aplicación de dicho control si el clausulado no supera el control concreto de transparencia. De este modo, y como ha señalado ampliamente la jurisprudencia del TJUE, además de estar contenido en la normativa, las cláusulas referidas al objeto principal toda vez que no superen el control material o de transparencia podrán ser abusivas si analizándolas se detecta que causan un desequilibrio contractual en contra del consumidor. Con esto, lo que se hace es redirigirse al control de contenido, así lo dispuso el TS en la sentencia sobre cláusulas suelo de 9 de mayo de 2013 que “las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible”<sup>65</sup>.

Ahora bien, el mismo Tribunal supremo ha enfocado esta misma situación desde otra vertiente, en el sentido que, toda vez que no se supere el control de

---

<sup>64</sup> MIRANDA SERRANO. El control de transparencia de condiciones generales. Op. Cit., p. 35 y ss.

<sup>65</sup> STS núm. 241/2013 de 9 de mayo, Op. Cit., FJ. 12

transparencia material o cualificado, la cláusula sorprendente deberá ser declarada directamente de carácter abusivo, sin pasar seguidamente el filtro del control de abusividad. En este sentido se mostró de forma clara el TS al afirmar, en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 al sentenciar que

“la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados”<sup>66</sup>.

Esta segunda modalidad es la mayormente aceptada por la doctrina, así el artículo 4.110 de los PDEC relativo a las Cláusulas abusivas no negociadas individualmente establece que:

“Una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo.”<sup>67</sup>

Sin embargo, en su apartado segundo lo proclama inaplicable siempre y cuando no se refiera la cláusula al objeto principal estando “redactada de manera clara y comprensible” o a “la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte”<sup>68</sup>. De esto se concluye inevitablemente que los tribunales no pueden valorar la conexión entre el precio y el objeto principal, siendo suficiente con que el juez aprecie si las cláusulas sorprendentes o no transparentes afectan al objeto principal del contrato en cuestión.

---

<sup>66</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), núm. 705/2015, de 12 de diciembre, FJ 4 a)

<sup>67</sup> Comisión de Derecho europeo de los contratos. Principios de Derecho Europeo de los Contratos LANDO, BEALE, eds., *Principles of European Contract Law, Kluwer Law International*, La Haya, 2000, p. 17

<sup>68</sup> *Ibíd.*, p.17

#### **4.2.2. Alcance del control material: Consumidores vs. Profesionales**

La jurisprudencia del TS se ha mostrado claro en la determinación del alcance del control material. La sentencia del 3 de junio de 2016<sup>69</sup> titula a su fundamento jurídico cuarto: “Imprudencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores”<sup>70</sup>. De esta manera haciendo un repaso a la jurisprudencia tanto del TJUE como del mismo Tribunal, además de la legislación aplicable, dice que

“este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”<sup>71</sup>.

En resumen de lo declarado por la jurisprudencia del Tribunal, hay que recordar que la falta de transparencia en un contrato lleva aparejado un desequilibrio en contra del consumidor al haberle privado de la potestad comparativa sobre lo ofertado en el mercado, no habiendo podido conocer fehaciente y realmente el objeto y contenido del contrato. Finalmente, el TS dispone que “precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia” sobre adherentes no consumidores, relegando al adherente profesional no consumidor –relaciones B2B– a la protección ofrecida por la legislación civil y mercantil relativa a la buena fe y al equilibrio entre prestaciones<sup>72</sup> con las consecuencias procesales que de ello se derivan.

---

<sup>69</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), núm. 367/2016, de 3 de junio.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, FJ. 4.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, FJ. 4.3

<sup>72</sup> *Ibíd.*, FJ. 4.4. Esta misma sentencia, en su fundamento jurídico quinto especifica la buena fe como parámetro de interpretación contractual.

## **5. EL CONTROL NOTARIAL DEL CRÉDITO HIPOTECARIO**

El papel del notario en la conclusión de un contrato de préstamo hipotecario está claro cuál es, la elevación a escritura pública del mismo. Este momento, como relata Navas Navarro, normalmente no tiene más peso que el de la formalidad, puesto que ambas partes llegan ante el notario con las voluntades concretadas de antemano<sup>73</sup>.

En el año 2019 se ha aprobado la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LRCCI) después de un arduo trabajo legislativo en las cortes. Este nuevo cuerpo normativo establece en su artículo 15, la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material, algo novedoso, pues se atribuye al notario el deber de dar las explicaciones adecuadas y el asesoramiento correspondiente debiendo verificar la documentación acreditativa de que se cumplen los requisitos necesarios para que se concluya dicho contrato. Entre estos documentos se encuentra la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que se concreta como una oferta vinculante para la entidad con una validez mínima de 10 días y la Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) que, de vital importancia para validar el correcto consentimiento del prestatario, deberá informar:

“al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable, a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que aquel esté referenciado, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que **se trata de un préstamo en moneda extranjera**”<sup>74</sup>.

Este hecho genera un punto más de seguridad al prestatario a la hora de contratar y adherirse a un contrato de préstamo hipotecario por lo que la toma de

---

<sup>73</sup> NAVAS NAVARRO, S., 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). *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2018, p. 396

<sup>74</sup> Art. 14.1 b) Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario después de un arduo trabajo legislativo en las cortes

decisiones en relación al consentimiento se verá reforzada y el control de transparencia material será más difícil superarlo. Ahora bien, el artículo 143 del Reglamento notarial<sup>75</sup> establece la presunción iuris tantum de la fe pública notarial al sólo poder ser negada o desvirtuada por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias, esto supone que si el prestatario aporta prueba suficiente, se podrá determinar que no pudo comprender de forma correcta y plena el contenido del contrato.

Así pues, a la entrada en vigor de esta ley el 16 junio de 2019, la obligación del notario de levantar acta con carácter previo a la elevación a escritura pública del contrato donde disponga que el prestatario comprende el clausulado del contrato no va a cambiar la jurisprudencia hasta ahora, así lo afirma Navas Navarro<sup>76</sup>. Por lo tanto, la determinación jurisprudencial del trabajo informativo y de asesoramiento se va a mantener en que ello:

“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 predisuestas por el empresario o profesional”<sup>77</sup>.

El deber de información y asesoramiento del notario, como señala Cavallé Cruz, se entiende entonces como una pieza más destinada a asegurar la transparencia de estos contratos de préstamo, sumándose al deber del prestamista de dar la información relativa al contrato. De esta forma se añade un deber con una naturaleza distinta al provenir de un “funcionario imparcial e independiente”<sup>78</sup>. Es la

---

<sup>75</sup> Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notario.

