

## CLÁUSULA SOBRE DIVISA EXTRANJERA EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y FALTA DE TRANSPARENCIA

**Susana Navas Navarro**

Catedrática de Derecho civil

Universidad Autónoma de Barcelona

**Resumen:** La cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios forma parte de lo que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas denomina "objeto principal del contrato". En nuestro sistema puede ser sometida a un doble control: el de incorporación (arts. 5-7 LCGC) y de contenido (art. 82 TRLGDCU). Por su parte, la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, de próxima incorporación al ordenamiento español, contiene, en su art. 23, una referencia expresa a este tipo de cláusulas. En concreto, regula la información que debe suministrar el prestamista al prestatario cliente minorista. Es tanta, tan variada y técnica que provocará su desinterés por entenderla. Quizá, convendría más, una menor cantidad de información pero la que se proporcione que sea útil y de calidad.

**Palabras claves:** divisa extranjera, préstamo hipotecario, consumidores, información, cláusula abusiva

**Title:** Foreign Currency Term in Mortgage Loans and Lack of Transparency

**Abstract:** The contract clause on foreign currency mortgage loans is considered a "core element" in terms of Art. 4 para. 2 of the Directive 93/13/CE on unfair contract terms. In our legal system, this clause could be subjected to a double mechanism: first, concerning its incorporation to the contract (Arts. 5-7 LCGC); second, related to its content (Art. 82 TRLGDCU). On the other hand, the Directive 2014/17/UE on credit agreements concluded by consumers concerning residential real estates, which should be transposed to the Spanish system in brief, makes, in Art. 23, an explicit reference to such clauses. Particularly, it rules the information that consumers should receive before the conclusion of the credit contract. This information is too much, too heterogeneous and too technical, that it leads to a lack of interest in its understanding by consumers. Maybe, less quantity of information but of more utility and quality, should be for sure more convenient for customers.

**Key words:** foreign currency, mortgage loan, consumers, information, unfair contract term

**SUMARIO:** 1. Introducción al Mercado de divisas y al tipo de cambio. 1.1. *Los préstamos denominados en divisa extranjera en contexto.* 1.2. *Algunos conceptos financieros necesarios.* 2. El tipo de cambio de la divisa extranjera y el índice LIBOR en el préstamo a cliente minorista. 2.1. *Planteamiento de la cuestión.* 2.1.1. *Normas reguladoras del deber de información precontractual.* 2.1.2. *El "riesgo" inherente a la determinabilidad de la prestación.* 2.2. *El control de contenido de los elementos esenciales u objeto principal del contrato por falta de transparencia.* 2.2.1 *Las cláusulas sobre la divisa extranjera en la que se denomina el préstamo y sobre el índice LIBOR que forman parte del objeto principal del contrato.* 2.2.2. *Las cláusulas sobre el objeto principal del contrato pueden ser abusivas.* 2.2.3. *Falta de transparencia y expectativas del cliente minorista consumidor. Fundamento legal.* 2.2.4. *Diferencia entre el objeto principal del contrato y cláusulas con contenido normativo.* 3. Conclusiones. 3.1. *La "ilusión de entender".* 3.2. *La modificación del art. 83 TRLGDCU por la Ley 3/2014 nula incidencia va a tener en la práctica de los Tribunales.*

## 1. Introducción al mercado de divisas y al tipo de cambio

Tras presentar el contexto en el que se concedieron préstamos denominados en divisa diferente de la nacional en la que el prestatario debía realizar la devolución de aquéllos (1.1.), introducimos algunos conceptos, del ámbito de las finanzas, que nos parecen imprescindibles para la mejor comprensión de los aspectos jurídicos que, con posterioridad, desentrañamos (1.2.).

### 1.1. Los préstamos denominados en divisa extranjera en contexto

Aproximadamente el 60% de los préstamos garantizados con hipoteca que se concedieron, por entidades crediticias o no, en países del este de Europa, algunos de los cuales forman parte de la Unión Europea, estaban denominados en una divisa extranjera<sup>1</sup>; en concreto, el franco suizo (CHF), el cual mantuvo la paridad con el euro (€), hasta que el 15 de enero de 2015, el Banco central suizo decidió eliminarla<sup>2</sup>. Nos referimos a Bulgaria, Polonia, Hungría, Rumanía, Croacia y Chequia<sup>3</sup>; si bien, en Austria<sup>4</sup>,

---

\*El texto se corresponde con la conferencia que la autora impartió en el Colegio notarial de Catalunya, el 4 de junio de 2015, en el marco de la Jornada sobre "vivienda, crédito y consumidores".

<sup>1</sup> El art. 4 en la definición núm. 28 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 (DOUE L 60/34, de 28 de febrero de 2014. Esta norma será abreviada como "Directiva 2014/17/UE") considera como préstamo denominado en divisa extranjera "todo contrato de crédito en el que el crédito está denominado en una moneda:

- a) *En que el consumidor no tenga los activos o no reciba los ingresos con los que ha de reembolsar el crédito, o*
- b) *Distinta a la del Estado miembro en que resida el consumidor".*

<sup>2</sup> <http://www.abc.es/economia/20150115/abci-suiza-elimina-tipo-cambio-201501151640.html>.

<sup>3</sup> P. Yeşin, "Foreign Currency Loans and Systemic Risk in Europe", *Federal Reserve Bank of St. Louis Review*, May/June 2013, 95(3), pp. 219-35; M. Brzoza-Brzezina / T. Chmielewski / J. Niedźwiedzińska,

Luxemburgo y Reino Unido también se concedieron este tipo de préstamos. En España, en cambio, la divisa de referencia, aunque no la única, fue la japonesa, el yen (¥)<sup>5</sup>. La razón fundamental, que se aducía, de la concesión de este tipo de préstamos, frente al cliente minorista, era, sin duda, el beneficio económico, para éste, al aprovecharse de la depreciación de la divisa extranjera, en el caso del yen, frente al euro, lo que suponía pagar menos, esto es, un ahorro en pago de intereses importante, por un determinado capital respecto de si ese mismo capital se hubiera denominado en euros. En el caso del CHF hay que tener presente que los países en los que más préstamos denominados en esa moneda se concedieron son países que no formaban (ni todavía forman) parte de la Unión Monetaria Europea y, por tanto, mantienen su propia moneda nacional. Como la moneda de referencia para estos países es precisamente el euro, puesto que su intención es, en un futuro, cumplir con los objetivos impuestos por la UE para poder adoptarlo y, además, el volumen más importante, en cifras, respecto de sus exportaciones e importaciones se hace en esa moneda, el mantenimiento de la paridad entre el CHF y el € resultaba beneficiosa económicamente no sólo para las empresas sino también para los particulares.

De hecho, el origen de estos préstamos denominados en una divisa diferente de la nacional en la que tiene que realizarse el pago o con opción multdivisas se encuentra en las transacciones comerciales de carácter internacional que llevan a cabo las empresas<sup>6</sup>. En estos casos, las empresas pretenden beneficiarse de un tipo de interés de un determinado país, para cuya fijación se tiene en cuenta la tasa de inflación de su economía en relación con la divisa del país en el que la empresa deba satisfacer la devolución del préstamo. No son desconocedoras de que existe un "riesgo" en la medida en que pueden cambiar las circunstancias del país cuya divisa se tiene como referencia. Así, en algunos casos, las empresas disponen de departamentos destinados al estudio de la inversión en divisas diferentes de la nacional para ver la rentabilidad, en función de determinados índices o elementos, de aquella<sup>7</sup>. No deja de haber, por tanto, para estas empresas o, en general, para los inversores profesionales, un cierto elemento especulativo con la celebración de contratos de préstamo denominados en

---

"Substitution between domestic and foreign currency loans in Central Europe. Do central banks matter?", *Working Papers Series*, European Central Bank, núm. 1187, mayo, 2010; M. Brown / R. De Haas, "Foreign Currency Lending in emerging Europe: Bank-level evidence", European Bank for Reconstruction and development, *Working Paper*, núm. 122, diciembre, 2010.

<sup>4</sup> Ch. Beer / S. Ongena / M. Peter, "Borrowing in foreign currency: Austrian households as carry traders", *Journal of Banking & Finance* 34 (2010) 2198-2211.

<sup>5</sup> Se estima que alrededor de 14.000 millones de euros se concedieron en préstamos hipotecarios denominados en divisa extranjera y que el Banco que mayor número de estos préstamos concedió fue Bankinter (<http://www.elmundo.es/economia/2015/01/17/54b96783ca47413b5a8b4577.html>).

<sup>6</sup> N. Mora / S. Neaime / S. Aintablian, "Foreign currency borrowing by small firms in emerging markets: When domestic banks intermediate dollars", *Journal of Banking & Finance* 37 (2013) 1093-1107.

<sup>7</sup> G. W. Brown, "Managing foreign exchange risk with derivatives", *Journal of Financial Economics* 60 (2001) 401- 448.

divisa diferente de la nacional; elemento del que se han querido beneficiar asimismo, con cierto sesgo oportunista, los clientes minoristas.

### **1.2. Algunos conceptos financieros necesarios**

Uno de los aspectos que más ha pasado desapercibido, en relación con el estallido de la denominada "burbuja inmobiliaria" y las ejecuciones hipotecarias, ha sido el que ha tenido que ver con las mal llamadas "hipotecas multidivisas"; mal llamadas, por un lado, porque no todas las hipotecas han sido constituidas en multidivisas<sup>8</sup>, antes bien no pocas lo han sido en una única divisa<sup>9</sup> y, por otro lado, porque con la expresión, en realidad, se quiere indicar que se ha concedido un préstamo-mutuo cuyo capital está denominado en una divisa diferente a la divisa del país en el que es residente el prestatario, el cual debe satisfacer las cuotas de amortización en concepto de capital e intereses en su divisa nacional, para lo cual se tiene en cuenta el tipo de cambio que normalmente, en cada momento, exista, en el mercado Forex<sup>10</sup>, entre la divisa extranjera en la cual el préstamo se denominó y la divisa en la cual debe realizarse el pago<sup>11</sup>. El tipo de cambio que se suele manejar es el tipo de cambio

---

<sup>8</sup> El préstamo denominado en divisas diferente de la nacional puede presentar una opción multidivisa o no, es decir, puede tratarse de un préstamo que, una vez determinado el capital en una divisa concreta, no admita conversión a otra divisa, en determinados casos, o que, por el contrario, admita la conversión a otra divisa (extranjera o nacional) normalmente cuando el tipo de cambio ha variado encareciendo de forma relevante tanto el capital como los intereses que debe satisfacer el prestatario. En este sentido, debe diferenciarse, en un plano teórico, el préstamo hipotecario denominado en una única divisa del préstamo hipotecario con opción multidivisa.

<sup>9</sup> La expresión "divisa" no es sinónima de "moneda extranjera". No existe una definición oficial de la misma pero se suelen incluir en ella dos tipos de activos en la medida en que estén denominados en una moneda distinta de la moneda del país en el que reside el titular de éstos. Comprende los depósitos bancarios de los residentes de un país que posea en moneda extranjera y los medios y servicios de pago que emplea para movilizar esos depósitos (v. gr., transferencias bancarias, cheques, etc...). Los billetes en moneda extranjera, aunque forman parte del concepto de "divisa", tienen un tratamiento diferenciado a ésta como consecuencia de sus propias características (X. Brun / O. Elvira / X. Puig, *Mercado de renta variable y mercado de divisas*, Profit, Barcelona, 2008, pp. 160-161; S. González Fernández, *El sistema monetario internacional y el mercado de divisas*, Pirámide, Madrid, 2000, pp. 13-14).

<sup>10</sup> El mercado de divisas es el mercado más amplio del mundo. Se le denomina *Foreign Exchange* o *Forexy* (se le conoce por sus siglas *Forex*) y es el mercado financiero más antiguo del mundo. Es un mercado en el que puede ser negociada cualquier moneda en cualquier hora, las 24 horas del día. Es un mercado muy líquido siendo las principales divisas que se negocian el dólar americano, el yen, el euro, la libra esterlina y el franco suizo. Se trata de un mercado no organizado o mercado OTC (*over the counter*), en el cual la cantidad de divisas y el vencimiento pueden negociarse sin ninguna condición prefijada (X. Brun / O. Elvira / X. Puig, *Mercado de renta variable*, pp. 159-160; J. J. Durán, *Mercado de divisas y riesgo de cambio*, Pirámide, Madrid, 1997, pp. 89-90; S. González Fernández, *El sistema monetario internacional*, pp. 31-34).

