HIPOTECAS MULTIDIVISA. un análisis material y procesal bajo el prisma de LA nulidad por falta de transparencia TRAS la sts de 15 de noviembre de 2017

Por Saúl González García. Doctor en Derecho. Abogado.

resumen

El presente artículo pretende examinar desde la doble perspectiva material y procesal la nueva jurisprudencia relativa a la nulidad de las hipotecas multidivisa, pasando de un supuesto de nulidad por vicio del consentimiento a un supuesto de nulidad por falta de transparencia, y de qué modo afecta la nueva jurisprudencia a los elementos esenciales de esta clase de procesos tales como la pretensión, la *causa petendi* y a la prueba.

The current article try to examine the new jurispriudence related to the nullity of multicurrency mortgages from material and procedural doublé perspective, from an assumtion of lack of consent nullity to an asumption of lack of transparency nullity, and in what way the new jurisprudence affects the essential elements of this sort of processes such as pretensión, the Petendi cause and the proof.

palabras clave

HIPOTECA MULTIDIVISA; NULIDAD; FALTA DE TRANSPARENCIA; CARGA DE LA PRUEBA

MULTICURRENCY MORTGAGE; NULLITY; LACK OF TRANSPARENCY; BURDEN OF PROOF

ABSTRACT

A la hora de abordar con éxito un proceso para instar la nulidad de una hipoteca multidivisa hemos de tener perfectamente delimitados varios elementos claves: ¿Qué acción vamos a ejercitar? ¿Qué hechos y fundamentos de derecho van a determinar la nulidad de las anteriores? ¿Qué prueba habrá de articularse para probar tales hechos? ¿Sobre quién recae la carga de dicha prueba? Los anteriores interrogantes se han visto alterados de forma sustancial tras la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 por lo que entendemos necesario examinarlas bajo el prisma de esta nueva jurisprudencia.

# El Problema de las hipotecas multidivisa en españa

Determinadas entidades crediticias ofertaron un determinado producto financiero a los consumidores: las hipotecas multidivisas. En este tipo de contratos el cliente de la entidad recibía una cantidad de dinero en Euros y que se convertía a una divisa extranjera, obligándose a devolverlo en euros; durante la vida de la operación el prestatario tenía la opción de cambiar entre las distintas divisas (Yenes japoneses, Libras Esterlinas, Euros, Dólares o Marcos). Por lo que, en cada uno de los recibos, el cliente, a la hora de devolver la cantidad que se le prestó, no solo tiene que devolver la cantidad resultante de la amortización, sino que debe hacer el cambio de divisa previamente a que se le cargue el recibo en Euros en su cuenta.

La evolución de los tipos de cambio, una cuestión aleatoria y absolutamente imprevisible para muchos consumidores, han provocado situaciones realmente desproporcionadas para algunos clientes quienes han contemplado absolutamente impávidos, como tras llevar varios años pagando las cuotas de sus préstamos deben más capital del que en su día recibieron debido a las fluctuaciones de la divisa escogida. Sin embargo, como todo negocio aleatorio, existe la otra cara de la moneda y es que, aquellos consumidores que tuvieran un buen conocimiento del mercado de divisas y que fuesen capaces de prever los cambios en dicho mercado y modificar a tiempo la divisa de su préstamo han llegado incluso a ver cómo amortizaban mucho más capital del que pagaban.

El impacto del tipo de cambio sobre el contrato podría resumirse del modo siguiente: cuanto más débil sea la moneda frente al Euro, más tendrá que pagar el consumidor y viceversa, cuanto más débil sea el Euro frente al tipo de cambio menos habrá de pagar el consumidor. Sin embargo, esta sencilla regla, para poder ser aplicada requiere conocer más o menos el mercado de divisas. La complejidad de este tipo de producto financiero llega hasta tal punto que el Tribunal Supremo, en la STS de 30 de junio de 2015 llega a calificarlo como un producto financiero de inversión complejo, lo que conlleva determinadas cuestiones de gran relevancia procesal atinentes a la carga de la prueba a las que tendremos ocasión de referirnos. Sin embargo, tal y como señala ALBIEZ DOHRMANN no se trata de un producto de inversión compleja tal y como ha tenido ocasión de señalar al respecto el TJUE en su posterior sentencia 3 diciembre 2015 (asunto C-312/14 (LA LEY 175300/2015). [[1]](#footnote-1) La anterior cuestión ha sido debidamente zanjada en la sentencia de 15 de noviembre de 2017 en la que el Alto Tribunal ha cambiado su doctrina y ha dictaminado que no se trata de un producto de inversión complejo.

Llegados a este punto simplemente nos interesa resaltar cómo un producto financiero complejo, que no de inversión, ha sido ofertado y contratado por un gran número de consumidores y usuarios, de los cuales, un gran número no llegaron a atisbar el riesgo que la fluctuación de las divisas podría provocar en el precio del contrato y se lanzaron a este producto debido apariencia de menor onerosidad al tener un tipo de interés más bajo que un préstamo a Euribor. La falta de consciencia sobre el posible comportamiento del mercado de divisas y su impacto en el precio del contrato son el punto de partida del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por ende de nuestro Tribunal Supremo, para declarar la nulidad por falta de transparencia.