<sup>76</sup> NAVAS NAVARRO, S., Hipoteca multidivisa. Op. Cit., p. 397

<sup>77</sup> STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, Op. Cit., FJ. 8.

<sup>78</sup> CAVALLÉ CRUZ, A., La actuación notarial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *Revista la Notaria*, núm. 3/2018, 2019, p. 11

misma LRCCI en el artículo 15.9<sup>79</sup> la que establece que ambas funciones, tanto la del prestamista como la del notario, son de carácter obligatorio y que no se excluyen entre sí.

De esta forma la LRCCI al establecer el deber de información y asesoramiento del notario, también lo caracteriza, señalando el mismo autor las características siguientes<sup>80</sup>:

- Información comprensible: el notario o notaria al prestar el asesoramiento tendrá en cuenta las capacidades y circunstancias del prestamista para adecuar su explicación a fin de proporcionar la información más clara y asimilable posible facilitando al máximo la comprensión plena por parte del cliente.
- Contenido: el notario deberá responder a las preguntas formuladas por el prestatario, así como asesorar en lo relativo a las cláusulas contenidas en las fichas FEIN y FIAE. Como establece el preámbulo de la LRCCI, se atribuye:

“al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario”<sup>81</sup>.

- Imparcialidad: Ya establecido en el artículo 147 RN<sup>82</sup>, el notario deberá informar y asesorar de forma imparcial, teniendo en cuenta siempre su labor

---

<sup>79</sup> Art. 15.9 LRCCI: “La actuación notarial regulada en este artículo en ningún caso eximirá al prestamista de dar al prestatario las oportunas explicaciones y aclaraciones sobre los efectos y cargas derivadas del préstamo”.

<sup>80</sup> CAVALLÉ CRUZ, A., La actuación notarial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. Op. Cit., p. 12 y ss,

<sup>81</sup> Preámbulo LRCCI, apartado IV.

<sup>82</sup> Art. 147 RN: “Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”.

de equilibrar la balanza contractual añadiendo un plus de protección a la parte contractual débil.

- Presencial: El artículo 15.1 LRCCI establece que el prestatario deberá de “comparecer ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento descrito en los siguientes apartados”.
- Individual: El artículo 15.2 c) LRCCI dispone que “en todo caso, el notario deberá informar individualizadamente haciéndolo constar en el acta.
- Obligatorio; El artículo 15.3 LRCCI dice que “el prestatario, o quien le represente a estos efectos, deberá comparecer ante el notario”, no siendo en ningún caso posible la renuncia a este derecho por parte del prestatario.

Con esta Ley, el papel del notario a la hora de controlar con carácter previo la comprensión real y fehaciente del prestatario adherente consumidor supondrá un avance para la prevención de la inclusión de clausulado abusivo por falta de transparencia, por lo que la falta de legislación específica al respecto, como la falta de legislación relativa a la prohibición de cláusulas sorprendentes, se va maquillando en pro de la protección del consumidor, pero con una voluntad, a mi opinión, de dejar cierta libertad a las entidades predisponentes a la hora de desarrollar sus políticas de contratación y los correspondientes contratos de adhesión.

## **6. LA HIPOTECA MULTIDIVISA**

### **6.1. CONSIDERACIONES PREVIAS:**

La Hipoteca multidivisa es el nombre popular por el que se conoce al préstamo hipotecario denominado en divisas, aunque esta pueda presentar o no una cláusula multidivisa, es decir, que el consumidor pueda decidir entre unas divisas a su conveniencia. En esencia es un préstamo que incluye una cláusula, muchas veces sorprendente o no transparente, que determina el importe y el alcance económico del préstamo en una divisa extranjera en relación con la moneda funcional<sup>83</sup>, por lo

---

<sup>83</sup> Moneda funcional: Moneda del entorno económico principal de la entidad. En España el Euro (€).

general el Yen japonés o el Franco suizo al tener mayor estabilidad en relación al Euro. Así pues, el préstamo queda sujeto a las variaciones del Mercado de Divisas, de modo que el adherente consumidor del préstamo “asume el riesgo de que el euro baje de valor respecto de la divisa elegida”<sup>84</sup>, además del riesgo de variación del tipo de interés.

El Mercado de Divisas es el mercado donde las divisas son cotizadas, ello quiere decir que las divisas podrán ser cambiadas entre ellas, lo que, en términos rudos, vendría a ser el intercambio de divisas por el precio de una moneda en relación al valor de otra moneda con la que va a ser comprada o vendida. Para ello hay que entender que en el Mercado de Divisas funciona con dos tipos de operaciones, la compra y la venta de divisas.

Para establecer el precio al que se van a producir las distintas operaciones se debe acudir a los Tipos de Cambio que son los precios de las divisas expresados en otras de diferentes. En este sentido existen dos Tipos de Cambio, el tipo de cambio de venta (*bid*) y el tipo de cambio de compra (*ask*). El primero se corresponde con la oferta y el segundo con la demanda. Hay que añadir que el tipo de venta siempre será menor al tipo de compra, es una medida establecida para evitar la especulación.

De esta forma, al denominar un préstamo hipotecario en una divisa extranjera, por un lado, el consumidor va a estar sujeto a las variaciones del mercado de precios para determinar la cuota a pagar y los intereses asumiendo por lo tanto todo el riesgo de la operación y, por el otro lado, la entidad bancaria va a obtener los gastos de gestión y los intereses/beneficios a partir del *spread*, que es la diferencia entre el tipo de compra y el tipo de venta. Este beneficio que extrae la entidad se obtiene, por lo general, al calcular el importe prestado con el Tipo de Compra en relación con el valor en la divisa elegida, por lo que el préstamo va a quedar conformado con una cantidad en Divisa extranjera, siendo el Tipo de Compra establecido normalmente el del día de perfeccionamiento del contrato. En cambio, el importe a devolver, es decir, las mensualidades, van a calcularse con el

---

<sup>84</sup> MIRANDA SERRANO. El control de transparencia de condiciones generales. Op. Cit., p.23

Tipo de Venta en relación a la divisa extranjera, pero esta vez, la cuota va a convertirse de la divisa extranjera a la moneda funcional para determinar el pago mensual que va a realizar el cliente consumidor. Es claro que, al hacer el cálculo con el tipo de venta y que, recordemos, siempre es inferior, se va a obtener una cuota más elevada que si calculara con el tipo de compra, siendo esta diferencia la *spread* que substituye al interés clásico y a la imposición del pago de los gastos de gestión<sup>85</sup>.