<sup>11</sup> Los movimientos en el tipo de cambio dependen, por una parte, de los cambios que se producen en la oferta y la demanda de divisas en el mercado dando lugar a la apreciación o depreciación de la moneda nacional respecto de las monedas de otros países; y, por otra parte, de las decisiones de las autoridades monetarias que pueden decidir una variación del tipo de cambio oficial establecido como aconteció el 15 de enero de 2015, cuando la autoridad monetaria suiza decidió eliminar la paridad entre el franco suizo y el euro (<http://www.swissinfo.ch/spa/tipo-de-cambio-franco-euro-el-banco-central-suizo-toma-al-mundo-por-sorpresa/41219744>. Fecha de la consulta: abril 2015), lo que afectó al cálculo que debía hacerse de los capitales prestados denominados en esa moneda así como de las cuotas de amortización

efectivo bilateral "nominal"<sup>12</sup>. El tipo de cambio, en cada momento, depende, por un lado, del tipo de interés<sup>13</sup> y, por otro, de la inflación de los países cuyas divisas se relacionan<sup>14</sup>. Además, intervienen otros factores que afectan a la fijación del tipo de cambio de una divisa respecto de otra, cuales son la oferta de activos financieros, el cambio en los recursos, el comercio, las normas jurídicas internacionales, la intervención de los bancos centrales y las expectativas e incertidumbres propias de los mercados financieros debidas a las decisiones que los diferentes agentes que intervienen, en los mismos, adoptan<sup>15</sup>.

Existe, en consecuencia, un riesgo inherente a cualquier contrato en el que una de las prestaciones aparezca denominada en una divisa diferente de la divisa del país del que es nacional la parte contractual que debe ejecutarla, de que el tipo de cambio de la divisa varíe y eso afecte a la cantidad a satisfacer, por aquélla, que puede aumentar o disminuir. De ahí que

---

que debían hacerse que aumentaron de forma considerable. En relación con estas cuestiones, vid. S. González Fernández, *El sistema monetario internacional*, p. 24.

<sup>12</sup> El "tipo de cambio" mide el valor de una moneda con respecto a la de otro país. Dicho con otras palabras, es el precio que una moneda determinada (v. gr. el yen) tiene en términos de otra moneda (v. gr. el euro). El tipo de cambio puede ser una cotización multilateral que mide el valor global de una moneda en el mercado de cambios (tipo de cambio efectivo) o bien ser "bilateral", es decir, que relaciona el valor entre dos monedas de forma nominal, sin eliminar el efecto de la inflación de los dos países (M. Brzoza-Brzezina / T. Chmielewski / J. Niedźwiedzińska, "Substitution between domestic and foreign currency loans in Central Europe. Do central banks matter?", p. 10).

La medida más utilizada es el tipo de cambio efectivo bilateral nominal; aunque también existe el tipo de cambio efectivo real que se obtiene ajustando el tipo efectivo nominal con la relación entre el nivel de precios nacional y el exterior representando el valor de una moneda en cuanto a su poder adquisitivo. En este caso, para calcular el valor de la moneda habrá que tener en cuenta el poder adquisitivo del país en cuestión en relación con otros países (S. González Fernández, *El sistema monetario internacional*, pp. 17-18).

<sup>13</sup> Conocido es que el "interés" es considerado, desde un punto de vista jurídico, como fruto civil (art. 355 apartado 3 CC; art. 511-3 CCCat). Desde un punto jurídico-económico es el precio o retribución que debe pagarse por el uso de un capital ajeno expresado mediante un porcentaje: el más conocido es el TAE, aunque, en los últimos tiempos se suele aludir al TIN o "tipo de interés nominal" consistente en el porcentaje que se agrega al capital prestado en concepto de intereses en un período de tiempo determinado en relación con un tipo de capitalización simple; mientras que la TAE hace referencia a la capitalización compuesta.

Si un país ofrece un menor tipo de interés, como retribución por el préstamo de un capital, que otro país, resultará más atractivo para solicitar préstamos denominados en esa divisa o, incluso, en el caso de las empresas, para invertir en él. Pero esto provocará que la demanda de divisa de ese país aumente, lo que determinará una apreciación de su divisa por un importe igual a la diferencia entre los tipos de interés, o sea, entre el tipo de interés que ofrece el país de la divisa en la que aparece denominado el préstamo y el tipo de interés que ofrece el país de la divisa en la que debe realizarse el pago de las cuotas. De todos modos, debe tenerse presente que el tipo de interés depende de la tasa de inflación del país cuya divisa se considera, por lo que si la inflación es elevada los tipos de interés esperables serán elevados; si la tasa de inflación es reducida, los tipos de interés que se esperan serán reducidos.

<sup>14</sup> Si la inflación que soporta una divisa es superior a la de otra durante un período prolongado en el tiempo, el tipo de cambio entre ambas divisas reflejará la pérdida de valor de la que soporta mayor inflación (S. González Fernández, *El sistema monetario internacional*, p. 48).

<sup>15</sup> S. González Fernández, *El sistema monetario internacional*, pp. 47-48.

adquieran relevancia los factores que se tienen en cuenta para hacer predicciones acerca de la evolución del tipo de cambio, según se hagan a corto, medio o largo plazo. Entre estos factores destacan, además de los que acabamos de mencionar en líneas superiores, la tasa de inflación que soporta la divisa de que se trate, la prima de riesgo del país cuya divisa se toma en consideración, la inestabilidad política del país, los desequilibrios económicos o presupuestarios del país, el poder adquisitivo de la moneda, los intercambios comerciales de carácter internacional, las perspectivas de rentabilidad de determinados sectores empresariales y, al cabo, la incertidumbre propia de los mercados<sup>16</sup>. De todos modos, la predicción genera la falsa creencia de la estabilidad de la situación, de la seguridad en la decisión que se adopte y en la ilusión de control de una situación que, de hecho, al depender de tantas variables, en un contexto caótico, como en el que nos movemos, es imposible de controlar y, en realidad, de predecir<sup>17</sup>.

Así, clientes minoristas que habían pensado beneficiarse de tasas de inflación y, por ende, tipos de interés muy bajos de otros países (por ejemplo, en España muchos de los préstamos se denominaron en yenes) o de la estabilidad en la paridad entre dos divisas (por ejemplo, entre franco suizo y euro o entre libra esterlina y euro) vieron cómo, al variar el tipo de cambio de la divisa, que escogieron como referencia para solicitar un préstamo, el capital que adeudaban así como la cuota de amortización de capital más intereses se incrementaba de forma considerable poniendo en peligro su propia economía doméstica<sup>18</sup>. Debe tenerse presente que el tipo de interés pactado, en la mayoría de casos, era un tipo de interés variable referenciado en el LIBOR<sup>19</sup>, que es el tipo de interés interbancario del mercado de Londres<sup>20</sup> publicado diariamente en las pantallas de Reuters<sup>21</sup> a las 11 de la mañana horario local británico.

---

<sup>16</sup> S. González Fernández, *El sistema monetario internacional*, pp. 54-55.

<sup>17</sup> Nicholas Nassim Taleb, *El cisne negro. El impacto de lo altamente improbable*, Planeta, Madrid, 2007, in totum.

<sup>18</sup> En España se constituyó la Plataforma de afectados por la hipoteca multidivisa (<http://plataformahipotecamultidivisa.es/>). Fecha de la consulta: abril 2015.

<sup>19</sup> LIBOR=London InterBank Offered Rate.

<sup>20</sup> Se trata de una tasa diaria que se forma sobre la base de tasas de interés a las cuales los bancos ofrecen fondos a otros bancos en el mercado interbancario. El LIBOR lo fija la Asociación de banqueros británicos y se publica alrededor de las 11.00 h de la mañana, en horario de Londres. La fecha oficial en la que se empezó a manejar fue el 1 de enero de 1986. El LIBOR se emplea como tasa de referencia para muchos instrumentos financieros, entre ellos para los préstamos garantizados con hipoteca cuyo tipo de interés es variable. Es un índice de referencia con una volatilidad muy elevada; más que la propia del EURIBOR. Aunque, en un principio, antes de que estallara la crisis económica aplicar este índice de referencia representaba un beneficio para los prestatarios, en cuanto a ahorro por pago de intereses se refiere, cuando estalló la crisis y los bancos, al perder la confianza entre ellos, dejaron de prestarse dinero o lo hicieron a un tipo más elevado, provocó que el índice LIBOR tuviera un incremento que encareció enormemente el coste del préstamo del capital concedido (M. Brzoza-Brzezina / T. Chmielewski / J. Niedźwiedzińska, "Substitution between domestic and foreign currency loans in Central Europe. Do central banks matter?", pp. 11-13).

<sup>21</sup> Reuters es una plataforma electrónica donde se comercian divisas permitiendo conversaciones bilaterales y ejecución de las mismas. El sistema descentralizado de comercio de divisas más utilizado en

La situación problemática que se ha suscitado, en los países en los que se concedieron estos préstamos, y que, en nuestro país, ha dado lugar ya a varios pronunciamientos judiciales básicamente en la denominada jurisprudencia "menor", de la que damos cuenta en el lugar oportuno, ha tenido que ver, principalmente, con el préstamo hipotecario, cuyo capital está denominado en una divisa diferente de la nacional del prestatario sin opción, por tanto, llegado el caso de una variación en el tipo de cambio de la divisa, de poder convertir el préstamo concedido a otra divisa, en concreto, a la nacional que es con la que se satisface la devolución del préstamo. De este modo, muchos particulares, clientes minoristas, consumidores, han visto cómo el capital concedido aumentaba, de forma importante, incrementándose así mismo la cantidad a satisfacer en concepto de intereses y, por ende, la cuota mensual superaba con creces lo que su propia economía doméstica les permitía, sin poner en riesgo, en no pocos casos, su propio nivel de subsistencia. Consecuencia de este comportamiento, así como de otros de todos los agentes que intervienen en el mercado interior europeo del crédito, fue la publicación de la Directiva 2014/17/UE la cual contiene normas relativas al préstamo hipotecario denominado en una divisa diferente de la divisa en la que debe realizarse la devolución del mismo (art. 23), en orden a la opción que debe tener el prestatario de poder solicitar, siempre, la conversión de la divisa pactada en otra; en concreto, la divisa en la cual éste obtenga la mayor parte de sus activos financieros.

Nuestra intención es aproximarnos al préstamo hipotecario denominado en divisa extranjera concedido al cliente minorista, esto es, al consumidor desde la óptica de las cláusulas abusivas planteando algunas cuestiones que nos parecen controvertidas (II.) para, seguidamente, presentar nuestras conclusiones (III.).

## **2. El tipo de cambio de la divisa extranjera y el índice LIBOR en el préstamo al cliente minorista**

Tras el planteamiento de la cuestión (1.), nos adentraremos en el aspecto relativo a la falta de transparencia en relación con la distinción entre "elementos esenciales" y "accesorios" del contrato para determinar si pueden ser objeto de control de contenido, habida cuenta del tenor literal del art. 4.2 de la *Directiva*

---

el mundo es el de Reuters ("Exchange arrangements and foreign Exchange markets. Developments and issues", prepared by a Staff Team in the Monetary and Exchange Affairs Department, IMF, 2003, pp. 61 y 68). En la actualidad, también se emplea el terminal de Bloomberg.

Sin embargo, la mayoría de formularios bancarios, en la práctica, hacen referencia a la primera plataforma y no a la segunda. Así, por ejemplo, en uno de ellos, se puede leer:

*"Para el resto de divisas integradas en el índice BBA LIBOR se entiende POR TIPO DE REFERENCIA, a los efectos de este contrato, el precio del dinero del mercado interbancario de Londres para depósitos no transferibles por un plazo equivalente a la duración del período de interés de que se trate, publicado diariamente para cada divisa en las pantallas de Reuters a las 11 horas de la mañana de dos días hábiles antes del inicio de cada período de interés".*

93/13/CE, de 5 de abril del Consejo UE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores<sup>22</sup> (2.), siempre que sean de aplicación las normas reguladoras de este tipo de cláusulas. El estudio tendrá en cuenta cláusulas que aparecen usualmente en este tipo de contratos<sup>23</sup> referidas a la denominación del capital en divisas y el tipo de cambio, el índice de referencia para determinar, en cada momento, la tasa de interés variable, es decir, el LIBOR.

### **2.1.Planteamiento de la cuestión**

Los variados casos que han llegado a los tribunales<sup>24</sup>, en nuestro y en otros países<sup>25</sup>, tienen un denominador común, cual es el incremento sobrevenido e inesperado, para el prestatario consumidor, tanto del capital prestado como de las cuotas de amortización del mismo al variar sustancialmente el índice de referencia que determinaba el tipo de interés variable, es decir, el LIBOR. Además, no todos los préstamos concedían la facultad para el prestatario consumidor de poder convertir, con un plazo de preaviso, la divisa extranjera en la cual se concedió el préstamo a una de las divisas, incluida la nacional de aquél, que se preveían en el propio contrato.

