

LAS HIPOTECAS MULTIDIVISA A EXAMEN¹

Alicia Agüero Ortiz

*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha*

Fecha de publicación: 3 de junio de 2014

Varios han sido los pronunciamientos judiciales que en primera instancia declararon la existencia de error en el consentimiento de los contratantes de hipotecas multidivisas, si bien estos pronunciamientos han sido revocados en apelación. Asimismo, han sido paralizadas diversas ejecuciones hipotecarias por la eventual abusividad de la cláusula multidivisa. La reciente STJUE en la materia ha reabierto el debate existente respecto a la validez de estas hipotecas, considerando que la cláusula multidivisa no constituye elemento esencial del contrato, pudiendo ser declarada nula por abusiva, además de tener que superar los requisitos de transparencia. En lo siguiente, nos proponemos realizar un análisis de dichas sentencias para finalmente ofrecer una evaluación de conjunto de la situación jurisprudencial y de las posibles estrategias a disposición de los consumidores.

1. Sentencias que estimaron la existencia de error en el consentimiento y su posterior revocación

1.1. SJPI núm. 97 de Madrid núm. 15-2013 de 4 febrero. (AC 2013\98):

El JPI madrileño consideró como hecho determinante para la apreciación de error de consentimiento en la contratación del préstamo multidivisa la existencia de información precontractual suficiente, que permitiera al consumidor prestar su consentimiento con todos los elementos de juicio idóneos respecto del clausulado multidivisas. Y ello, porque la STS de 30 de diciembre de 2009 reconoció la posibilidad de apreciar error como vicio de consentimiento

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación “Impacto regional de la reciente regulación sobre Derecho de Consumo: el régimen del arbitraje y mediación de consumo, el TR de la LGDCU y la Directiva 29/2005, de prácticas comerciales abusivas”, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

motivado por una actuación omisiva de ocultación o falta de información de la contraparte.

El en este caso, no existía información precontractual siendo la propia escritura de la hipoteca la única información a disposición del consumidor acerca de las condiciones del préstamo. Por este motivo, el JPI declara la existencia de error en el consentimiento al no poder conocer el consumidor todos los riesgos del préstamo, pues del contenido de la escritura no se derivan los riesgos concretos que asumen las partes y no se ofreció a los prestatarios un producto de cobertura tanto respecto del tipo de interés y de cambio.

La consecuencia de la apreciación de error del consentimiento fue la declaración de nulidad del préstamo, al entender esencial el clausulado multidivisa, con las consecuencias del art. 1303 del CC, a saber, la restitución recíproca de las prestaciones. Es decir, el consumidor debería devolver el importe total del préstamo hipotecario, y la entidad financiera las cuotas cobradas al consumidor durante la vigencia del contrato.

1.2. Revocación de la anterior Sentencia. SAP Madrid (Sección 19ª) núm. 259-2013 de 17 julio. (AC 2013\1588):

La AP de Madrid parte de la corrección de los argumentos esgrimidos en instancia respecto al eventual error del consentimiento que puede producirse como consecuencia de una insuficiente información precontractual o de la falta de transparencia en el clausulado de la escritura del préstamo. Ahora bien, recalca que la concurrencia del error invalidante del contrato debe ser justificada por el consumidor, debiendo tratarse además de un error excusable, es decir, no imputable al que lo padece y que no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media o regular de acuerdo con los postulados de la buena fe.

Pues bien, ya que el contratante era un abogado que se publicitaba como especialista en operaciones mobiliarias, derecho bancario e hipotecas multivisas, considera la AP que no puede atribuirse el pretendido error del consentimiento por falta de información pues, en ningún caso, sería excusable de conformidad con su perfil.

En suma, la revocación del fallo de instancia proviene del perfil especializado del consumidor y no de la fundamentación jurídica respecto a la posibilidad de apreciar error de consentimiento, y así nulidad del préstamo, por falta de

información suficiente sobre los riesgos del mismo. Es decir, que si el consumidor no hubiera sido un profesional, posiblemente la AP de Madrid habría confirmado la nulidad del préstamo hipotecario multidivisa.