Para entender mejor su funcionamiento ver el siguiente ejemplo:

El préstamo hipotecario se va a denominar en la divisa Yen japonés. En este caso se van a prestar por parte de la entidad 100.000 € a devolver en 96 cuotas, pero el préstamo va a concederse el día de suscripción del contrato y cobro efectivo del préstamo por parte del consumidor en la cantidad correspondiente en Yenes japoneses.

El perfeccionamiento del contrato se produce el 15 de marzo de 2019, siendo el tipo de cambio de compra ese día en la cotización del Yen japonés en relación al Euro de 130,044400<sup>86</sup>. De este modo el préstamo se va a conceder por una cantidad de 100.000 € x 130,044400 = 13.004.440 Yenes

Para las cuotas o mensualidades se ha pactado que se calculen según el tipo de cambio de venta del primer día hábil de cada mes. En este caso, la primera mensualidad es la del mes de abril de 2019, devengándose el día 1. Para este día el tipo de venta se encuentra en 120,101400 (*LO MISMO del BBVA o otro*). Hay que recordar antes de nada que el pago se va a producir con la moneda funcional, es decir el Euro.

Al haberse establecido la devolución en 96 cuotas, significa que la cuota mensual en Yenes va a ser de 13.004.440 Yenes / 96 meses = 135.462,92 Yenes. Al hacer el cambio de Yen al Euro con el tipo de cambio de venta se va a obtener la cuota mensual final a pagar por el consumidor del préstamo hipotecario. El resultado en Euros resulta del cociente entre la cantidad en Yenes correspondiente a la mensualidad y el tipo de cambio de venta establecido de acuerdo con el contrato, en este caso el primer día hábil de mes. Así lo siguiente: 135.462,92 Yenes / 120,101400 = 1.127,90 €.

---

<sup>85</sup> Vide. PÉREZ RAMÍREZ, J.; CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, J., *Instrumentos financieros: Análisis y valoración con una perspectiva bancaria y de información financiera internacional*. Pirámide, 2006.

<sup>86</sup>www.bde.es - Banco de España – Estadísticas – Tipos de interés y tipos de cambio (2019). Disponible en: <https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/tipos/tipos.html>

Finalmente, la cuota mensual a pagar por el prestatario va a ser de 1.127,90 €. Esto supone que, si el tipo de cambio de venta del Yen no cambiara a lo largo del tiempo, la cantidad final total a devolver en euros sería:  $1.127,90 \text{ €} \times 96 \text{ meses} = 108.278,84 \text{ €}$ . En consecuencia, el *spread* entre los tipos de cambio habría dado a la entidad bancaria el beneficio de 8.278,84 € imputados como intereses y gastos de gestión.

Si bien al ver el ejemplo anterior no parece que la cantidad obtenida por el banco sea usurera en relación a la cantidad prestada y a las 96 mensualidades con las que se va a devolver, es cierto que los Tipos de Cambio varían a lo largo del tiempo al estar las monedas cotizadas en el Mercado de Divisas. En lo relativo al tipo de compra no hay problemática, porque se determina fijamente para todo el préstamo en un solo día, ahora bien, en lo relativo al tipo de venta no se produce lo mismo, sino que en cada mensualidad se va a determinar la cuota a pagar al cambio con la moneda funcional con el tipo del día pactado en el contrato, por lo que las fluctuaciones características del Mercado van a determinar cuáles son las cuotas a pagar y, lo más importante, al final del período de devolución, en el ejemplo 96 meses, se verá que cantidad se habrá devuelto. La problemática clara que enmarca la Hipoteca multidivisa no es otra que la incertidumbre o asunción de riesgo del consumidor para la devolución del préstamo, que no solamente tendrá que asumir el riesgo de la variación del interés de la divisa, sino que deberá asumir también el riesgo de las fluctuaciones del mercado de divisas.

La hipoteca multidivisa, ha sido el nombre utilizado para generalizar los tipos de préstamo hipotecario denominado en divisas tengan o no cláusula multidivisa. Siendo esta, una cláusula que permite al prestatario alterar la divisa con la que se denomina el préstamo, pudiendo retornar esta al euro o a otra divisa admitida dentro del contrato. En consecuencia, si un préstamo hipotecario incluye una cláusula multidivisa, “permite novar el préstamo sin necesidad de volver a contar con el consentimiento de la entidad de crédito, [...] el cambio de divisa se podrá efectuar a solicitud del cliente”. Con la cláusula multidivisa lo que se consigue es reducir el riesgo del cliente al contratar estos préstamos<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., A una aproximación a la naturaleza jurídica de la conocida como "hipoteca multidivisa". *Revista de derecho bancario y bursátil* 140/2015, *Parte crónica*, 2015, p. 271 p. 269 a 292

Ha sido una figura muy utilizada en los años previos e iniciales de la crisis. Como relata Añón Calvete, los tipos de interés en esos años experimentaban una tendencia fuerte al alza. En el 2006 el año se abrió con menos de un 3% en el euribor (*Euro Interbank Offered Rank*), pero se cerró casi con el 4%, lo que supone una variación de aproximadamente un 1%. Esta tendencia se mantuvo y en el año 2008 ya se situaba por encima del 5,30%. Estos intereses eran notoriamente más elevados que los que se alcanzaban con los préstamos en otras divisas ya que las más utilizadas, como por el ejemplo el Yen japonés, tenían como índice de revisión el libor (*London Interbank Offered Rank*) que ofrecía una tasación inferior a la ofertada por el euribor en aquellos años. En definitiva, los clientes contrataban préstamos denominados en divisas para beneficiarse de las ventajas de un menor interés. Este hecho entraña una mano oscura, que es la inestabilidad del mercado de divisas, pues con los efectos a nivel mundial de la quiebra de Lehman Brothers la fuerza del Euro al cambio se empezó a reducir, de manera que aquellos préstamos denominados en divisas extranjeras vieron que cada vez se necesitaban más euros para cumplir con los pagos del préstamo, es decir que se necesitaban más euros para comprar una misma divisa que anteriormente. Este hecho es el que ha empujado a muchos consumidores a acudir a los tribunales por haber desconocido por falta de información en el momento de conclusión del contrato los riesgos, obligaciones y contraprestaciones que se podían derivar de este instrumento de préstamo<sup>88</sup>.

A lo largo de estos últimos años, en especial desde la sentencia del 9 de mayo del 2013, se ha desarrollado jurisprudencia de gran importancia creándose el ya presentado control de transparencia cualificado y, además, en el caso concreto de las hipotecas multidivisa se ha tenido que establecer qué normativa le es aplicable en términos de garantías, así como su naturaleza jurídica. Todo ello, se ha construido bajo la perspectiva proteccionista del consumidor y con una clara intención de terminar con la abusividad y las cláusulas sorprendentes en la contratación con consumidores.