Dos han sido los argumentos principales que se han esgrimido, por parte de los prestatarios, para “desvincularse” de la obligación de devolver el préstamo en la divisa pactada: en primer término, la ausencia imputable a la entidad prestamista, sea ésta una entidad de crédito o no, de la información (precontractual) acerca de los riesgos que asumía el prestatario

---

<sup>22</sup> DOCE L 95, de 21 de abril de 1993, pp. 29 ss. Esta norma será abreviada como “Directiva 93/13/CE”. La exclusión del control del contenido de las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato siempre que se hayan redactado de forma clara y comprensible se recoge en el Art. II-9:406 del Marco Común de Referencia [respecto de este instrumento, vid. Jules Stuyck, “Unfair Terms” en Geraint Howells / Reiner Schulze (Eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009, pp. 115-146; María Amalia Blandino Garrido, “Comentario al art. II-9:406: Exclusiones del control de abusividad”, en Antoni Vaquer Aloy / Esteve Bosch Capdevila / María Paz Sánchez González (coord.), *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, T. I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 666-674] y en el art. 80 de la Propuesta de Reglamento de normativa común de compraventa europea (COM 2011, 635 final; crítico con el art. 80 se muestra Martin Ebers, “El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional”, *Indret*, 1/2012, [www.indret.com](http://www.indret.com)). Por su parte, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre derechos de los consumidores (DOUE, L 304/64 de 22 de noviembre de 2011) guarda silencio a este respecto.

<sup>23</sup> Agradezco a Don Ángel Serrano de Nicolás, notario de Barcelona, la amabilidad que ha tenido al suministrarme modelos de préstamos hipotecarios en los que se preveía una cláusula de “opción multidivisa”.

<sup>24</sup> Los casos más significativos se recogen en Juan Ignacio Navas, *Hipoteca Multidivisa. Cómo conseguir la nulidad parcial del préstamo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 265 ss. Asimismo vid., Alicia Agüero Ortiz, “Las hipotecas multidivisas a examen”, [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco). Fecha de la consulta: abril 2015.

<sup>25</sup> En relación precisamente con el tema que tratamos, en este trabajo, debe hacerse mención de la STJUE de 30 de abril de 2014, Asunto, C-26/2013, TJCE 2014, 105, a la cual aludiremos a lo largo del mismo y que tuvo que ver con la celebración de un contrato de préstamo denominado en francos suizos en el que los prestatarios eran nacionales de Hungría.



al pactar una divisa diferente de la divisa en la que percibe la mayor parte de sus activos, lo cual abocaba a demandar la nulidad del contrato de préstamo por error o dolo en la formación de la voluntad contractual<sup>26</sup>; en segundo lugar, la redacción de las cláusulas, en las cuales se alude a la divisa en cuestión, no han sido redactadas de forma clara y transparente; luego, al tratarse de un contrato en el que una de las partes es un cliente minorista, que ostenta la condición de "consumidor", debe aplicarse la normativa sobre cláusulas abusivas considerándose la cláusula, relativa a la divisa en la que se concede el préstamo, nula<sup>27</sup>; nulidad parcial que permite al juez integrar el concreto contrato con una nueva cláusula sustitutoria de la declarada nula y, en especial, convirtiendo la divisa extranjera a la nacional del prestatario; aunque la integración del contrato, deberá canalizarse a través de las normas generales en materia de interpretación del contrato que, en el ordenamiento jurídico español, son esencialmente las recogidas en los arts. 1258 y 1287 CC.

Esto nos acerca a las normas que son de aplicación: tanto normas generales como sectoriales. En relación con las primeras, además del CC en materia de préstamo-mutuo (arts. 1753 a 1757), debemos tener en cuenta la *Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación*<sup>28</sup> y las normas generales en materia de consumo, esto es, TRLGDCU aprobado mediante *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Vid., entre otras, a título de ejemplo, las sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 15 de 4 de febrero de 2013 (AC 2013/98), de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 449/2014, de 28 de septiembre (JUR 2015, 19297); de 20 de octubre de 2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid (JUR 2015, 19297), de 17 de diciembre de 2012, del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona núm.44 (AC 2013/85), de 15 de marzo (JUR 2015, 26137) y de 23 de mayo de 2013 (JUR 2015/26139), del Juzgado de Primera Instancia de Gijón confirmadas por la Audiencia Provincial de Asturias con fechas de 10 de febrero de 2014 y de 14 de febrero de 2014 respectivamente (id Cendoj: 33024370072014100041), sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de marzo de 2006 (JUR 2006, 156481).

Debe mencionarse que, en no pocos casos, si bien, en primera instancia, se declara la nulidad por error en el consentimiento del préstamo denominado en divisa extranjera; en segunda instancia, se revoca la resolución del Juzgado de Primera Instancia y se declara la validez del contrato de préstamo (así, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona núm. 44 ya referida fue revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 21 de enero de 2014 (AC 2013, 98) o la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 97 de Madrid, de 4 de febrero de 2013 que fue revocada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de julio de 2013 (AC 2013, 1588). Al respecto, vid. la exposición de algunos casos en Alicia Agüero Ortiz, "Las hipotecas multidivisas a examen", [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco). Fecha de la consulta: abril 2015.

<sup>27</sup> De nuevo debemos citar la STJUE de 30 de abril de 2014, Asunto, C-26/2013, si bien, en relación con otras cláusulas de los préstamos hipotecarios, respecto de las cuales el TJUE ha declarado el carácter abusivo de las mismas, deben citarse las SSTJUE de 17 de julio de 2014, Asunto C-169/2014 (TJCE 2014, 106), en relación con el proceso de ejecución hipotecaria español y de 14 de junio de 2012, Asunto C-618/2010 (TJCE 2012, 143) en lo que concierne al carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor.

<sup>28</sup> BOE núm. 89, de 14 de abril. Será abreviada como "LCGC".

<sup>29</sup> BOE núm. 287, de 30 de noviembre. Será abreviado como "TRLGDCU".

y modificado por la *Ley 3/2014, de 27 de marzo*<sup>30</sup>. En Cataluña, es de mencionar, pues, hace referencia expresa al préstamo en divisa extranjera, en relación con la información previa a la celebración del contrato de crédito o préstamo hipotecario (art. 262-4), la modificación que ha sufrido el *Código de Consumo de Cataluña* aprobado por la *Ley 22/2010, de 20 de julio*, por mor de la *Ley 20/2014, de 29 de diciembre, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo*<sup>31</sup>. Desde las normas sectoriales y siendo el epicentro el deber de información (esencialmente, precontractual; aunque también debe darse a lo largo de la vida de la relación jurídica) que compete a las entidades de crédito, a los intermediarios y a las entidades no de crédito, que comercializan productos financieros propios o de terceros, debe hacerse mención de, por un lado, la *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*<sup>32</sup>, para las entidades de crédito, y para los otros dos, 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>33</sup>, que deberá ser modificada, a no muy tardar, para incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2014/17/UE ya referida.

Las normas destacadas, que son de aplicación al tema que tratamos, nos permiten afirmar, primero, que el préstamo hipotecario denominado en divisa extranjera no es un producto de los denominados "complejos"<sup>34</sup> y,

---

<sup>30</sup> BOE núm. 76, de 28 de marzo. Será abreviada como "Ley 3/2014".

<sup>31</sup> BOE núm. 18, de 21 de enero de 2015. Será abreviada como "Ley 20/2014" y el Código de Consumo de Cataluña como "CCoCat".

<sup>32</sup> BOE núm. 261, de 29 de octubre de 2011. Será abreviada como "Orden EHA/2899/2011". Esta Orden faculta expresamente al Banco de España para dictar las normas que sean necesarias para su desarrollo y su ejecución. En consecuencia, dictó la *Circular 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos* (BOE núm. 161, de 6 de julio de 2012) para ordenar las mejores prácticas del mercado en orden a esos extremos.

Asimismo, la Orden EHA/2899/2011 facultó al Banco de España para elaborar la "*Guía de Acceso al préstamo hipotecario*" con la finalidad de que quienes demanden servicios bancarios consistentes en la concesión de un préstamo hipotecario dispongan de información adecuada para adoptar sus decisiones de forma adecuada (art. 20.1). Esta Guía está disponible como documento electrónico en: [http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia\\_hipotecaria\\_2013.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf).

<sup>33</sup> BOE núm. 79, de 1 de abril. Será abreviada como "Ley 2/2009".

<sup>34</sup> El art. 79.bis 8 a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 181, de 29 de julio de 1988. Abreviada como "LMV") considera a un producto o instrumento financiero complejo cuando "*no existen posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor*". De esta descripción resulta palpable que la "hipoteca multidivisa" no es un producto financiero "complejo"; es más, ni siquiera puede considerarse "producto o instrumento financiero". En efecto, es ésta la expresión que emplea la LMV (arts. 1, 2 y 63.1, entre otros), si bien no da un concepto de la misma. Parece que la voluntad del legislador es emplear la expresión en sentido amplio, como categoría

segundo, que no se aplica la LMV que incorpora la conocida Directiva MiFID, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros<sup>35</sup>.

Seguidamente, haremos referencia a las normas sectoriales reguladoras del deber de información precontractual (1.1.); para abordar la cuestión del "riesgo" inherente a la celebración de este tipo de contratos desde la perspectiva de los requisitos de la prestación y, en concreto, desde su determinabilidad (1.2.).

### 2.1.1. Normas reguladoras del deber de información precontractual

La normativa sectorial dispone una serie de deberes de información sobre todo precontractual, cuyo cumplimiento compete a la entidad prestataria, entre los cuales destaca el deber de presentar al consumidor prestatario unas fichas con toda la información detallada acerca tanto de los elementos esenciales como de los accesorios del contrato que se pretende celebrar. Así, la Orden EHA/2899/2011 recoge el deber de las entidades de crédito de proporcionar a los clientes la información mediante la "ficha de información precontractual" o FIPRE, cuyo modelo standard establece la propia Orden en el anexo I de la misma (art. 21) y, además, de esta información precontractual general, se facilitará al cliente minorista la "ficha de información personalizada" o FIPER de acuerdo con sus necesidades, su situación financiera y sus preferencias (art. 22), que también aparece en forma de modelo standard en el anexo II de la propia Orden.

En el supuesto de la contratación de préstamos o créditos hipotecarios con intermediarios o entidades no crediticias, la Ley 2/2009 establece deberes de información a cargo de éstos mediante

---

general, distinguiendo, dentro de ella, los valores negociables de los demás instrumentos financieros que no son valores negociables. Así, parece desprenderse del art. 2 LMV. Por su parte, los autores, que han estudiado la LMV y, en particular, las anotaciones en cuenta, definen al "instrumento financiero" como "todo valor negociable o contrato susceptible de negociación organizada en el mercado de valores" considerando que se trata de un concepto más económico que jurídico, a pesar de que sea utilizado por el legislador. Éste lo estaría empleando en su acepción económica y no jurídica (Fernando Zunzunegui, *Derecho del mercado financiero*, 3ª. edic., Marcial Pons, Barcelona / Madrid, 2005, pp. 169 ss). Queda claro, pues, que las hipotecas multidivisas ofrecidas a los clientes minoristas y contratadas por éstos no suponen el ofrecimiento de un instrumento o producto financiero complejo. Otra cuestión es que los acreedores hipotecarios emitan bonos, cédulas o participaciones hipotecarias (art. 2.1 letra d LMV) o bonos de titulización (art. 2.1 letra e LMV) en relación con estas hipotecas multidivisas, los cuales serían considerados valores negociables, pero este es un extremo diferente y del que no nos ocupamos en este trabajo. A pesar de que la normativa es clara, alguna sentencia de primera instancia califica a estos préstamos hipotecarios como "instrumento financiero híbrido combinado" [sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, núm. 84, de 24 de mayo de 2014, JUR 2014, 217001] tomando como argumentos los establecidos por el TJUE en la sentencia de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11), que trataba de un supuesto diferente: de contrato de permuta financiera].

<sup>35</sup> DOUE L 145, 30.04.2004. Abreviada como "Directiva MiFID".

la entrega gratuita de un folleto informativo con un contenido mínimo (art. 13); además, deberá suministrar toda la información necesaria en cuanto a la empresa prestamista, al crédito o préstamo ofrecido y al contenido del contrato (arts. 14 y 20)<sup>36</sup>. No dispone esta norma de la necesidad de elaborar una ficha informativa precontractual o personalizada; sin embargo, la misma deberá pergeñarse cuando se incorpore, a nuestro ordenamiento jurídico, la Directiva 2014/17/UE, la cual, se centra especialmente en los deberes de información al consumidor (arts. 8, 11, 13 a 16)<sup>37</sup>. Toda esta información deberá ser accesible al consumidor mediante la ficha FEIN o "ficha europea de información normalizada", cuyo modelo se encuentra en el anexo II de la propia norma comunitaria<sup>38</sup>. Desde las normas que disciplinan los derechos y obligaciones de los consumidores no deben olvidarse los arts. 60 a 65 TRLGDCU.

### 2.1.2. El "riesgo" inherente a la determinabilidad de la prestación

El préstamo en divisa extranjera que provoca el recálculo cada mes, tanto del capital como de la cuota de amortización a satisfacer por el prestatario consumidor, en función del tipo de cambio de la divisa, supone que nos encontremos ante un préstamo en el que la obligación de devolución posee una prestación que es determinable. La determinación se dará en función de un criterio objetivo, cual es el tipo de cambio de la divisa en cuestión, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes, como dispone el art. 1273 CC.