1.3. SJPI de Barcelona núm. 44 de 17 diciembre 2012 (AC 2013\85):

En este litigio, el hecho determinante no es la ausencia de información precontractual, pues el JPI de Barcelona señala que aunque no existió información precontractual el contenido de la escritura era claro respecto al contenido y riesgos del préstamo. En concreto, explicaba que el préstamo se concedía en yenes y que el tipo de interés se vinculaba a dicha moneda, que existía la posibilidad de cambiar la moneda del préstamo, y que el prestatario asumía los riesgos de cambio (entre otros aspectos). Muy al contrario, el hecho determinante que lleva al JPI de Barcelona a concebir que el prestatario no pudo conocer todos los riesgos que implicaba el préstamo y, así, su error en el consentimiento, fue el hecho de que no se informara de todos los tipos de cambio de todas las divisas alternativas en que podía convertir el préstamo. Siendo así que en el contrato no se especificaba cuáles eran esas divisas alternativas, sino que indicaba que se trataba de divisas cuyo cambio hubiera publicado Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España, considera el JPI que el consumidor carecía de información esencial de cara a decidir si hacía uso de la opción multidivisa. Por tanto, el consumidor careció de información completa sobre todos los riesgos, entendiendo que *“el error existente en torno a este elemento (...) afecta a la misma suscripción del contrato en yenes japoneses”*.

De conformidad con lo anterior, declara la nulidad absoluta del préstamo hipotecario con los efectos del art. 1303 CC, al considerar esencial al contrato el hecho de suscribirse el mismo en yenes con opción multidivisa.

1.4. Revocación de la anterior Sentencia. SAP de Barcelona (Sección 4ª) núm. 22-2014 de 21 enero. (AC 2014\1):

Como hiciera la SAP de Madrid, la AP de Barcelona recuerda que el error invalidante del consentimiento ha de ser un error excusable, por lo que, siendo los demandantes miembros de un despacho de abogados, no cabe considerar que el error fuera excusable. Además, señala otro requisito que debe reunir el error para que vicie el consentimiento, a saber, el error vicio exige que la representación equivocada se muestre para quien la efectuó como razonablemente segura, lo que no puede no puede sostenerse fácilmente habida

cuenta de que el funcionamiento del contrato se proyecta hacia futuro con un acusado componente de aleatoriedad. En relación con ello, señala que los propios demandantes alegaban que la información era incompleta, oscura y carente de veracidad en relación con la evolución que hablan sufrido las divisas (y no sobre el objeto del contrato, sus caracteres esenciales, o la comprensión segura de que el interés sería de un cierto tipo).

En palabras de la AP de Barcelona: *“A nuestro juicio ningún engaño se produce con ello, pues ni conoce la entidad la futura evolución, y por eso es producto especulativo, y lo que la actora no indica es que en el mismo contrato ya se dice tanto en la letra A, como en la D que son meramente cuadros teóricos, calculado al tipo de interés inicial (...). No puede hacer responsable a la entidad de la evolución de las monedas, y como dice el T. Supremo el error vicio exige que la representación equivocada se muestre para quien la efectuó como razonablemente segura de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo, en caso de operaciones económicas, de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia, que era lo pretendido por el actor”*.

En fin, la SAP Barcelona revoca la nulidad del préstamo hipotecario declarada por el JPI, al entender (i) que el error no se produjo sobre una representación razonablemente segura pues, los demandantes, conocían que el precio dependería de las fluctuaciones de la divisa existiendo un riesgo de pérdida o ganancia; y (ii) que, en ningún caso, el error sería excusable de conformidad con el perfil de los contratantes (miembros de un despacho de abogados).

2. Sentencias que niegan la nulidad de la hipoteca multidivisa

2.1. SAP de Asturias (Sección 7ª) núm. 37-2014 de 10 febrero. (JUR 2014\64876):

En el presente caso, la AP de Asturias niega la concurrencia de error invalidante del consentimiento puesto que la información suministrada fue correcta al acomodarse a los términos de la Orden de 5 de mayo de 1994, siendo además clara la exposición de riesgos contenida en la escritura del préstamo. Más aún, existió información precontractual adicional, en concreto, un intercambio de determinados emails entre la entidad y consumidor. Por tanto, declara que el error no pudo ser excusable, máxime cuando los contratantes eran

administradores de sociedades y, de haber albergado alguna duda sobre el comportamiento del producto, *“habrían podido despejarla fácilmente, pues su nivel de formación y experiencia, les habrían permitido hacer las preguntas e indagaciones pertinentes a tal fin”*. Finalmente, resalta que considerar las cláusulas contractuales de las hipotecas multidivisas como oscuras, ambiguas o incomprensibles comportaría la nulidad general de este tipo de hipotecas, lo que no es admisible.