---

<sup>88</sup> AÑÓN CALVETE, J., Hipoteca multidivisa: del imposible derivado financiero al control de transparencia. Op. Cit., p. 5 y ss.

## **6.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA HIPOTECA MULTIDIVISA:**

El Tribunal Supremo a lo largo de su jurisprudencia ha cambiado de criterio de caracterización y delimitación de este instrumento de préstamo. Las alegaciones por parte de los consumidores del incumplimiento de las entidades financieras de las normas reguladoras del mercado de valores hicieron que el alto tribunal analizara la aplicabilidad y, en su caso, cumplimiento con lo dispuesto en la Directiva MIFID I<sup>89</sup> y de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV)<sup>90</sup>.

El Banco de España, en el informe anual del año 2012 concluyó que tanto la MIFID I como la LMV no eran de aplicación a las Hipotecas Multidivisa. Sin embargo, el TS en su sentencia de 30 de junio de 2015<sup>91</sup> no tuvo en cuenta esta información y concluyó en un sentido muy diferente. La sentencia, no menor, fue dictada por el pleno de la Sala de lo Civil, por lo que el peso a nivel jurisprudencial tenía más relevancia que la que pudieran tener otras. La Sala resolvió que:

“la hipoteca multidivisa es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo<sup>92</sup> en virtud de lo dispuesto en el art. 79 bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación con el art. 2.2 de dicha ley”<sup>93</sup>.

Esta determinación tiene claras consecuencias, en tanto que la prestamista

---

<sup>89</sup> Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (MIFID I), *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 30 de abril de 2004, núm. 145, p. 1 a 44.

<sup>90</sup> Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de octubre de 2015, núm. 255, p. 100356.

<sup>91</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno). núm. 323/2015 de 30 de junio

<sup>92</sup> La autoridad independiente de la UE, ESMA dijo que la complejidad no se da por el riesgo, sino por la complejidad de la comprensión del clausulado (*in accordance with Article 25(4) of MiFID II, these guidelines address the aspect of the complexity of debt securities and not their risk*). ESMA. Consultation Paper “Draft guidelines on complex debt instruments and structured deposits” de 14 de marzo de 2015, p.11

<sup>93</sup> *Ibíd.*, FJ 7.6

“estará obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, especialmente la clasificación del cliente y la evaluación de conveniencia e idoneidad”<sup>94</sup>. Esta sentencia recibió un aluvión de críticas, en tanto que sus argumentos se basaron en el mayor riesgo financiero de los préstamos denominados en divisas, equiparándolos a los riesgos característicos de los productos derivados.

En definitiva, lo que el TS señaló en relación a la hipoteca denominada en divisas es que “era un producto financiero que llevaba un derivado implícito, al constituir el tipo de cambio un subyacente del que dependía el valor de la hipoteca”<sup>95</sup>.

Esta sentencia lo que analizó más acuradamente, fue la delimitación y reiteración jurisprudencial de las consideraciones del alto tribunal en relación al error vicio del consentimiento en sede de productos financieros, señalando, nuevamente, que

“el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error”<sup>96</sup>.

A ello añade que cuando una entidad bancaria omite la obligación de informar debidamente de acuerdo a lo establecido en la normativa, esto “permite presumir en el cliente la falta del consentimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados”<sup>97</sup>. Ahora bien, esto puede quedar sin efecto si se prueba que el cliente tenía los conocimientos necesarios para poder entender el producto financiero y los riesgos asociados a él de manera que la asimetría informativa deviene inexistente y la obligación de información ya no está

---

<sup>94</sup> AÑÓN CALVETE, J., Hipoteca multidivisa: del imposible derivado financiero al control de transparencia. Op. Cit., p. 7

<sup>95</sup> ARGELICH COMELLES, C., Control de transparencia y buena fe en la reciente jurisprudencia sobre la hipoteca multidivisa. *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, no 46, p.408.

<sup>96</sup> STS núm. 323/2015 de 30 de junio. Op. Cit., FJ 7.11

<sup>97</sup> *Ibíd.*, FJ 7.11

justificada.

De este modo, para que esta doctrina pudiera ser aplicada a las hipotecas multidivisa, estas deberían de ser un producto derivado. En este sentido, tanto la Directiva MIFID I como la actual MIFID II, además de sus reglamentos respectivos, contienen una definición de lo que se entiende por producto financiero y no serán otros que los establecidos, de acuerdo con el artículo 4.1.15 de la MIFID II, en el anexo I, sección C, por ejemplo: Valores negociables, instrumentos del mercado monetario, participaciones y acciones en instituciones de inversión colectiva, contratos de opciones, futuros, permutas (*swaps*), etc. Entre ellos es difícil de incluir el préstamo denominado en divisas. Por ello, es preciso afirmar que un préstamo no es un instrumento financiero, como dice Añón Calvete:

“ya que solo merecen esta denominación aquellos que vienen establecidos como tales en las normas legales, nacionales o comunitarias, categoría que queda reservada a cualquier valores negociable o contrato que puede ser objeto de negociación en el mercado de valores”[Sic]<sup>98</sup>.

El planteamiento expuesto por nuestro alto tribunal fue contravenido por el TJUE en la sentencia del 3 de diciembre de 2015 sobre el caso Banif contra Lantos<sup>99</sup>, así pues, en relación a los préstamos denominados en divisas como el que se discutía en el litigio principal, sentenció que

“no parece que las operaciones de cambio que efectúa una entidad de crédito en ejecución de un contrato de préstamo como el controvertido en el litigio principal se refieran a la negociación de uno más instrumentos financieros para concluir operaciones. En efecto, tales operaciones de cambio no parecen tener otro objeto que permitir la concesión y el reembolso del préstamo”<sup>100</sup>.

Además, añade que este préstamo, en este caso al consumo, “no tiene por objeto la venta de un activo financiero a un precio determinado en el momento de

---

<sup>98</sup> AÑÓN CALVETE, J., Hipoteca multidivisa: del imposible derivado financiero al control de transparencia. Op. Cit., P. 16

<sup>99</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Banif Plus Bank(C-312/14). Sentencia de 3 de diciembre de 2015.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, párrafos 60 y 61.

la celebración del contrato”<sup>101</sup> y que:

“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 ésta 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”<sup>102</sup>

Concluye el tribunal que las cláusulas incluidas en un contrato de préstamo que se destinan a la conversión de una divisa no son un instrumento financiero “distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste”<sup>103</sup>. Y, además:

“que no parece que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo como el controvertido en litigio principal se refieran a uno de los instrumentos financieros del anexo I, sección C, de dicha Directiva, entre ellos, en particular, el contrato de futuros”<sup>104</sup>.