La obligación de pago de intereses también presenta una prestación determinable ya que el tipo de interés (variable) se encuentra en función de un índice de referencia, cual es el LIBOR, que puede ir

---

<sup>36</sup> La Ley 2/2009, como se conoce, hace referencia a la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (RCL 1994, 1322). Esta Orden fue derogada y sustituida por la Orden EHA/2899/2011. Así las referencias que hace la Ley 2/2009 a la primera Orden deben entenderse referidas a la segunda, lo que plantea diversas cuestiones de interpretación de la Ley remitente. Vid. sobre ello, Marta Ordás Alonso, "La difícil interpretación de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación por los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios tras la entrada en vigor de la Orden EHA de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios", en Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 5/2013, <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>. Fecha consulta: abril 2015.

<sup>37</sup> Una visión de conjunto acerca del contenido de la norma comunitaria puede leerse en Alicia Agüero Ortiz, "Comentario e interpretación de la nueva Directiva en materia hipotecaria (Directiva 2014/17/UE). Una Directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia Unión Europea", ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)), 15 de julio de 2014.

<sup>38</sup> La recepción de esta norma y, en particular, de la ficha FEIN se ha llevado a cabo, en Cataluña, mediante la Ley 20/2014 modificadora del CCoCat (art. 262-1). En esta línea, lo pone de relieve, Alicia Agüero Ortiz, "Nuevas medidas de protección a consumidores en materia hipotecaria introducidas por la Ley 20/2014 en el Código de Consumo de Cataluña", ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)), 2 de marzo de 2015.

variando según diversos factores<sup>39</sup>. Así, respecto de un préstamo mutuo cuyo capital aparezca denominado en la divisa nacional en la que el prestatario percibe la mayor parte de sus activos aparecen dos claras diferencias, si lo comparamos con el préstamo denominado en divisa extranjera: por un lado, que la cuantía del capital es determinada y no determinable, como en el asunto que tratamos; y, por otro, que el índice LIBOR, aunque inicialmente más beneficioso que otros, como por ejemplo, el EURIBOR o el EONIA<sup>40</sup>, tiene un nivel mayor de volatilidad, lo que supone que los tipos de interés referenciados en él puedan producir, en el momento de su determinación, una situación desventajosa para los prestatarios que pueden ver incrementados, en su caso, considerablemente las cuotas de amortización por capital e intereses. En este sentido, se suele afirmar que la celebración de un préstamo denominado en divisa extranjera presenta un "mayor riesgo" para el prestatario consumidor que uno denominado en divisa nacional. Este supuesto "mayor riesgo" es, en realidad, visto desde los elementos esenciales del contrato, el riesgo propio de pactar una prestación determinable, para cuya determinación se acoge un criterio objetivo que viene representado por unos índices concretos: el tipo de cambio de la divisa pactada y el índice de referencia al cual se determinará el tipo de interés variable. Pero este supuesto "mayor riesgo" es tanto para acreedor como para deudor ya que, bien puede provocar una disminución de la cantidad que debe devolver el prestatario, con lo cual el acreedor sale perjudicado, como un aumento, con lo cual el deudor es el perjudicado. Se trata, en definitiva, del riesgo inherente a la determinación de la prestación, en un momento posterior a la celebración del contrato, que existe en cualquier tipo de contrato y que las partes asumen en el momento de su perfección<sup>41</sup>. La facultad que se le puede conceder al prestatario, ante un incremento no esperado de la cuota de amortización, de solicitar el cambio de la divisa en la que aparece denominado el capital prestado, contribuye a minimizar el "riesgo" propio, aunque no lo elimina, de que la prestación sea determinable y no determinada.

De hecho, el art. 23.1 de la Directiva 2014/17/UE exige que los Estados miembros se aseguren de que existe, en el momento de la celebración del contrato de crédito, un marco reglamentario que garantice, como mínimo: a) que el consumidor tenga derecho a

---

<sup>39</sup> Si el cliente minorista no quiere asumir el coste de la fluctuación deberá, obviamente, pactar un tipo de interés fijo, de suerte que la cuantía total de los pagos quede ya determinada en el momento de la perfección del negocio jurídico. También existe la posibilidad de contratar un seguro que cubra este riesgo.

<sup>40</sup> EONIA es el acrónimo inglés de "Euro OverNight Index Average" que es el índice medio del tipo del euro a un día en el mercado interbancario. Se utiliza como índice de referencia en muchas operaciones con derivados financieros.

<sup>41</sup> Ángel Carrasco Perera / Karolina Lyczkowska, "Doce tesis sobre las evaluaciones de conveniencia e idoneidad en el protocolo mifid" ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)), 5 de mayo de 2014.

convertir el préstamo a una moneda alternativa en condiciones especificadas, o b) que se hayan implantado otras disposiciones que limiten el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el consumidor en virtud del contrato de crédito. Por su parte, el art. 60.2 letra c) TRLGDCU, en la redacción dada por la Ley 3/2014, establece que uno de los elementos sobre los cuales debe versar la información previa al contrato es *"la forma en que se determina el precio"*.

## **2.2.El control de contenido de los elementos esenciales u objeto principal del contrato por falta de transparencia**

Tras entender que las cláusulas sobre la divisa en la que aparece denominado el capital del préstamo concedido y sobre el índice de referencia LIBOR para la fijación del tipo de interés variable, en cada momento, forman parte del objeto principal del contrato (2.1.), expondremos cuáles son las razones que llevan a afirmar que estas cláusulas pueden ser abusivas (2.2.), se hará referencia al carácter abusivo por falta de transparencia en relación con las expectativas del cliente minorista consumidor (2.3.) y, al final, nos detendremos en la diferencia entre contenido normativo y contenido económico del contrato (2.4.).

### *2.2.1. Las cláusulas sobre la divisa extranjera en la que se denomina el préstamo y sobre el índice LIBOR forman parte del objeto principal del contrato*

La STJUE de 30 de abril de 2014, en el asunto C-26/2013, aborda la cuestión que nos ocupa, en relación con la petición de decisión prejudicial presentada por el tribunal húngaro acerca de si el concepto de cláusula, que define el objeto principal del contrato, en el sentido del art. 4.2 Directiva 93/13/CE, abarca todos los componentes de la contraprestación dineraria que ha de abonar el prestatario, incluida la suma resultante de la diferencia entre los tipos de cambio aplicados a la entrega y a la devolución del préstamo o si, únicamente, corresponde a ese concepto el pago del tipo de interés nominal, además de la propia cantidad entregada en préstamo. En el caso, los prestamistas, el matrimonio formado por Kásler y Káslerné Rábai, celebraron con Jelzálogbank un contrato de préstamo hipotecario denominado en divisas garantizada su devolución mediante una hipoteca. La cláusula I/1 de dicho contrato establecía que el banco prestaba un importe total de 14.400.000 forintos húngaros y se estipulaba que *"la determinación en divisas de la cuantía del préstamo se realizará al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo"*. El importe del préstamo, los intereses convenidos y los gastos de tramitación, así como los intereses de demora y demás gastos, se determinan en la divisa extranjera, una vez realizada la entrega. La divisa de referencia era el franco suizo (CHF). El importe del préstamo en francos suizos ascendía a un total

de 94.240,84 CHF. La suma se debía devolver en 25 años mediante cuotas mensuales que vencían el cuarto día de cada mes. Según la cláusula II del contrato, el préstamo devengaba un tipo de interés nominal del 5.2 % que, incrementado en los gastos de tramitación a un tipo del 2.04 %, suponía una TAE de 7.43 % en la fecha de celebración del contrato. Por su parte, la cláusula III/2 indicaba que *“el prestamista fijará el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa (extranjera) aplicada por el Banco el día vencimiento”*. Los prestatarios demandaron al banco alegando que la cláusula III/2 era abusiva ya que facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas sobre la base de la cotización de venta de la divisa aplicada por el Banco, mientras que el importe del préstamo entregado se fijó, por este último, en función de la cotización de compra de la divisa confiriéndole una ventaja adicional e injustificada al banco de acuerdo con el art. 209 del Código civil húngaro. Este precepto, en el momento de celebración del contrato advertía que:

«1. Las condiciones generales de la contratación, así como las cláusulas de un contrato celebrado con un consumidor que no hayan sido negociadas individualmente, serán abusivas en caso de que, contraviniendo las exigencias de buena fe y lealtad, establezcan los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato de un modo unilateral e injustificado en perjuicio de la parte contratante que no haya redactado las cláusulas.

[...]

4. Las disposiciones relativas a las cláusulas contractuales abusivas no podrán aplicarse a las estipulaciones que definan la prestación principal ni a las que determinen el equilibrio entre prestación y contraprestación.

[...]»<sup>42</sup>.

La primera cuestión que pregunta el tribunal húngaro remitente tiene que ver, como ha quedado dicho, con el alcance del art. 4.2 Directiva 93/13/CE. El TJUE entiende que la exclusión del control de contenido de las cláusulas abusivas, que preceptúa este artículo, debe interpretarse de forma restrictiva (Cdo. núm. 42). De esta

---

<sup>42</sup> Con efectos a partir del 22 de mayo de 2009, los apartados 4 y 5 del referido artículo se modificaron de la siguiente manera:

«4. El hecho de que las condiciones generales de la contratación y las cláusulas de un contrato celebrado con un consumidor que no hayan sido negociadas individualmente no estén redactadas de manera clara o comprensible fundamentará de por sí su carácter abusivo.

5. Las disposiciones relativas a las cláusulas contractuales abusivas no podrán aplicarse a las estipulaciones contractuales que definan la prestación principal ni a las que determinen el equilibrio entre prestación y contraprestación, siempre que dichas estipulaciones estén redactadas de manera clara y comprensible.»

interpretación deriva que por "objeto principal del contrato" debe entenderse las "prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan" (Cdo. núm. 49). Corresponde al tribunal nacional, atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones del contrato de préstamo y su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula que determina el tipo de cambio de las cuotas mensuales constituye un componente esencial de la prestación del deudor consistente en la devolución del importe del préstamo (Cdo. núm. 51). En relación a si la diferencia entre la cotización de venta de la divisa extranjera para el cálculo de las cuotas y la cotización de compra de esa misma divisa si los prestatarios quieren convertir el capital a divisa nacional, entiende el Alto Tribunal que no se trata de una cláusula comprensiva de una "retribución" cuya adecuación, como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista, no pueda ser apreciada en relación con su carácter abusivo de acuerdo con el art. 4.2 Directiva 93/13/CE.

La STJUE de 30 de abril de 2014 se sitúa en la misma línea que otras decisiones del mismo órgano judicial al entender que el art. 4.2 Directiva 93/13/CE debe interpretarse, en cuanto a las cláusulas excluidas del control de abusividad<sup>43</sup>, de forma restrictiva. No debe olvidarse que la exclusión, que establece el art. 4.2 mencionado, no es una exclusión absoluta sino que está sometida a un control de transparencia, es decir, las referidas cláusulas, para evitar ese control, deben redactarse de forma "clara y comprensible". Por lo tanto, las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato se someten a control de abusividad, si no están redactadas de forma transparente. Como deja asentado el Tribunal europeo en la sentencia de 30 de abril de 2014, en la misma línea seguida por resoluciones anteriores, esta obligación de transparencia no se refiere exclusivamente a una comprensión gramatical, por parte del consumidor, sino que el contrato tiene que exponer, de manera transparente, el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación de ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

---

<sup>43</sup> Debe recordarse que este precepto fue incluido a instancias de los juristas alemanes que temían que de admitirse el control de abusividad sobre los elementos esenciales u objeto principal del contrato se estaba facilitando que los jueces controlaran el equilibrio de los precios en los contratos con grave detrimento de la libertad contractual y la libertad de empresa y mercado. Una exposición clara al respecto puede verse en Simon Whittaker, "Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales" en Sergio Cámara Lapuente (Dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 509 ss. Un repaso a esta cuestión comparando el derecho inglés y el italiano, puede leerse en Paolisa Nebbia, *Unfair contract terms in European Law. A Study in Comparative and EC Law*, Hart Publishing, Oxford / Portland, Oregon, 2007, pp. 124-132.



A mi modo de ver, y a pesar de lo que parece advertir el TJUE en la sentencia mencionada, las cláusulas relativas al tipo de cambio de la divisa extranjera en la que aparece denominada el préstamo, así como el índice de referencia LIBOR, al tratarse de criterios que hacen que una prestación que nació determinada sea determinable; una prestación que es objeto de la obligación de devolución del préstamo<sup>44</sup>, que compete al consumidor, son cláusulas que forman parte de los elementos esenciales u objeto principal del contrato y, por tanto, quedarían excluidas, en principio, del control de abusividad, salvo que no fueran redactadas de forma transparente. Afirmamos, en principio, porque, como se conoce, el art. 4.2 Directiva 93/13/CE no fue incorporado a nuestro ordenamiento cuando se hizo lo propio con la Directiva -ni tampoco se ha realizado modificación alguna al respecto por mor de la Ley 3/2014 que modifica el TRLGDCU- lo que ha permitido afirmar a un sector doctrinal que, de acuerdo con una interpretación conforme del derecho nacional con el comunitario debería entenderse que la exclusión de las cláusulas determinantes del objeto principal del contrato del control de abusividad también se aplica en el Derecho interno español recogida en el art. 4.2 Directiva 93/13/CE<sup>45</sup>. No obstante, no debe olvidarse que la STJUE de 3 de junio de 2010, Asunto C-484/94, consideró, en un caso relacionado precisamente con el Derecho español, que la Directiva 93/13/CE es una norma de mínimos y no se opone a una legislación nacional que, como la española, permite el control judicial de todas las cláusulas de un contrato no negociadas individualmente aunque definan el objeto principal del contrato, incluso si están redactadas de forma clara y comprensible; amén de que la propia jurisprudencia del TJUE ha insistido en el hecho de que el art. 4.2 Directiva 93/13/CE debe interpretarse de forma restrictiva. En esta línea, es menester citar las sentencias de 15 de marzo de 2012, Asunto C-453/10, *Perenicová y Perenic v SOS finac spol. s r. o.* y de 21 de marzo del 2013, Asunto C-92/11, *RWE Vertrieb AG v Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*.