2.2. SAP de Madrid (Sección 18ª) núm. 483-2013 de 18 noviembre. (JUR 2014\62479):

La AP de Madrid desestima la pretensión de nulidad de los demandantes por (i) no existir error del consentimiento sustancial excusable (que además no fue mencionado en el escrito de demanda); y (ii) por no existir ninguna infracción en materia de transparencia y claridad de las cláusulas contractuales, dado que las estipulaciones de la escritura son claras y en ningún momento pueden considerarse lesivas en abstracto para los consumidores. Asimismo, puntualiza que las hipotecas multidivisa no constituyen un producto de inversión y que, por ende, no resulta de aplicación la normativa MIFID. Así las cosas, la AP concluye su argumentación con una demoledora afirmación *“lo que no es factible es la pretensión que tienen los clientes, que como viene ocurriendo generalmente en los últimos tiempos la relación en la contratación de productos bancarios y financieros, y que no es otro que la intención de obtener en cualquier caso un beneficio para el cliente con independencia del cambio de las condiciones económicas y financieras que en general se han producido como consecuencia de la crisis”*.

3. Sentencias que paralizaron ejecuciones hipotecarias por la eventual abusividad de la cláusula multidivisa

3.1. Paralización cautelar. AJPI núm. 13 de Madrid, núm. 215-2013 de 15 marzo. (AC 2013\493):

Siendo evidente el peligro en la mora procesal que comportaría continuación de la ejecución hipotecaria, considera el JPI que concurre el segundo requisito para la adopción de la medida cautelar cual es la apariencia de buen derecho. En particular, estima que en el casos de préstamos multidivisa existe apariencia de buen derecho pues sus riesgos financieros van más allá de los propios de un préstamo hipotecario, siendo necesario entrar a valorar si la información

ofrecida para la contratación fue la adecuada, para decidir si los demandantes, en su condición de consumidores, tuvieron un conocimiento adecuado de la trascendencia de lo estipulado.

3.2. Paralización cautelar. AJPI núm 15 Madrid de 31 de octubre de 2013:

En este proceso sí se alegó por parte de los demandantes la abusividad de la cláusula multidivisa (y no el error en el consentimiento), por lo que el JPI de Madrid ordena la suspensión cautelar de la ejecución hipotecaria por concurrir una causa de oposición a la misma (nuevo art. 695.1.4 LEC), hasta la resolución de fondo en el correspondiente proceso declarativo.

3.3. AJPI Collado Villalba núm. 1 de 13 de enero de 2014:

La suspensión ordenada no fue cautelar, sino que el JPI de la localidad madrileña entró al fondo del asunto por lo que a la nulidad por abusiva de la cláusula multidivisa refiere.

La hipoteca multidivisa fue concertada por los consumidores a través de su asesor quien solicitó la oferta de dicho producto a la entidad financiera. Sin embargo, y habida cuenta de que no existió información precontractual, el JPI entiende que el hecho de un consumidor, a través de su asesor financiero, solicite un determinado producto a la entidad financiera no implica que deba presumirse su conocimiento sobre el producto. Por consiguiente, considera insuficiente el contenido de la información recibida por el consumidor - esencialmente la escritura del préstamo hipotecario-, y así declara abusiva cláusula multidivisa por falta de información adecuada. Por tanto, ordena el sobreseimiento de la ejecución por comprender que dicha cláusula fundamenta la ejecución (art. 695.3 LEC), sin especificar las condiciones de supervivencia del préstamo sin dicha cláusula.