Habida cuenta de lo dispuesto por el TJUE en la sentencia citada anteriormente, queda claro que los préstamos denominados en divisas, y de la misma forma la hipoteca multidivisa, no son un instrumento financiero complejo<sup>105</sup> por lo que no les será de aplicación la normativa relativa a los mercados de valores como sí había resuelto el TS con anterioridad.

El Tribunal Supremo, en consonancia con lo establecido por el TJUE en la sentencia del Caso Banif Plus Bank ha cambiado la calificación jurídica del préstamo denominado en divisas y, por inclusión, de la hipoteca multidivisa, redirigiendo su doctrina en la sentencia del 15 de noviembre de 2017<sup>106</sup>.

---

<sup>101</sup> Vide., *Ibíd.*, párrafo 69. “Según su acepción habitual en Derecho financiero, el contrato de futuros es un tipo de contrato de derivados mediante el cual dos partes se obligan la una a comprar y la otra a vender, en una fecha posterior, un activo denominado «subyacente» a un precio que se fija en el momento de la celebración del contrato”.

<sup>102</sup> *Ibíd.*, párrafos 70 y 71.

<sup>103</sup> *Ibíd.*, párrafo 72

<sup>104</sup> *Ibíd.*, párrafo 68

<sup>105</sup> Para más información en relación a instrumentos financieros complejos Vide., AGÜERO ORTIZ, Alicia. ¿Saben nuestros tribunales lo que es un instrumento financiero complejo? No lo saben. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2016. 2016, p. 51 a 73.

<sup>106</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 608/2017, de 15 de noviembre.

De forma clara y concreta la Sala asume todos los argumentos esgrimidos por el TJUE en la sentencia del Caso Banif Plus Bank, concretamente en el FJ quinto<sup>107</sup>. De esta manera da cumplimiento a lo establecido en el artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues los Jueces y tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

El TS relata pues, que este hecho supone que las entidades financieras al conceder dichos préstamos no tendrán la obligación de evaluar al cliente ni de informar de acuerdo con lo establecido por la normativa del mercado de valores. Ahora bien, este hecho, como relata el Tribunal:

“no excluye que estas entidades [...] estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria. Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE [...]”<sup>108</sup>.

La misma sentencia, cuando resuelve la denuncia de infracción del artículo 6.3 del Código Civil en relación con el artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito y de la Orden de 5 de mayo de 1994, dice que:

“El incumplimiento de los deberes de información que esta normativa impone a los bancos es relevante, como se verá más adelante, al realizar el control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores”

Este ámbito será analizado en profundidad en el apartado dedicado al control de transparencia en sede de hipotecas multidivisa.

En conclusión de todo ello, la naturaleza jurídica de la hipoteca multidivisa, como préstamo denominado en divisas, no es en ningún caso la de un instrumento financiero complejo, y, en consecuencia, no le será de aplicación la normativa

---

<sup>107</sup> En el mismo sentido, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 57/2017 de 30 de enero *los contratos de préstamo no se encuentran dentro del ámbito objetivo de dicha regulación, según se desprende inequívocamente de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros y de la Ley del Mercado de Valores. Ni el préstamo es un contrato de inversión o un instrumento financiero, conforme a las definiciones contenidas en el anexo I de la Directiva, ni el banco actúa en dicho contrato como empresa de servicios de inversión.*

<sup>108</sup> STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, Op. Cit., FJ 5.8

relativa al mercado de valores, ahora bien, eso no excluye el posterior control de incorporación y de transparencia para determinar la abusividad de dichas cláusulas.

### **6.3. EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA EN SEDE DE LA HIPOTECAS MULTIDIVISA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA:**

Los préstamos denominados en una divisa extranjera como el caso de la multidivisa, han sido tratados por los tribunales tanto a nivel europeo como a nivel nacional. En este sentido han sentado la jurisprudencia común europea actual las sentencias del Caso Kásler, que ya se ha mencionado anteriormente, y la sentencia del Caso Andriciuc<sup>109</sup>. A nivel nacional encontramos las sentencias del TS 608/2017 del 15 de noviembre de 2017<sup>110</sup>, 599/2018 de 31 de octubre de 2018<sup>111</sup> y 669/2018 de 26 de noviembre<sup>112</sup> del mismo año entre otras que se mencionaran a lo largo de este apartado.

En un primer momento, la Sentencia de la corte europea del Caso Kásler dio respuesta a diferentes cuestiones prejudiciales en relación a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE ya mencionada. De este modo, como se ha visto en el apartado del presente trabajo sobre el control de transparencia, es el Tribunal que resuelve el caso el que debe determinar si las cláusulas que concretan el tipo de cambio para calcular la amortización mensual son un componente esencial de la prestación del deudor. Ahora bien, sí que determina como este tribunal deberá interpretar los preceptos de la normativa europea a la hora de resolver el caso. En este sentido, el TJUE en esta misma sentencia dice que aunque una cláusula se haya negociado dentro de las condiciones del mercado “no puede constituir un criterio que permita apreciar si esa cláusula forma parte del objeto principal del contrato”<sup>113</sup> de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva. De este modo, relata el Tribunal, se excluyen las cláusulas negociadas individualmente del alcance de la Directiva atendiendo a lo

---

<sup>109</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Andriciuc (C-186/16). Sentencia de 20 de septiembre del 2017.

<sup>110</sup> Op. Cit., STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre,

<sup>111</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 599/2018, de 31 de octubre.

<sup>112</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 669/2018, de 26 de noviembre.

<sup>113</sup> STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, Op. Cit., párrafo 47.

dispuesto por el artículo 3.1<sup>114</sup> de la misma. De esta interpretación del Tribunal no se puede entender que si el prestatario es quien tiene la iniciativa de contratar el producto, aunque no exista imposición del clausulado, entonces el clausulado sea negociado, pues, de igual forma se extrae de la legislación, la negociación se tiene que referir en concreto al acto de reglamentar el contrato y lo estipulado en él, siendo el profesional el que asume la carga de la prueba para probar lo contrario.

Como se ha plasmado anteriormente en el presente trabajo, el TJUE estableció en la resolución del Caso Kásler que “las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de objeto principal [...] deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan”<sup>115</sup>. De esta forma, como se ha mencionado con anterioridad, será el Tribunal remitente (el que resuelve el caso) el que va tener que determinar a la luz de la interpretación del TJUE y de la legislación nacional si la cláusula tiene o no tal calificación.