Por lo tanto, las cláusulas relativas al precio y a la contraprestación pueden ser declaradas abusivas, aunque estén redactadas de forma transparente como, el propio TS español reconoció en la famosa sentencia sobre cláusulas suelo y techo de 9 de mayo de 2013<sup>46</sup>. Sea

---

<sup>44</sup> Orillamos deliberadamente la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del préstamo-mutuo que, como se sabe, en el ordenamiento jurídico español se trata de un contrato real; si bien, en la práctica, el préstamo-mutuo "atípico" es "consensual". Las afirmaciones que se hacen, en el texto, se aplican igualmente, aunque su carácter sea éste último y no el real típico.

<sup>45</sup> Sergio Cámara Lapuente, *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson/Aranzadi, 2006, pp. 179 ss.

<sup>46</sup> RAJ núm. 3088. Un comentario breve de esta decisión puede consultarse en I. Mateo Borge / R. M. Roman Cónsul, "Breu comentari de la sentencia del Tribunal Suprem de 9 de maig de 2013, relativa a la nul·litat de determinades clàusules sòl hipotecàries", *RCDP* 14, 2014, pp. 135 ss.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección núm. 28, de 16 de marzo de 2012 (AC 2012, 1416) indicó que los préstamos multidivisas responden a una operativa nacida con vocación de ser utilizada fundamentalmente por empresas que comercian en el ámbito internacional y no tanto para ser

lo que fuere, lo cierto es que el TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014, no da pautas para delimitar cuándo estamos ante cláusulas que delimitan el objeto principal del contrato o la adecuación del precio y su contraprestación; sino que debe ser el juez nacional el que, de acuerdo con toda una serie de parámetros, debe determinar si la cláusula en cuestión forma o no forma parte del objeto principal del contrato. Debería ser expresamente preguntado por ello para que el TJUE diera criterios que permitieran interpretar los conceptos manejados por el art. 4.2 Directiva 93/13/CE<sup>47</sup>. Más bien de la jurisprudencia del TJUE se pueden inferir criterios para determinar negativamente qué cláusulas no forman parte del objeto principal del contrato o del precio o de la contraprestación. Así, en el caso de la STJUE de 30 de abril de 2014 deja claro que una cláusula que *“estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera, no puede calificarse como comprensiva de una “retribución” cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no pueda ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13”*.

Ahora bien, este control judicial que permite el derecho español no debe limitarse a controlar el equilibrio de los precios, sino a ver si estas cláusulas relativas al objeto principal del contrato, aunque redactadas de forma clara y comprensible, causan un perjuicio al

---

un instrumento de crédito para el consumidor, aunque nada impide que éste asuma el riesgo que entraña su contratación, si es consciente de las ventajas e inconvenientes que le puede reportar.

<sup>47</sup> Así, en la sentencia de 21 de marzo del 2013, Asunto C-92/11, *RWE Vertrieb AG v Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*, el TJUE advierte que: *“la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación de las disposiciones de las mencionadas Directivas y de los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta tales criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso”*. El TJUE ofrece criterios al juez nacional para determinar cuándo una cláusula contractual puede considerarse o no abusiva [STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, *Pannon GSM Zrt. v. Ersébet Sustikné Györfi* (2009), Auto TJUE de 16 de noviembre de 2010, asunto C-76/10, *Pohotovost’s.r. o.v. Iveta Korčkovská* (2010); STJUE de 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. v. Ferenc Schneider* (2010), STJUE de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Intel Távközlési Zrt.* (2012), STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, *Mohamed Aziz v. Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa* (2013), entre otras. Un comentario a esta última sentencia puede verse en A. Serrano de Nicolás, *“La Sentència de la Sala Primera del tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de març de 2013 (assumpte C-415/11, M. A. versus Catalunya Caixa): la seva ona expansiva en el nostre sistema hipotecari actual”*, *RCDP*, 14, 2014, pp. 119 ss]. En este sentido, el TJUE no puede decidir sobre el concreto régimen de control de los elementos esenciales del contrato en un Estado miembro, aunque sí puede dar criterios para determinar la exclusión del control del objeto principal del contrato e incluso dar criterios que determinen qué se entiende por éste [Sergio Cámara Lapuente, *“¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 («Caja de Madrid», C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”*, en Luis Díez-Picazo (Dir.), *Libro Homenaje al Profesor José María Miquel González*, T. I, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 773-774].

consumidor pues alteran el valor de la oferta en el mercado o las cuantías por pagos futuros en orden a la devolución del préstamo, tal y como puede haber sido legítimamente esperado por el consumidor<sup>48</sup>.

### 2.2.2. Las cláusulas sobre el objeto principal del contrato pueden ser abusivas

Conocido es que en Alemania, la infracción del *Transparenzgebot* o "deber de transparencia" supone un control de las cláusulas no negociadas individualmente que puede hacer que éstas lleguen a ser abusivas<sup>49</sup>, lo que supone que se den las consecuencias propias del control de contenido de las mismas. En cambio, en otros países y, especialmente en España, a tenor de doctrina relevante, este tipo de cláusulas, que no superan el requisito de la transparencia, no forman parte del contrato, no se incorporan al mismo por mor de la LCGC (arts. 5-7); pero no se consideran abusivas y, consiguientemente, no se consideran nulas de acuerdo con el control de contenido propio del TRLGDCU (arts. 80 y 83). Así, de acuerdo con este sentir mayoritario, cabe citar, entre otros, a Bercovitz, González Pacanowska o Cámara Lapuente<sup>50</sup>. Ahora bien, es de destacar que la existencia de un control material que permite calificar a una cláusula no negociada individualmente, que tiene que ver con los elementos esenciales del contrato o su objeto principal, de abusiva por falta de transparencia, esto es, la interpretación contraria a la propugnada por la doctrina mayoritaria, tiene argumentos a su favor nada desdeñables siendo defendida por otro sector doctrinal<sup>51</sup> y, en la actualidad, ha sido

---

<sup>48</sup> Francisco Pertíñez Vélchez, "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Indret* 3/2013, [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de la consulta: abril 2015. Si el cliente minorista tiene estudios superiores y/o ha trabajado para una entidad financiera, los jueces consideran que no procede la nulidad del préstamo hipotecario multidivisa, en este sentido, vid. la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas, de 26 de junio de 2012 (JUR 2012, 26135), la sentencia de la Audiencia Provincial, sección núm. 19, de 17 de julio de 2013, de Madrid (AC 2013, 1588).

<sup>49</sup> Florian Möslin / Karl Riesenhuber, voz "Transparenz" en Jürgen Basedow / Klaus J. Hopt / Reinhard Zimmermann (eds.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, T. II, Kau-Z, Mohr Siebeck, Tübinga, 2009, pp. 1485-1489.

<sup>50</sup> Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, "Comentarios a la Disposición adicional 1.3 y al art. 10 bis 1 LGDCU" en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p. 764; Isabel González Pacanowska, "Comentario al art. 7. No incorporación" en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, pp. 250-251; Sergio Cámara Lapuente, *El control*, pp. 33-34, 125-126.

<sup>51</sup> Francisco Pertíñez Vélchez, "Comentarios al art. 80 TRLGDCU" en Sergio Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 707; igualmente, Francisco Pertíñez Vélchez, "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Indret* 3/2013, [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de la consulta: abril 2015; Javier Pagador López, "Condiciones generales y cláusulas abusivas" en Manuel Rebollo Puig / Manuel Izquierdo Carrasco (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid, 2011, p. 1413.

refrendada por la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, donde se considera que los contratos celebrados con consumidores deben pasar un doble control: los requisitos propios del control de incorporación de la LCGC y el específico de la legislación de protección de aquéllos.

Debe recordarse que la STJUE de 3 de junio de 2010 consideró que el art. 4.2 Directiva 93/13/CE es una norma de mínimos. Por tanto, no se opone a que una legislación nacional, como es la española, permita un control judicial del carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que tenga que ver con el objeto principal del contrato, aunque esté redactada de manera clara y comprensible. En esta dirección, en el derecho español puede mantenerse la segunda línea doctrinal, en virtud de la cual, están sujetas al control del contenido también las cláusulas relativas al precio y a la contraprestación, aunque estén redactadas de forma clara y comprensible<sup>52</sup>. La STS de 18 de junio de 2012<sup>53</sup>, que tiene que ver con una cláusula contractual concerniente a los intereses remuneratorios en un contrato de préstamo, estimó que el control de contenido, en relación con el precio, no puede suponer que sean los jueces los que fijen el equilibrio entre precio y contraprestación, puesto que ello es incompatible con el principio general de que no cabe la rescisión por lesión en el precio (art. 1293 CC), a excepción de las normas de rescisión por lesión ultra dimidium en relación con el precio justo en contratos onerosos conmutativos cuyo objeto sean bienes inmuebles en Cataluña y Navarra. La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) también impide el control del equilibrio entre precio y contraprestación.

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

---

<sup>52</sup> Esto no supone una delegación al juez para que controle los precios [José María Miquel González, "Comentario al art. 82 TRLGDCU" en Sergio Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. p. 724]. Una conducta contraria vulneraría preceptos constitucionales como el art. 38 CE que establece la libertad de empresa en una economía de mercado [Francisco Pertíñez Vílchez, "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Indret* 3/2013, [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de la consulta: abril 2015; Jesús Alfaro Águila-Real, "Comentarios al art. 1 LCGC" en Aurelio Menéndez / Luis Díez-Picazo (dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 131-132].

<sup>53</sup> RAJ núm. 8857.

valoradas por el consumidor antes de la celebración del contrato<sup>54</sup>, eso afecta claramente a la prestación del consentimiento y, de ahí la importancia del control del contenido de estas cláusulas contractuales.

En la valoración de una cláusula contractual como abusiva hay que tener en cuenta que la relación entre precio y contraprestación u otros elementos que delimitan el objeto principal del contrato como, en el caso que nos ocupa, el tipo de cambio de la divisa, puede alterar el acuerdo que el consumidor creía tener con el empresario desde el punto de vista económico, a partir de la información que éste le proporcionó, de suerte que le pase inadvertido este extremo. Dicho con otras palabras, la cláusula puede haber sido redactada de forma clara y comprensible pero eso no elimina el efecto de sorpresa que la misma puede provocar en el consumidor. La cláusula es sorpresiva pues existe una defraudación de las expectativas legítimas que el consumidor se había representado acerca de la delimitación del objeto principal del contrato y de la relación precio/contraprestación<sup>55</sup>.

El deber de transparencia, como ha dejado claro la STS de 9 de mayo de 2013, no se limita a cumplir las obligaciones de información de las normas sobre transparencia bancaria o normas relativas al deber de transparencia de otras entidades o de intermediarios. Por su parte, la STS de 2 de marzo de 2011<sup>56</sup>, en relación con cláusulas de redondeo al alza de los intereses, ya estableció que el cumplimiento de las normas bancarias, no excluye la aplicación de la LCGC ni del TRLGDCU a los contratos de préstamo hipotecario. Así, el art. 14.2 Orden EHA/2899/2011 establece que lo establecido en esta norma se entiende sin perjuicio de la aplicación de las normas protectoras de los consumidores<sup>57</sup>. Aunque los deberes de información previos a la celebración del contrato, en cuanto a su contenido, parecen haberse ampliado, a partir de las modificaciones introducidas en la legislación de defensa del consumidor y en la Directiva 2014/17/UE, lo cierto es que el exceso de información, en realidad, desinforma al consumidor y no le determina a adoptar una decisión óptima sino todo lo contrario. Tampoco el filtro notarial suele ser de mucha ayuda para el

---

<sup>54</sup> En el CCoCat, tras su reciente modificación, son al menos 5 días (art. 123-10) o 14 días de antelación a la celebración del contrato (art. 262-4), en la Ley 2/2009 son 5 días (art. 14.1), en la Orden EHA/2899/2011, son al menos 3 días (art. 30.2) de los que dispone para decidir si celebra o no el contrato.

<sup>55</sup> Francisco Pertíñez Vílchez, "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Indret* 3/2013, [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de la consulta: abril 2015.

<sup>56</sup> RAJ núm. 1833.