4. STJUE (sala cuarta) de 30 de abril de 2014, asunto c-26/13:

La importancia de la STJUE recae sobre dos extremos de radical relevancia en el ámbito de las hipotecas multidivisa:

- i) ***La cláusula multidivisa no forma parte del objeto principal del contrato:*** el TJUE aclara que la cláusula multidivisa estipula la obligación del consumidor de pagar la diferencia entre la cotización de venta y la de

compra de la divisa extranjera, pero no forma parte del precio del contrato, es decir “*no puede calificarse como comprensiva de una «retribución»*”. De esta forma, puede ser declarada abusiva al no caer dentro del ámbito de aplicación del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

- ii) ***Interpretación expansiva del requisito de transparencia:*** la exigencia de transparencia debe entenderse de manera expansiva, no quedando reducida a la comprensión formal y gramatical de las cláusulas contractuales por parte del consumidor. De esta forma, resulta de radical importancia que el consumidor dispusiera antes de la celebración del contrato de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En la contratación de hipotecas multidivisa ello se traduce en la necesidad de que el consumidor conociera el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que pudiera prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Así afirma el TJUE que, corresponde al Tribunal (nacional) determinar si la publicidad e información otorgada permite a “*un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, (...) sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo.*”

En resumen, cabe la declaración de abusividad de la cláusula, y ésta puede venir determinada por la falta de transparencia, que se podrá entender existente cuando no se haya entregado información suficiente que permitiera conocer el funcionamiento de la aplicación del tipo de cambio de venta a las cuotas del préstamo.

5. Conclusiones. Síntesis de los mecanismos de impugnación y sus implicaciones.

- i) ***Error del consentimiento:*** Observamos cómo para apreciar el error del consentimiento los tribunales exigen que el error sea excusable atendiendo a las particularidades de cada caso, no siendo suficiente la prueba de ausencia

de información precontractual. Para determinar si el error fue excusable, deben valorarse los conocimientos y experiencia de los prestatarios, de forma que la ausencia de información precontractual fuera determinante en su error, haciéndolo invencible. No resulta invencible el error de prestatarios que por su profesión o formación pudieran conocer las implicaciones del préstamo multidivisa, o conocieran los medios para obtener dicha información de la entidad de crédito. El error, además, debe recaer sobre la representación razonablemente segura que, de conformidad con la información aportada por la entidad, pudo haber realizado el prestatario. En cualquier caso, no parece que quepa hablar de “representación segura” en casos, como el que es objeto de nuestro estudio, en los que la determinación de las prestaciones quedan vinculadas a hechos futuros e inciertos, que ninguna de las partes pudo conocer *ex ante*, siendo ésta la particularidad de los contratos aleatorios como el de hipoteca multidivisa sujeta a las fluctuaciones de los tipos de cambio.

Con todo, esta estrategia se muestra inútil a los intereses del consumidor, pues la consecuencia de la apreciación de error en el consentimiento es la declaración de nulidad del contrato en su totalidad, con los efectos previstos en el art. 1303 CC. Esta consecuencia es la obligación de restitución recíproca de las prestaciones, es decir, que el consumidor se verá obligado a devolver la totalidad del préstamo concedido de inmediato, para lo cual necesitará una financiación que, presumiblemente, no obtendrá. Sin embargo, es la única vía abierta a prestatarios que no ostenten la condición de consumidor.

- ii) **Abusividad de la cláusula multidivisa:** se trata del mecanismo más beneficioso para el consumidor en orden no sólo a obtener la nulidad de la cláusula, sino también de cara a las consecuencias derivadas de la estimación de su pretensión. En primer lugar, y especialmente tras la STJUE, resultará más fácil para el consumidor demostrar la falta de transparencia de la cláusula, pues ello sólo requiere la prueba de ausencia de información precontractual, de explicaciones precisas sobre el funcionamiento de la aplicación del tipo de cambio de venta a las cuotas del préstamo, de simulaciones, etc. Aunque conviene ser cautelosos a este respecto, pues nada impediría a un juzgador ponderar tal defecto de información con la experiencia y formación del reclamante. En cualquier caso, entiendo que la afirmación del TJUE respecto a la necesidad de que la información otorgada al consumidor fuera tal que permitiera a un

consumidor medio conocer “*el coste total de su préstamo*” debe ser interpretada ampliamente. Y es que es obvio que, al no conocerse en el momento de la suscripción del contrato la evolución de los tipos en el futuro, es imposible que ni el consumidor ni el prestamista conocieran en aquel momento el coste total del préstamo.

Por lo demás, es evidente que la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula multidivisa reporta muchos más beneficios al consumidor que la nulidad del contrato. La consecuencia de la nulidad de dicha cláusula será la expulsión de la misma del contrato, pudiendo sobrevivir el contrato de préstamo hipotecario sin ella, lo que convertiría a la hipoteca multidivisa en una hipoteca ordinaria.