En la misma sentencia se afronta el hecho de si el *spread* entre los tipos de cambio puede calificarse como retribución de los servicios prestados y como debe interpretarse a la luz de la adecuación entre precio y retribución, por un lado, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse en contrapartida por el otro. Esto no es menor, pues de tal apreciación como retribución también estaría excluida del control de abusividad. Esta exclusión es justificada, de acuerdo con lo dispuesto por el TJUE que hace suyo lo alegado por el Abogado General, porque “no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control”<sup>116</sup>. Finalmente, el tribunal concluye:

“esa exclusión no se puede aplicar a cláusulas que [...] se limitan a determinar el tipo de conversión de la divisa extranjera en la que está denominado el contrato de préstamo con vistas al cálculo de las cuotas de devolución, sin que no obstante el prestamista realice ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo, y que no establecen por tanto ninguna «retribución» cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por

---

<sup>114</sup> Art. 3.1 Directiva 93/13/CEE: *Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*

<sup>115</sup> STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, Op. Cit., párrafo 49.

<sup>116</sup> *Ibíd.*, párrafo 55.

el prestamista no puede ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13<sup>117</sup>.

Por lo tanto, el beneficio obtenido del *spread* no puede considerarse como retribución.

Una vez determinada la naturaleza de las cláusulas, procede el pronunciamiento en relación a la transparencia y a como esta debe ser controlada en estos casos. Así pues, la doctrina expresada en el apartado general del control de abusividad será de aplicación a los casos de préstamos denominados en divisa extranjera, de esta forma el TJUE determina que estas cláusulas, de acuerdo con la Directiva, no solo deben superar el primer filtro de inclusión sino también un segundo filtro de transparencia material donde se analice si el contrato expone

“de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”<sup>118</sup>.

El TJUE en la Sentencia del Caso Andriuc desarrolla su interpretación al respecto de lo. De esta forma, incluye que el concepto del objeto principal “comprende una cláusula [...] incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera, que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató”<sup>119</sup>. De esta forma, de acuerdo con la exclusión del artículo 4.2 de la directiva, no se podrá aplicar el control de abusividad a dicha cláusula y solo podrá ser declarada abusiva si no supera el control de transparencia.

De esta forma, en relación al control de transparencia *stricto sensu*, se añade a la exigencia de la tipografía clara y comprensible que, en el caso de las entidades de crédito, estas deben proporcionar al futuro prestatario con carácter previo “la información financiera para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes”. Además, el consumidor medio debe de haber conocido realmente el

---

<sup>117</sup> *Ibíd.*, párrafo 58.

<sup>118</sup> *Ibíd.*, párrafo 86 2).

<sup>119</sup> Sentencia Caso Andriuc, Op. Cit., párrafo 59 1)

alcance concreto del clausulado proporcionándole información al respecto, debiendo estar el consumidor “atento y suspicaz”, incluso el consumidor no solo debe de conocer que las divisas extranjeras pueden depreciarse, sino que debe poder valorar específicamente “las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras”<sup>120</sup>.

La misma sentencia especifica que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual “debe realizarse en relación al momento de la celebración del contrato en cuestión”, además el Tribunal del EM debe evaluar si el profesional que expuso la información contaba con la experiencia y conocimientos necesarios<sup>121</sup>.

Nuestro Tribunal Supremo ha asumido esta doctrina europea por imperativo legal del artículo 4 bis de la LOPJ y en la Sentencia 608/2017 de 15 de noviembre resolvió un caso sobre un préstamo hipotecario multidivisa. Esta dedica su FJ octavo a “el control de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisa y al cambio de una divisa a otra”, pues en el caso aquí sentenciado se incluía una cláusula multidivisa como tal.

Los argumentos de la parte recurrente, en este caso la entidad financiera, sostenían que las cláusulas habían sido negociadas entre las partes, pero el TS argumenta que, en primer lugar, en ningún momento de todo el procedimiento a lo largo de las instancias se ha apreciado que las cláusulas hayan sido negociadas, además en el propio contrato se estipula que estas cláusulas fueron redactadas de acuerdo con la minuta que proporcionó la entidad, conteniendo condiciones generales. El TS tampoco encuentra ningún indicio de negociación en la elección de la divisa ni en su método de cambio.

Para determinar si el hecho de que el crédito deba reembolsarse en una determinada moneda forma parte del objeto principal del contrato, el TS aplica la doctrina dispuesta en la sentencia del Caso Andriuc. De este modo resuelve que, “el hecho de que el crédito deba reembolsarse en una determinada moneda, no se refiere, en principio, a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza

---

<sup>120</sup> *Ibíd.*, párrafo 59 2).

<sup>121</sup> *Ibíd.*, párrafo 59 3)

de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo”<sup>122</sup>.

En el apartado 10 del FJ octavo, se resuelve que las cláusulas objeto de discordia forman parte del objeto principal, por lo que sobre ellas deberá existir una mayor concreción de la transparencia, aplicándose para ello el control material o cualificado. Esta es la transcripción literal:

“Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional 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, 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. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores”<sup>123</sup>.

Así pues, el TS establece claramente, ya en apartado 14 del mismo FJ, que tanto la jurisprudencia del TJUE como la del mismo Alto Tribunal, que, además del control de inclusión o formal que establece la LCGC en sus artículos 5 y 7, cuando la cláusula se refiera al objeto principal del contrato deberá superar el control de transparencia material o cualificado, el cual, a palabras del Tribunal,

“tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo”<sup>124</sup>.

El desarrollo jurisprudencial del TS, junto al marco delimitado por el TJUE, han supuesto un antes y un después en el control de abusividad y transparencia de

---

<sup>122</sup> STS 608/2017 de 15 de noviembre, Op. Cit., FJ. 8.9

<sup>123</sup> *Ibíd.*, FJ. 8.10

<sup>124</sup> *Ibíd.*, FJ. 8.14

las cláusulas en los préstamos hipotecarios denominados en divisa extranjero con o sin cláusula multidivisa.

A modo de conclusión, el TS, en la citada anteriormente sentencia de 669/2018 de 29 de noviembre, hace una explicación simplificada de la jurisprudencia nacional y europea aplicable a los créditos hipotecarios denominados en divisa extranjera, por lo que, es recomendable leer sus páginas para entender el desarrollo jurisprudencial que ha sufrido el control de transparencia hasta llegar a la actualidad<sup>125</sup>.

## **7. CONCLUSIONES FINALES**

El Doble control de Transparencia se ha construido jurisprudencialmente como salida a la indeterminación del poder legislativo para regular el control que debe regir sobre el clausulado de los contratos con consumidores, en concreto, sobre aquel que se refiere al objeto principal o al contenido económico del contrato a través del estudio específico del préstamo hipotecario denominado en divisas o Hipoteca Multidivisa.