<sup>57</sup> Normalmente, en la práctica de la contratación bancaria se suelen cumplir los requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación previstos en el art. 5 LCGC, sobre todo porque estos requisitos quedan comprendidos en los deberes de información de la normativa bancaria a la que aludimos en el texto.

cliente minorista, en el momento de celebración del contrato o de elevación del contrato privado a escritura pública, ya que no suele ser el momento en el que el consumidor se replantee la decisión adoptada<sup>58</sup> ni tan siquiera sea plenamente consciente de lo que le explique el notario, cuando la decisión ya se tomó por aquél con anterioridad al acto notarial. Por ello, más bien parece que todas las advertencias por escrito que debe introducir el notario -y a las que obliga recientes normas- representan más bien cláusulas de salvaguarda de la responsabilidad notarial<sup>59</sup> que realmente dar la oportunidad al cliente minorista de repensar su decisión<sup>60</sup>.

En esta línea, puede entenderse que el cumplimiento de estos requisitos no garantiza que el consumidor adquiera conocimiento cabal de la carga económica que el contrato de préstamo hipotecario denominado en divisa extranjera representa para él y ese conocimiento lo tenga antes de la celebración del contrato. Las fórmulas escritas que se suelen introducir y a las que obliga la normativa ya referida; fórmulas sacramentales tales como "yo conozco", "no desconozco", "tomo conocimiento de", etc... no suponen que el cliente minorista consumidor haya conocido y podido conocer el valor de las cláusulas que influyen de manera tan relevante en el precio o remuneración a satisfacer como el tipo de cambio de la divisa y el índice de referencia que se tiene en cuenta para determinar el interés variable cada mes, esto es, el LIBOR. El hecho de que todos estos extremos se recojan en las fichas FIPER, FIPRE y FEIN ya referidas, no garantizan que la decisión que adopte el consumidor suponga que haya tomado cabal conocimiento de la misma y entienda realmente la carga económica que supone, para él, el contrato que está celebrando. Sí que representan, por el contrario, cierta salvaguarda para el prestamista y para la UE.

### 2.2.3. *Falta de transparencia y expectativas del cliente minorista consumidor. Fundamento legal*

La falta de transparencia en relación con las cláusulas contractuales relativas a la divisa extranjera, al tipo de cambio y al índice de referencia LIBOR en los contratos de préstamo hipotecario no tiene que ver con la redacción de manera clara y comprensible, a tenor del TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014, sino con el hecho de que la inclusión de una cláusula de este tipo no defraude las expectativas legítimas del consumidor sobre el tipo de préstamo que él creía

---

<sup>58</sup> Manuel Castilla Cubillas, "Sobre la abusividad de las cláusulas de suelo hipotecario y el informe al respecto del Banco de España", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010, pp. 139-152

<sup>59</sup> Así, el art. 18 de la Ley 2/2009 exige como deber notarial que, en caso de que el préstamo o crédito esté denominado en divisas, el notario advierta al consumidor sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

<sup>60</sup> Manuel Castilla Cubillas, "Sobre la abusividad", pp. 139-152.

contratar al no exponerse de forma transparente el funcionamiento concreto del tipo de conversión de la divisa extranjera y la relación de éste con otras cláusulas del contrato (v. gr. la relativa al tipo de interés), de manera que el consumidor pueda evaluar, con criterios precisos y comprensibles, los posibles escenarios y consecuencias económicas que pueden derivar a su cargo. Conocerlo puede cambiar significativamente el valor de las ofertas presentes en el mercado para el consumidor<sup>61</sup>. En efecto, no es lo mismo que el préstamo contenga una opción multidivisa que le permite la conversión a otra divisa que no tener esta facultad o que se establezca como fecha de cambio de la divisa una diferente a la fecha en la que se solicita la conversión o que no se expongan los efectos que tendría, con un ejemplo ilustrativo, una fluctuación del tipo de cambio del 20 % (art. 23.6 Directiva 2014/17/UE).

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

Como consecuencia de lo advertido, si se informa cabal y suficientemente al cliente minorista antes de celebrar el contrato de forma que pueda conocer la existencia y las consecuencias económicas a su cargo de contratar un préstamo hipotecario en una divisa extranjera, la cláusula en cuestión es perfectamente válida y no debe considerarse abusiva. La STS de 9 de mayo de 2013 ha establecido un standard muy exigente en relación con la obligación de transparencia<sup>62</sup> ya que exige para la validez de la cláusula suelo que se le proporcionen al consumidor *“simulaciones de escenarios diversos relacionados con el escenario razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar”* o que se haga *“un coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia*

---

<sup>61</sup> José María Miquel González, “Comentario al art. 82 TRLGDCU”, p. 727.

<sup>62</sup> Francisco Pertíñez Vilchez, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret* 3/2013, [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de la consulta: abril 2015.

*entidad*", entre otras de sus recomendaciones<sup>63</sup>. Sobre la base de la doctrina asentada en esta Sentencia, resultará difícil sino imposible para las entidades financieras, que han comercializado préstamos hipotecarios denominados en divisa extranjera, probar que el consumidor celebró el contrato con pleno conocimiento de causa sobre la existencia de la cláusula de divisa extranjera y el cargo económico que la misma le suponía, el coste real del préstamo que asumía, su incidencia en la ejecución del contrato y la previsible evolución del tipo de la divisa escogida, así como de la volatilidad del índice de referencia según el cual se determinaba el tipo de interés variable pactado.

Dicho con otras palabras, de seguirse el criterio asentado en la STS de 9 de mayo de 2013, el carácter abusivo de la cláusula de divisa extranjera por falta de transparencia en los contratos de préstamo hipotecario será declarado, a buen seguro, en el futuro, por los jueces y tribunales. El argumento legal para ello puede residenciarse en el art. 60.1 TRLGDCU, del que se extrae un deber de informar acerca del objeto principal del contrato antes de celebrar el contrato. En efecto, el precepto citado advierte que:

*"Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo"*.

En concreto, uno de los elementos sobre los que debe darse información es sobre *"el precio completo"* (art. 60.2 letra b TRLGDCU)<sup>64</sup>. En Cataluña, el deber de transparencia antes de la celebración del contrato aparece claramente delimitado, entre otros, en el art. 262-4 CCoCat, introducido por la Ley 20/2014. En este precepto se dispone que el prestamista o el intermediario, con una antelación mínima de 14 días naturales a la formalización del contrato y antes de que la persona consumidora asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato de crédito o préstamo hipotecario, debe suministrarle, de forma gratuita, clara, completa y comprensible, como mínimo, información sobre varios extremos que

---

<sup>63</sup> El ATS de 3 de junio de 2013 (RAJ núm. 3617) que aclara la STS de 9 de mayo de 2013 considera, de todos modos, que se trata de *"parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra"*.

<sup>64</sup> STS de 9 de mayo de 2013, en relación con las cláusulas suelo, fundamentó, incorrectamente, el deber de transparencia en el art. 80 TRLGDCU (Francisco Pertíñez Vílchez, *"Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario"*, *Indret* 3/2013, [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de la consulta: abril 2015).



forman parte del objeto principal del contrato como es el *“precio total que debe pagar la persona consumidora”* (art. 262-4.1 letra f) y *“la divisa en la que pueden contratarse los créditos o préstamos, con la explicación de las implicaciones para la persona consumidora de hacerlo en una moneda que no es de curso legal en Cataluña”* (art. 262-4.1 letra i). Además, deben advertir, por escrito, a la persona consumidora de los posibles riesgos que el préstamo o crédito hipotecario que contratan pueda conllevar, entre dichos riesgos, la carga económica que se derive para aquélla. En ese sentido, se indica que se debe advertir *“que el crédito o préstamo ofrecido está relacionado con incrementos de tipo de interés o del precio del crédito o préstamo hipotecario o con otros instrumentos u operaciones que implican riesgos especiales para la persona consumidora”* (art. 262-4.1 letra g apar. 1º). Estos preceptos recuerdan lo establecido por la Directiva 2014/17/UE en sus arts. 13 a 16, en los que se regula el deber de transparencia no sólo en relación a la redacción de las cláusulas no negociadas individualmente de forma clara y comprensible, sino también respecto de las posibles consecuencias económicas que se pueden derivar para el consumidor de contratar el préstamo hipotecario en determinadas condiciones, entre las cuales, figura, de modo expreso, el préstamo hipotecario denominado en divisa extranjera, así como la explicación adecuada de los posibles escenarios adversos, en los que se puede encontrar el consumidor, en caso de que la divisa fluctúe o el índice de referencia escogido para determinar el tipo de interés variable se incremente considerablemente. De esta forma, se evita el carácter sorpresivo de la cláusula de divisa extranjera para el consumidor.

A las obligaciones de transparencia también se refieren los arts. 4, 12 a 14 de la Ley 2/2009. En concreto, el art. 14.1 letra b, en relación con la información previa que tiene que ver con el préstamo o crédito hipotecario, advierte que debe informarse sobre el *“precio total que debe pagar el consumidor”* (apar. 2º); así como *“una advertencia que indique que el préstamo o crédito ofrecido está relacionado con instrumentos u operaciones que implican riesgos especiales, tales como que el precio del contrato se incremente de manera significativa, ya deriven de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control de la empresa y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros. En todo caso, el consumidor, a través de tal advertencia, deberá obtener un conocimiento adecuado de los riesgos asociados a la financiación de estas operaciones, con especial referencia al riesgo de tipo de interés asumido”* (apar. 3º). De todos modos, esta norma deberá modificarse cuando se incorpore a nuestro ordenamiento la Directiva 2014/17/UE, en la que el contenido del deber de transparencia es mucho más amplio que el recogido en la norma española y que el que se recoge en la Orden EHA/2899/2011, que si bien supera ampliamente, en cuanto a ese deber, a la Orden de 5 de

mayo de 1994, no abarca todos los extremos que, ahora, exige la norma comunitaria citada.

De otra parte, debe tenerse presente que el propio TJUE ha tenido en cuenta la relación existente entre el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE con la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado<sup>65</sup>. En efecto, en la STJUE de 15 de marzo de 2012, el órgano judicial afirma que *"la comprobación del carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento, entre otros, en los que el juez competente puede basar la apreciación del carácter abusivo de la cláusula conforme al artículo 4, apartado 1"*. De todos modos, deja claro que el carácter desleal de la práctica comercial no supone de modo automático el carácter abusivo de una cláusula contractual no negociada individualmente<sup>66</sup>. En el Derecho español, en relación con el reproche de deslealtad que merecen algunas prácticas comerciales respecto del tema que nos ocupa, debe tenerse presente el art. 7.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal<sup>67</sup>, que alude a las "omisiones engañosas" cuando se oculta información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua o no se ofrece en el momento adecuado o no se da a conocer el propósito comercial de la práctica, cuando no resulte evidente por el contexto en el que se contrate, la omisión será desleal por engañosa. Debe tenerse presente que una práctica comercial desleal, tal y como se la define en el art. 1 LCD, siguiendo a la Directiva 2005/29/CE, es aquel comportamiento del empresario que distorsione o pueda distorsionar, de manera significativa, el comportamiento económico del consumidor, el cual supone toda decisión de éste para actuar o abstenerse de actuar teniendo en cuenta, entre otros aspectos, el "pago del precio".

#### 2.2.4. Diferencia entre el objeto principal del contrato y cláusulas con contenido normativo

Las cláusulas con contenido normativo son aquellas cláusulas contractuales que se refieren a los derechos y deberes de las partes. Así, por ejemplo, la cláusula en la que se contiene la opción multidivisa es una cláusula de contenido normativo y no económico,

---

<sup>65</sup> DOUE L 149/22, de 11 de junio de 2005.

<sup>66</sup> *"La comprobación del carácter desleal de una práctica comercial no incide directamente en la cuestión de si el contrato es válido con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13"*. Crítico con esta conexión que hace el TJUE se muestra Simon Whittaker, "Contratos abusivos", pp. 527-531.

<sup>67</sup> BOE de 11 de enero de 1991. Abreviada como "LCD".

es decir, atinente a los elementos esenciales u objeto principal del contrato.

Respecto de éstas el deber de transparencia que se exige es el inherente a la superación de los requisitos de incorporación recogidos en el art. 5 LCGC. El carácter abusivo de este tipo de cláusulas depende del carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor<sup>68</sup> y no de un deber de transparencia respecto de la información previa a la celebración del contrato como, en cambio, debe tenerse en cuenta respecto de las cláusulas que aluden al objeto principal del contrato o también denominadas cláusulas con contenido económico<sup>69</sup>.

La distinción entre un tipo de cláusulas u otro no resulta fácil en la práctica. Por eso, la doctrina se ha afanado en establecer criterios que permitan su diferenciación<sup>70</sup>. Las cuestiones se han suscitado respecto de aquellas cláusulas que sin contener la extensión del precio, sí hacen referencia a la forma de cálculo o determinación del mismo. Así, podría argumentarse que las cláusulas relativas al tipo de cambio de la divisa o al índice de referencia para determinar el tipo de interés son cláusulas que no se refieren tanto a los elementos esenciales del contrato como, por el contrario, nosotros así lo hemos entendido, sino que se trata de cláusulas de contenido normativo que escapan al ámbito de aplicación del art. 4.2 Directiva 93/13/CE. Sin embargo, desde el momento que el propio TJUE, en la sentencia de 3 de junio de 2010, declaró que la Directiva 93/13/CE es una norma

---

<sup>68</sup> En este sentido, la cláusula sobre vencimiento anticipado de la obligación de devolución del préstamo hipotecario denominado en divisa extranjera cuando el prestatario se haya obligado a mantener la equivalencia entre la divisa prestada y su contravalor en euros, de forma que, en ningún momento, el capital pendiente de amortizar en divisas, en un determinado periodo de interés, represente un incremento de la deuda en euros, forma parte del contenido normativo del contrato y podría ser declarada como abusiva al representar un equilibrio entre los derechos y deberes de las partes contratantes. Igualmente, en caso de que la cláusula prevea la cancelación parcial del capital pendiente de amortizar del préstamo, si la desviación es superior al 5 %, al objeto de mantener la equivalencia referida. Éstas son cláusulas que pueden declararse abusivas aunque estén redactadas de forma clara y comprensible, si concurren los requisitos para ello (en este sentido, vid. Sergio Cámara Lapuente, "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?", p. 797).

<sup>69</sup> Francisco Pertíñez Vílchez, "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", *Indret* 3/2013, [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de la consulta: abril 2015.

<sup>70</sup> Jesús Alfaro Águila-Real, "El control de adecuación entre el precio y prestación en el ámbito de las cláusulas predispuestas", *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, UPF, Barcelona, 2008, pp. 227-228; del mismo autor, vid. "Comentarios al art. 1 LCGC", pp. 129-136; Sergio Cámara Lapuente, "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?", pp. 799-802; José María Miquel González, "Comentario al art. 82 TRLGDCU", pp. 728-732; Javier Pagador López, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Barcelona / Madrid, 1999, pp. 40-42; Francisco Pertíñez Vílchez, "Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales", *Aranzadi Civil*, 2003, pp. 16-27.

“de mínimos” y que la no incorporación de la misma, por parte del legislador español, no es contraria al Derecho comunitario, y que como reconoce la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, las cláusulas relativas al objeto principal del contrato pueden ser objeto de control de inclusión en virtud del deber de transparencia, ello hace, en buena medida, irrelevante la distinción. En efecto, ambos tipos de cláusulas pueden ser declaradas abusivas pero sobre la base de argumentos diferentes: las relativas a los elementos esenciales del contrato u objeto principal serían abusivas por falta de transparencia; las concernientes al contenido normativo por falta de reciprocidad entre los derechos y deberes de las partes.

Por otro lado, si miramos al Derecho alemán, concretamente, al § 307.3 BGB se incluyen en el control de la transparencia aquellas cláusulas que determinan los métodos o cálculos para el establecimiento del precio<sup>71</sup>. De hecho, el origen del art. 4.2 Directiva 93/13/CE se encuentra en la doctrina alemana del *Transparenzgebot* y se formuló teniendo presente cláusulas que incidían en el cálculo o determinación del precio más que en su magnitud. En esta dirección, suelen citarse las sentencias del BGH de 24 de noviembre de 1988 y de 17 de enero de 1989. La primera, referida a una cláusula que prevé la liquidación anual de intereses sobre el capital pendiente en el período anual anterior, lo que suponía un aumento del coste del crédito ya que se devengaban intereses por un capital que ya se había amortizado en parte y, la segunda, trata de una cláusula que retrasa la fecha de valoración de los abonos en cuenta corriente al día posterior, lo que implicaba que se podían pagar intereses por un capital inexistente<sup>72</sup>.

Ahora bien, la falta de transparencia, en relación con las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, abarca no solo el control de incorporación sino también el control de contenido ya que las cláusulas en las que funda el consumidor su decisión de contratar pueden, a su vez, implicar una alteración de los derechos y deberes de las partes que suponga un desequilibrio para el consumidor cliente minorista<sup>73</sup>. El argumento legal a este respecto se halla en el art. 82 TRLGDCU cuyo párrafo primero<sup>74</sup> establece una cláusula general de lo

---

<sup>71</sup> Kieninger, *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5ª. Edic., C. H. Beck, T. II, §§ 241-432 BGB, 2011, § 307 Abs. 3, núm 1 ss, p. 1123 ss.

<sup>72</sup> Da cuenta de estas decisiones del BGH, Francisco Pertíñez Vílchez, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret* 3/2013, [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de la consulta: abril 2015

<sup>73</sup> Encarna Cordero Lobato, “Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)”, *Diario La Ley*, núm. 8088, pp. 1-4.

<sup>74</sup> Debe recordarse que el art. 82.1 TRLGDCU dispone que:

“se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las

que se entiende como cláusula abusiva, dando lugar a que puedan subsumirse una variedad de supuestos facilitando, de esta guisa, la labor de los jueces, en orden a la concreción de la cláusula general, a partir de los dos parámetros que establece el precepto, esto es, la buena fe y el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En esta línea, como afirma un sector doctrinal, *“en la fórmula “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato” deben tener cabida no sólo supuestos de distribución asimétrica o desproporcionada de los aspectos jurídicos del contrato, sino en general hipótesis de desequilibrio que incidan sobre los reales intereses de las partes del contrato, ya sean jurídicos o, como en el caso de la hipótesis de las cláusulas abusivas sobre el objeto principal del contrato, económicos”*<sup>75</sup>.

En el caso del préstamo hipotecario denominado en divisa diferente de la nacional en la que el cliente percibe la mayor parte de sus activos, la vulneración de la buena fe consiste en aprovecharse del desconocimiento, por parte de aquél, de las condiciones generales para incorporar cláusulas que, sin una explicación o advertencia particular, pueden determinar la decisión de contratar del consumidor al no ser éste conocedor de los riesgos que entraña el tipo de cambio de la divisa y el índice de referencia del tipo de interés pactado, como consecuencia de haber denominado el capital en una divisa extranjera. Las cláusulas y los riesgos económicos que asumía debían de haber sido conocidos, antes de la celebración del contrato, para que el consumidor pudiera haber decidido contratar o no contratar el préstamo hipotecario de forma cabal y juiciosa.

### 3. Conclusiones

Dos conclusiones principales surgen del estudio realizado. En primer lugar, la falta de transparencia en relación con los procesos cognitivos de los individuos cuando toman decisiones y su propia responsabilidad a la hora de autoinformarse (3.1.) y, en segundo término, la (nula) consecuencia de declarar una cláusula no negociada individualmente relativa a los elementos esenciales del contrato o al contenido normativo como abusiva tras la modificación del art. 83 TRLGDCU por la Ley 3/2014 (3.2.).

#### 3.1. La “ilusión de entender”

En general, se puede afirmar que, en la actualidad, se superponen, en su aplicación, normas jurídicas, en las cuales se establecen deberes de

---

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”.

<sup>75</sup> Francisco Pertñez Vílchez, “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret* 3/2013, [www.indret.com](http://www.indret.com). Fecha de la consulta: abril 2015.

información precontractual sobre los mismos o diferentes elementos del contrato, así como la elaboración y presentación de diferentes documentos<sup>76</sup>, entre ellos, las advertidas fichas, al cliente minorista<sup>77</sup>, que hacen, por un lado, difícil que la entidad prestamista atienda debidamente a todos esos documentos, pues, no siempre resulta fácil, para ella, saber exactamente, por la diversidad de normas, qué documentos exactamente debe presentar<sup>78</sup>. Pero, además, toda la información que, se supone, que se debe ofrecer al consumidor, para asegurarse que presta un consentimiento "informado", es tanta, tan variada, y tan técnica que, en vez de informarle, lo desinforma. Conocido es que nuestro cerebro sólo puede procesar una determinada cantidad de datos en cada momento y que, por tanto, el hecho de que se lo apabulle con demasiada información produce, en realidad, el efecto contrario, esto es, que el consumidor se desinterese, se decida por no leer o por comprender lo que lee y acabe celebrando el contrato sobre la base de la confianza que le pueda merecer la persona concreta -el experto- que, en su caso, actúe por cuenta de la entidad prestamista<sup>79</sup>. Sin olvidar, por otra parte, que muchas de las decisiones se suelen tomar desde el cerebro inconsciente<sup>80</sup>.

Ahora bien, cuando se celebraron los contratos tanto el riesgo en el tipo de cambio de la divisa como el cambio en el tipo de interés pactado (LIBOR/EURIBOR) existía y, consiguientemente, era (y es) imposible ignorarlo. Se puede tener un mayor o un menor conocimiento acerca de cómo funciona y de cuáles sean las consecuencias; pero no se puede

---

<sup>76</sup> Así, por ejemplo, las entidades de servicios de inversión y las entidades de crédito, que prestan servicios de inversión, están obligadas a proporcionar información sobre los productos financieros que ofrecen a sus clientes de acuerdo con lo que dispone el art. 79 bis 1-4 LMV. Además, están obligadas a realizar determinados tests. En concreto, dos pruebas: el test de idoneidad y el test de conveniencia. Al respecto, vid. el interesante estudio de Ángel Carrasco Perera / Karolina Lyczkowska, "Doce tesis sobre las evaluaciones de conveniencia e idoneidad en el protocolo mifid" ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)), 5 de mayo de 2014; de los mismos autores, "Guía de obligaciones de información al inversor en el marco de la Directiva MIFID", [www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/35.pdf](http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/35.pdf).

<sup>77</sup> De especial mención es el *Reglamento de la UE 1286/2014, sobre documentos de datos fundamentales relativos a productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros* (DOUE, L 352/1, de 9 de diciembre de 2014), que entrará en vigor el 16 de diciembre de 2016, el cual incide y redundará en la información esencial y adicional, que se le debe proporcionar al cliente minorista en relación con estos productos o instrumentos financieros, más desde un punto de vista cuantitativo que cualitativo.

<sup>78</sup> En este sentido, lo destaca acertadamente, Ángel Carrasco Perera, "El Reglamento de la UE 1286/2014, sobre documentos de datos fundamentales relativos a productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros". Comentario y crítica de una reforma, ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)), 7 de enero de 2015.

<sup>79</sup> El denominado experto, muchas veces, ni siquiera conoce de forma medianamente correcta su materia.

<sup>80</sup> Daniel Kahneman, *Pensar rápido, pensar despacio*, De Bolsillo, Barcelona, 2013, pp. 122 ss; Leonard Mlodinow, *Subliminal. How Your Unconscious Mind Rules Your Behavior*, Random House, New York, 2012, p. 34: "Some scientists estimate that we are conscious of only about 5 percent of our cognitive function. The other 95 percent goes on beyond our awareness and exerts a huge influence on our lives – beginning with making our lives possible".

ignorar, por ningún contratante, que las divisas cambian su valor prácticamente cada día en función, como hemos destacado, de múltiples variables y que el índice de referencia que se adopta para fijar el tipo de interés también puede variar. No puede tampoco ignorarse que las circunstancias, en un contexto complejo, como en el que vivimos cambian constantemente y de forma veloz. No puede ignorarse que vivimos en la impermanencia<sup>81</sup>, cualidad inherente al contexto en el que vivimos.

El problema se halla en el hecho de que, en contextos complejos, como en el que vivimos, los individuos toman decisiones como si todavía se hallaran en un contexto simple<sup>82</sup> sobre la base de decisiones tomadas en el pasado y no sobre la base de reglas lógicas y definidas<sup>83</sup>. Los expertos, que se corresponden con un contexto complicado, tampoco piensan, sobre la base de estas reglas porque han sido entrenados, preparados o educados para pensar de una determinada manera, de acuerdo a unas determinadas reglas de razonamiento, en el ámbito de lo que consideran su dominio, lo que les impide, muchas veces, ver soluciones más sugerentes e innovadoras a los problemas que personas no expertas curiosamente sí apreciarían<sup>84</sup>.

Se produce, pues, una asintonía entre la forma de pensar del individuo más propia de un contexto simple (o, como mucho, complicado) y el nuevo

---

<sup>81</sup> Taseen Deshimaru, *La pratique du Zen*, éd. Albin Michel, París, 1981, pp. 25 ss; Pema Chödrön, *How to meditate. A practical guide to making friends with your mind*, Boulder, Colorado, 2013, pp. 17 ss, 167 ss.

<sup>82</sup> Creer que estamos en un contexto simple genera la ilusión de poder controlarlo y predecir cualquier cambio que se avecine, así como sus consecuencias (Ellen J. Langer, "The Illusion of Control", *Journal of Personality and Social Psychology*, 1975, v. 32, n. 2, pp. 311-328).