Los tiempos de bonanza que precedieron a la crisis dispararon el tipo de interés del Euribor a máximos históricos. Estos eran notoriamente más elevados que otros tipos existentes que eran establecidos como índice de revisión para divisas distintas al euro. Con ello se incrementó la suscripción de productos denominados en divisa extranjera, normalmente el Yen japonés y el Franco suizo, referenciados al Libor que contaba con índices inferiores en aquellos años. El crédito más extendido, como no es de extrañar, visto con distancia, era el crédito hipotecario. A más abundamiento, suponía en el año 2007 el 47% del PIB europeo.

El problema se constató cuando, una vez entrada la crisis, el euro se devaluó respecto de las divisas extranjeras, lo que llevó a muchas familias de consumidores a darse cuenta que a medida que avanzaba el tiempo la deuda solo se incrementaba

---

<sup>125</sup> STS 669/2018 de 26 de noviembre, Op. Cit., FJ. 3.5

y no se amortizaba, pues eran necesarios más euros para comprar las divisas extranjeras que hacían imposible la amortización del préstamo.

Como se ha señalado, los derechos de los consumidores no reciben las máximas garantías constitucionales, sin embargo, sí vinculan a todos los poderes públicos, incluido el Poder Judicial. Así pues, estos deben cumplir con el mandato constitucional en favor de los derechos de los consumidores.

No fue hasta el año 2013 que, con la sentencia del TS de 9 de mayo sobre cláusulas suelo, se sentaron las bases del actual control de transparencia y abusividad de las cláusulas contenidas en contratos con consumidores. De este modo se diferenció entre el control de abusividad y el doble control de transparencia formal y material y cuál era el alcance y la aplicabilidad de cada uno. El presente estudio se ha centrado en el doble control de transparencia en su ámbito material, pues es el de más reciente creación y el que más jurisprudencia ha generado al haber sido creado por los Tribunales. Algunos autores, como he mencionado, han criticado esta situación alegando una extralimitación de las facultades de los Tribunales, ahora bien, concluyo que los Tribunales no se han extralimitado en sus funciones, pues, como máximos intérpretes de la normativa, han interpretado que la misma normativa incluye este control cualificado que busca la constatación de que el consumidor adherente ha conocido fehacientemente el contenido y funcionamiento del producto contratado como medida garante de los derechos de los consumidores, hecho que no se opone en ningún aspecto a los dispuesto por la Constitución en su artículo 51, más aún, a mi entender, da cumplimiento exacto a lo en él contenido.

En el específico caso de la Hipoteca Multidivisa, a la problemática del desarrollo jurisprudencial del control de transparencia cualificado, se le ha añadido la delimitación de su naturaleza jurídica. En este sentido, el TJUE obró correctamente al determinar su naturaleza de préstamo hipotecario y no de instrumento financiero complejo, pues de esta apreciación dependió la aplicabilidad del doble control de transparencia a estas cláusulas. No solamente de este aspecto, sino que, como se ha relatado en el apartado 4.2, la aplicabilidad de dicho control también se regía por la determinación de si las cláusulas relativas a la denominación

del préstamo en divisa extranjera se referían al objeto principal del contrato o al contenido económico o, por el contrario, formaban parte del clausulado accesorio y por lo tanto sujeto al control de abusividad.

A mi entender, con el desarrollo de este control de transparencia cualificado, se ha suplido de forma correcta la supuesta falta de control sobre las cláusulas referidas al objeto principal o al contenido económico del contrato que dispone el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Así pues, en el concreto caso de la Hipoteca Multidivisa el control de transparencia material deberá determinar si el contrato y la información proporcionada con carácter previo al consumidor han expuesto de forma transparente el funcionamiento del mecanismo de conversión de divisas o no.

Con todo ello, es claro que el trabajo interpretativo de nuestros Tribunales, junto a los europeos en primera línea, ha significado un gran avance en el ejercicio y la protección de los derechos de los consumidores, equilibrándose de esta forma la balanza acercando las posturas entre consumidor y profesional.

Por último, debo destacar el avance legislativo que ha supuesto la Directiva 2014/17/UE y la LRCCI que la transpone, pues por primera vez y de forma expresa se prevé un control de transparencia material en caso de cláusulas abusivas. Recayendo en este caso sobre la figura del Notario que de forma acertada le es atribuido un deber de información y asesoramiento obligatorio previo a la elevación a escritura pública y, además, se obliga al consumidor prestatario a tener que acudir ante el notario de su elección para poder ser informado y asesorado, en caso contrario no será válido ningún contrato. De esta forma se garantiza que el consumidor ha conocido y entiende el funcionamiento concreto del producto que ha suscrito con la entidad bancaria antes de suscribir definitivamente el contrato. A mi parecer esta es una muy buena regulación y un primer gran paso, aunque, por otro lado, se está dejando cierta libertad a la entidad bancaria para desarrollar y diseñar sus políticas de contratación, pues la falta de una determinación expresa de causas objetivas hace que entre en juego el factor discrecional del notario, que aunque fedatario público, puede afectar negativamente a los intereses del consumidor.

## TABLA JURISPRUDENCIAL

### Tribunal Constitucional

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
10.2.1992	RTC 1992\14	Jesús Leguina Villa

### Tribunal Supremo

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
1ª 9.5.2013	RJ 2013\3088	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
1ª 8.9.2014	RJ 2014\4660	Francisco Javier Orduña Moreno
1ª 24.3.2015	RJ 2015\845	Rafael Saraza Jimena
1ª 30.6.2015	RJ 2015\2662	Rafael Saraza Jimena
1ª 23.12.2015	RJ 2015\5714	Pedro José Vela Torres
1ª 3.6.2016	RJ 2016\2306	Pedro José Vela Torres
1ª 30.1.2017	RJ 2017\371	Pedro José Vela Torres
1ª 15.11.2017	RJ 2017\4730	Rafael Saraza Jimena
1ª 31.10.2018	JUR 2018\298017	Rafael Saraza Jimena
1ª 26.11.2018	RJ 2018\322714	Ángeles Parra Lucan
1ª 28.11.2018 (Auto)	JUR 2018\325244	Ángeles Parra Lucan

### Audiencias Provinciales

<i>Tribunal, Sección y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAPB, 15ª, 28.11.2018	JUR 2018\325067	Marta Pesqueira Caro
SAPB, 4ª, 11.1.2019	JUR 2019\25924	Marta Dolores Valle García

### Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
27.6.2000	C-240, 241, 242, 243, 244/98	Océano Grupo Editorial, S.A. vs. Murciano, y Salvat Editores, S.A. vs. Sánchez, Copano, Barroane y Viñas.
19.9.2000	C-287/98	Luxembourg vs. Linster
14.3.2013	C-415/11	Aziz vs. CatalunyaCaixa
30.4.2014	C-26/13	Kásler vs. OTP Jetzálogbank Zrt

26.2.2015	C-143/13	Matei vs. SC Volksbank România S.A.
23.4.2015	C-96/14	Van Hove vs. CNP Assurances S.A.
3.12.2015	C-312/14	Banif Plus Bank Zrt vs. Lantos
20.9.2017	C-186/16	Andriuc vs. Banca Românească S.A.