<sup>83</sup> Surge, de este modo, un problema de traslación de concepciones elaboradas para un supuesto concreto, en un contexto simple, a otro, complejo, de forma automática sobre la creencia de que si, en el primer caso, funcionó; en éste también lo hará. Se adoptan decisiones que, contempladas de forma separada, parecen correctas, pero que si se exponen conjuntamente son incoherentes, e incluso, contradictorias (Cash R. Sunstein / Daniel Kahneman / David Schkade / Ilana Ritov, "Predictably Incoherent Judgments", 54 *Stand.L.R.*, 2002, pp. 1155-1156). Por otro lado, se suelen tomar "atajos" - más que estrategias- mentales para evitar razonar de acuerdo con reglas lógicas deductivas; así, aunque se posea toda la información o, al menos, la información correcta necesaria para tomar una buena decisión; sin embargo, no se hace y la decisión al final es la que menos favorece los intereses de la persona que decidió, mostrándose como incorrecta (Jeffrey J. Rachlinski, "The Uncertain Psychological Case for Paternalism", 97 *Nw. U. L. Rev.*, 2002-2003, p. 1116). Los jueces, el legislador, los políticos, los expertos cometen el mismo error. En el caso de los primeros, la situación puede derivar en el asentamiento de doctrinas jurisprudenciales que presenten un sesgo de base erróneo pero que, sin embargo, perdura a lo largo del tiempo. Respecto de los segundos, vid. Anthony Ogus, "The paradoxes of legal paternalism and how to resolve them", *Legal Studies*, vo. 30, n. 1, marzo, 2010, pp. 61-73, p. 66.

<sup>84</sup> El experto debería, en contextos complejos, integrar conocimientos de diversas materias y no sólo aquéllos de su formación de base. Dicho con otras palabras, debería tener una perspectiva más global del conocimiento que le permitiera cuestionar su "exceso de confianza" (William Twining, *Globalisation and Legal Scholarship*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2011, pp. 35 ss).

contexto complejo en el que aquél habita y toma las decisiones<sup>85</sup>. Esto hace que no pueda calibrar de modo más o menos acertado el contexto, prever un posible cambio de circunstancias y las consecuencias que pudieran acaecer. Es más, ni siquiera es consciente de que un contexto complejo no es controlable, no se pueden dominar todas sus variables y que las decisiones estarán inevitablemente sujetas a un margen de error. La persona “desconoce lo desconocido”, es decir, “desconoce que desconoce”. Por tanto, no es consciente del margen de error que tienen sus decisiones. Si cambiara la forma de pensar<sup>86</sup> podría ser consciente de ello y tomar decisiones, entre ellas, la celebración de un negocio jurídico, que tuvieran en cuenta ese dato, lo que estimularía enormemente la inclusión de determinadas estipulaciones negociales.

A la postre, se trata de la “ilusión de entender”<sup>87</sup>, de que hacen gala las instituciones públicas y los políticos que las ocupan, al presentar al cliente minorista el mayor número posible de documentos informativos, con contenido redundante y no siempre redactado de forma clara y comprensible. El exceso de información es inútil y dificulta la claridad de ideas acerca de lo que resulta más adecuado a los propios intereses. El exceso de información se vuelve perjudicial, sobre todo si es estéril, y hace que carezca de sentido<sup>88</sup>. Por otro lado, debe tenerse presente que el individuo recuerda sólo aquella información que le resulta favorable o confirma sus creencias desechando y olvidando aquella que le resulta desfavorable<sup>89</sup>. Las decisiones se acaban -casi siempre- tomando sobre la base de información sesgada. Por eso, la afirmación del TJUE, en la sentencia de 30 de abril de 2014, de que una cláusula no sólo debe ser considerada clara y comprensible desde el punto de vista gramatical para el consumidor, sino que la redacción de la misma tiene que asegurar que ese consumidor puede formarse un criterio acerca de las consecuencias económicas que pueden derivarse para él de celebrar el contrato, no deja de ser una petición de principio, puesto que es imposible para el prestamista asegurarse de la comprensión cognitiva del contenido de las

---

<sup>85</sup> La diferencia entre un contexto simple donde se toman decisiones intuitivamente y otro caótico, estriba en que cuando éste pasa a complejo se desciende al análisis detenido, esto es, se piensa lentamente la decisión adoptada sopesándose las variables y corrigiendo los efectos donde se pueda; en cambio, en el contexto simple no se pasa del primer estadio intuitivo y no se procede a analizar la decisión con el cerebro lento (Antonio Damasio, *Y el cerebro creó al hombre*, Destino, Barcelona, 2010, pp. 407 ss; Mark Gladwell, *Inteligencia intuitiva*, Taurus, Madrid, 2005, pp. 25 ss; Daniel Kahneman, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Madrid, 2012, pp. 33 ss).

<sup>86</sup> Rolf Dobelli, hace patentes los 52 errores de lógica que cometen los individuos cuando toman decisiones y que, sin embargo, se podrían evitar fácilmente (*El arte de pensar*, Ediciones B, Barcelona, 2013, pp. 11 ss). Asimismo, vid. Thomas Gilovich, *Convencidos, pero equivocados. Guía para reconocer espejismos en la vida cotidiana*, Milrazones, Barcelona, 1ª edic., 2009, pp. 37 ss.

<sup>87</sup> Daniel Kahneman, *Pensar rápido*, pp. 211 ss.

<sup>88</sup> Nassim Nicholas Taleb, *Antifrágil. Las cosas que se benefician del desorden*, Paidós Transiciones, Barcelona, 1ª. edic., 2013, p. 168 y pp. 505 ss.

<sup>89</sup> Thomas Gilovich, *Convencidos, pero equivocados*, pp. 67 ss.



cláusulas del contrato por parte del consumidor. Las expresiones "yo conozco", "no desconozco" u otras similares, que se introducen en los contratos, protegen a la entidad prestamista, al notario que autoriza el acto<sup>90</sup>, a los Estados miembros y a la propia UE<sup>91</sup> que tendrán la "excusa" legal para dificultar, sino oponerse, a futuros posibles rescates bancarios.

Una sociedad robusta requiere de individuos responsables que asuman las consecuencias de sus actos y para ello es necesario, sino urgente, que cambien la forma de razonar, que se den cuenta que viven en contextos complejos, en algunos casos, caóticos y no en contextos simples o tan solo complicados<sup>92</sup>. El deber de "autoinformación" que compete al propio individuo, cliente minorista no debe, en este debate, orillarse. Este deber significa, para éste, invertir en prevención, lo cual genera un coste; el "coste de información" que no siempre se está dispuesto a asumir. Es preferible partir de la premisa -no siempre y, en todo caso, cierta- de la "asimetría" en la información en beneficio del cliente consumidor para no cargarle con el referido coste, aun cuando pudiera ser beneficioso para él.

---

<sup>90</sup> Banco de España, *Guía de acceso al préstamo hipotecario*, 2013, pp. 39-40. De acuerdo con el art. 6 de la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013) surge la obligación del notario de recabar del prestatario, en el momento de la escritura, una expresión manuscrita suya por la que manifiesta haber sido advertido de los riesgos económicos derivados del contrato, uno de los cuales tiene que ver con el tipo de cambio de divisa si el préstamo hipotecario se denominó en una divisa extranjera. El texto redactado por el Banco de España a tal efecto es el siguiente:

*"Soy conocedor de que mi préstamo hipotecario:*

*(i) establece limitaciones [indicar cuál/es: suelos y/o techos] a la variabilidad del tipo de interés;*

*(ii) lleva asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés [indicar cuál], y*

*(iii) está concedido en la/s siguiente/s divisa/s [indicar cuál/es].*

*Además, he sido advertido por la entidad prestamista y por el notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que:*

*a) el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del [límite mínimo del tipo de interés variable limitado];*

*b) las eventuales liquidaciones periódicas asociadas al instrumento de cobertura del préstamo pueden ser negativas, y*

*c) mi préstamo no se expresa en euros y, por lo tanto, el importe en euros que necesitaré para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio de [moneda del préstamo/euro]".*

<sup>91</sup> Alicia Agüero Ortiz, "Comentario e interpretación de la nueva Directiva en materia hipotecaria (Directiva 2014/17/UE). Una Directiva para proteger a las entidades de crédito y a la propia Unión Europea", ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)), 15 de julio de 2014.

<sup>92</sup> El grado en que una sociedad admita y permita la intervención paternalista nos hablará acerca de la filosofía política dominante (Willem H. v. Boom / Anthony Ogus, "Introducing, Defining and Balancing 'Autonomy versus Paternalism'" en Willem H. v. Boom / Anthony Ogus, (dirs.), *Juxtaposing Autonomy and Paternalism in Private Law*, Oxford / Portland / Oregón, Hart Publishing, 2011, p. 6; Jeffrey J. Rachlinski, "The Uncertain Psychological Case for Paternalism", p. 1195).

Y, la tendencia jurisprudencial en nuestro país, no estimula precisamente para que el cliente minorista se decida a invertir en educación, formación e información financiera, es decir, en prevención; lo que, hoy en día, además puede hacerse a "bajo coste"<sup>93</sup>. De no hacerlo, el "coste oportunidad" será ciertamente elevado. En todo caso, siempre se podrá proteger con la contratación de un seguro, más necesario, si cabe, si decide no invertir en información<sup>94</sup>.

### **3.2.La modificación del art. 83 TRLGDCU por la Ley 3/2014 nula incidencia va a tener en la práctica de los tribunales**

Debe recordarse que el art. 83 TRLGDCU<sup>95</sup> ha sido modificado por la Ley 3/2014 para dar cumplimiento a la STJUE de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 que afectaba al Banco Español de Crédito, al entender que España no había adaptado correctamente su Derecho interno al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. El TJUE considera que la facultad, que confería el art. 83 al juez de poder modificar el contenido de la cláusula abusiva al sustituirla por otra y redistribuir el conjunto de derechos y deberes entre las partes, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE, ya que contribuiría a

---

<sup>93</sup> No consideramos irreal pensar que el cliente pueda acceder a la información ya que le permite internalizar los beneficios de una mejor prevención y, si lo hace, le resulte antieconómico; siempre sería más fácil y barato para la entidad prestamista. En nuestra opinión, los canales de información plenamente accesible están al alcance del consumidor, para poder informarse sin excesivo coste, e invertir así en minimizar el riesgo o "daño residual" que consiste en un daño inevitable siguiendo la norma jurídica de cuidado que siempre alguien debe asumir el coste de este daño. Las nuevas tecnologías en la sociedad de la información lo han facilitado enormemente. Por tanto, no siempre el "daño residual" debe asumirlo el Banco, intermediario u otra entidad, sino el cliente minorista. En contra de esta opinión, vid. Blanca Pardo García, *La comercialización por los bancos de productos financieros de terceros*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2009, p. 112.

<sup>94</sup> De hecho, esta es una de las prácticas bancarias combinadas o vinculadas a la contratación de un préstamo hipotecario, la exigencia de contratar un seguro que cubra las pérdidas de los posibles daños derivados del riesgo asumido (art. 12 Directiva 2014/17/UE, art. 12 Orden EHA/2899/2011, art. 262-9 CCoCat).

<sup>95</sup> Como se conoce, el art. 83.2 disponía que:

*"La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil y al principio de buena fe objetiva.*

*A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.*

*Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato".*

El nuevo art. 83 presenta el siguiente tenor literal:

*"Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".*

eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que pueden verse tentados a incorporarlas al saber que, llegado el caso, de que se declarara su nulidad, el contrato será integrado por el juez nacional. A pesar de ello, la más reciente sentencia del mismo órgano judicial de 30 de abril de 2014, en el Asunto C-26, en el caso del préstamo hipotecario en divisa extranjera celebrado por nacionales húngaros, no impide que se declare la nulidad parcial y se sustituya la cláusula abusiva por la que, de ordinario, se establecen en ese tipo de contrato, si el derecho nacional, en virtud de las reglas generales, autoriza al juez a ello. En este sentido, declara que:

“el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional” (núm. 3).

En este sentido, pues, si se recurre a las normas generales sobre ineficacia contractual, podrá declararse la nulidad parcial de la cláusula en cuestión, por abusiva, dejando subsistente el resto del programa contractual establecido por las partes<sup>96</sup>. Sabido es que, aunque nuestro ordenamiento jurídico no regula con carácter general la categoría de la nulidad parcial del contrato, la doctrina en general la admite sin ambages<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 29 de julio de 2014 (JUR 2015, 26150) declaró la nulidad parcial de un contrato de préstamo hipotecario con opción multidivisa, apoyándose para ello en la tantas veces citada STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. La cláusula contractual nula era la que se refería al tipo de cambio de la divisa japonesa y al tipo de interés pactado por falta de información. En ningún momento plantea la cuestión de si pertenecen estos factores de determinación de la prestación, a cargo del cliente minorista de los elementos esenciales del contrato, si bien califica al contrato de préstamo, de forma desacertada, a nuestro entender, como “producto financiero complejo y de inversión”. Con anterioridad, vid. la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, Sala 4, de Madrid, de 9 de diciembre de 2013 (Prov 2014, 206419). En el mismo sentido, debe citarse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, Sala 39, de Barcelona, de 4 de diciembre de 2014 (JUR 2014, 294452).

<sup>97</sup> Respecto del anterior art. 83 TRLGDCU, con cita de doctrina relevante, vid. el comentario de José María Miquel González, “Comentario al art. 83 TRLGDCU” en Sergio Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 754-768.