## LEGISLACIÓN

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, p. 29313.

Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, *Boletín Oficial del Estado*, de 7 de julio de 1944, núm. 189, p. 5225.

España. Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de julio de 1984, núm. 176, p. 21686. (Derogada en 2007).

España. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de noviembre de 2007, núm. 287, p. 49181.

España. Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, *Boletín Oficial del Estado*, 24 de octubre de 2015, núm. 255, p. 100356.

España. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, *Boletín Oficial del Estado*, de 16 de marzo de 2019, núm.65, p. 26329

El Consejo de las Comunidades Europeas. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados

con consumidores, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, de 21 de abril de 1993, núm. 95, p. 29 a 34.

Unión Europea. Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (MIFID I), *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 30 de abril de 2004, núm. 145, p. 1 a 44. (Derogada con efectos desde 2017)

Unión Europea. Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (MIFID II), *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 12 de junio de 2014, núm. 173, p. 349 a 496.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AGÜERO ORTIZ, A., ¿Sabemos nuestros tribunales lo que es un instrumento financiero complejo? No lo saben. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2016. 2016, p. 51 a 73

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato. 2017. Disponible en: <https://almacenederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>

ANGELINA GONZÁLEZ, F.J., La Constitución y la protección de los consumidores. In: *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario*. JM Bosch Editor, 2003. p. 467 a 474.

AÑÓN CALVETE, J., Hipoteca multidivisa: del imposible derivado financiero al control de transparencia. *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*:

*jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, 2018, no 65, p. 5 a 38.

APARICIO PÉREZ, M. A.; BARCELÓ I SERRAMALERA, M., *Manual de Derecho Constitucional*. Atelier, 2012.

ARGELICH COMELLES, C., Control de transparencia y buena fe en la reciente jurisprudencia sobre la hipoteca multidivisa. *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, no 46, p. 394 a 413.

BALLESTEROS GARRIDO, J.A, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1999.

www.bde.es – Banco de España – Estadísticas – Tipos de interés y tipos de cambio (2019). Disponible en: <https://www.bde.es/webbde/es/estadis/infoest/tipos/tipos.html>

DE CASTRO Y BRAVO, F., et al. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Anuario de Derecho Civil, 1961, vol. 14, nº2, p.295 a 342

CAVALLÉ CRUZ, A., La actuación notarial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *Revista la Notaria*, núm. 3/2018, 2019, p. 7 a 21

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L., A una aproximación a la naturaleza jurídica de la conocida como " hipoteca multidivisa". *Revista de derecho bancario y bursátil 140/2015, Parte crónica*, 2015, p. 269 a 292

CLAVERÍA GONSÁLBEZ, L.H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Ed. Bosch, Barcelona.

ARGELICH COMELLES, C., Control de transparencia y buena fe en la reciente jurisprudencia sobre la hipoteca multidivisa. *Revista General de Derecho Europeo*, 2018, no 46.

COM (2007). Libro Blanco. Bruselas, 18 de diciembre de 2007

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., ROCA TRIAS, M<sup>a</sup>.E. y MORALES MORENO, A., *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M<sup>a</sup>. I. La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016= The apparent partial correction of the transparency control regarding the CJEU judgement of 21st december 2016. *Cuadernos de derecho transnacional*, 2017, 9.1: p. 406 a 429

ESMA. Consultation Paper “Draft guidelines on complex debt instruments and structured deposits” de 14 de marzo de 2015.

GERSTENBERG, O., Constitutional Reasoning in Private Law: The Role of the CJEU in Adjudicating Unfair Terms in Consumer Contracts, *European Law Journal*, 2015, p. 599 a 621

HYPOSTAT 2005: A review of europe’s Mortgage and Housing Markets, Federeación Hipotecaria Europea, noviembre de 2006.

LAMPMAN, R.J.; DOUTHITT, R.A., The consumer Bill of Rights thirty-five years later. *Advancing the Consumer Interest*, 1997, 9.2: p. 4 a 6

LONGO MARTÍNEZ, A.A., Estudio práctico de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/estudio-practico-de-la-ley-5-2019-de-15-de-marzo-reguladora-de-los-contratos-de-credito-inmobiliario/#incluidos>

LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Los contratos*, 3<sup>a</sup> de., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo I: Parte General, p.142, n. 176

DE LA MAZA GAZMURI, I., Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado? *Revista chilena de derecho privado*, 2003, no 1, p.109 a 148

MIQUEL GONZALEZ. J. M<sup>a</sup>. Comentario a los arts. 82 a 84 del TRLGDCU, *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Madrid, 2011, p. 712 a 788.

MIRANDA SERRANO, L.M., El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria. *InDret*. 2018. n<sup>o</sup>2.

NAVAS NAVARRO, S., 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). *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2018, p. 391 a 434

OLIVENCIA RUIZ, M., Las cláusulas suelo en los contratos de préstamos bancarios con consumidores: La STS (Sala Primera) de 9 de mayo de 2013. In: *La protección de los consumidores en tiempos de cambio: ponencias y comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*. Iustel, 2015. p. 251 a 258

PAGADOR LÓPEZ, J. Título II. Las condiciones generales y cláusulas abusivas. La defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007), 1<sup>a</sup> ed., Madrid, 2011, p. 1307 a 1442

PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

PÉREZ RAMÍREZ, J.; CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, J., *Instrumentos financieros: Análisis y valoración con una perspectiva bancaria y de información financiera internacional*. Pirámide, 2006.

PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J.L., Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional. *Revista de estudios políticos*, 2003, 122: 269-316.

SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*. F. Pichon, 1901.

SLAWSON, W.D., *Binding promises: The late 20th-century reformation of contract law*. Princeton University Press, 1996. n.6.

URIA GONZÁLEZ, R., *Derecho Mercantil*, 27ª Edición, Madrid, Marcial Pons,

YZQUIERDO TOLSADA, M.; MUÑOZ GARCÍA, C., Falta de transparencia en el objeto principal del contrato. Acerca del predisponente que lo es pero que no quiere parecerlo. Comentario a la STJUE 21 diciembre 2016. *Revista de derecho bancario y bursátil*, 2017, P. 253 a 275