# La falta de transparencia como causa de nulidad parcial del contrato.

Llegados a este punto hemos de advertir que de un examen formal de los contratos de préstamos multidivisas con garantía hipotecaria no puede concluirse de forma general en el sentido de que los términos empleados en la redacción de la cláusula multidivisa sean oscuros e incomprensibles que pudieran dar lugar a la nulidad de los mismos en aplicación de los artículos 5 y 7 de LCGC tal y así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 15 de noviembre de 2017.

Sin embargo, la comprensibilidad gramatical poco o nada tiene que ver con la posibilidad real de que el consumidor llegue a atisbar el contenido económico de dichos pactos o transacciones. Tal comprensibilidad dependerá de dos factores: los conocimientos financieros del prestatario y la información suministrada por la entidad crediticia. De ahí que el TJUE haya fallado lo siguiente en la reciente sentencia de 20 de septiembre de 2017:

“… el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto.” (LA LEY 123057/2017)

La trasparencia, o comprensibilidad real del contenido económico del contrato para el consumidor, se erige en el centro de gravedad del sistema de nulidad que emana de la Jurisprudencia del TJUE. Tal y como sostiene PERTÍÑEZ VILCHEZ [[2]](#footnote-2), no estamos tanto ante un abuso de posición por parte de la entidad crediticia para imponer una cláusula a espaldas del consumidor de forma que no se entere de su introducción, sino más bien ante un desconocimiento sobre el alcance real del riesgo asumido el cual tiene un mejor encaje en el supuesto de error por vicio del consentimiento. Evidentemente sin el consumidor no ha sido debidamente informado, difícilmente podrá prestar un consentimiento válido, ahora bien, eso no implica que esa falta de información no pueda tener otra consecuencia jurídica como es una nulidad por falta de transparencia.

Llegados a este punto puede afirmarse que este tipo de supuestos encajan perfectamente en nuestra nulidad civil por vicio del consentimiento, mientras que es necesaria una mayor argumentación jurídica para que encajen en un supuesto de nulidad por falta de transparencia. No obstante, la línea del TJUE y del propio Tribunal Supremo se han mostrado partidarias de admitir una nulidad por falta de transparencia por infracción de determinadas normas de protección de los consumidores. Dado lo reciente de esta línea jurisprudencial vamos a centrar nuestro análisis en la misma.

# determinación de la pretensión Y ACUMULACIÓN DE ACCIONES.

El primer elemento clave, en este caso de naturaleza procesal y que hemos de examinar, es la pretensión o pretensiones que se van a dirigir al órgano jurisdiccional frente a la entidad crediticia. Partiendo del concepto de pretensión que nos ha legado GUASP, [[3]](#footnote-3) quien definió la pretensión como la declaración de voluntad de carácter petitorio en la que se reclama del órgano jurisdiccional una concreta actuación frente a una determinada persona, y poniendo el anterior concepto en relación con cuanto acabamos de exponer en el anterior epígrafe, hemos de hacer la primera precisión: nuestro estudio tendrá por objeto una solicitud de declaración de nulidad circunscrita a la cláusula multidivisa y resto de cláusulas accesorias de ésta.

La determinación de la pretensión es una cuestión de gran importancia dado que, como venimos exponiendo, la falta de información suficiente puede dar lugar a distintas pretensiones: se puede solicitarse una nulidad radical o una nulidad parcial que se fundamentan en un régimen jurídico muy dispar. De hecho, no es infrecuente que algunas de estas demandas se vean frustradas por una defectuosa determinación de la pretensión, porque la parte actora no haya deducido con claridad la pretensión y puedan albergarse dudas sobre lo que ha solicitado tal es el supuesto enjuiciado por la STS de 6 de abril de 2017 en la que concluía lo siguiente el Alto Tribunal:

“lo expuesto enlaza con los defectuosos términos en que fueron formuladas las pretensiones de la demanda, hasta el punto de que no era posible saber si pretendían la nulidad total del contrato, por vicio del consentimiento, o la nulidad de determinadas cláusulas, cláusulas que en el recurso de apelación se afirmaba que no les era posible identificar puesto que no se podía exigir a los demandantes «un trabajo arduo de localización del carisma multidivisa que parece impregnar a casi la totalidad de las estipulaciones del contrato» (sic).

Y no se sabía si lo que pretendían era que se anulara el contrato, de modo que el banco les restituyera las cantidades que habían ido pagando pero los demandantes deberían restituir el capital que les había sido entregado por el banco, o que se reestructurara el préstamo como concedido en euros, en cuyo caso, de acuerdo con la prueba pericial practicada, si bien se beneficiarían del cálculo en euros del capital pendiente de amortizar, saldrían perjudicados en cuanto al importe de las cuotas que deberían haber abonado.” (LA LEY 18770/2017)

Por consiguiente, hemos de tener muy clara la pretensión pues, aunque los hechos, e incluso la fundamentación jurídica, pueden guardar cierta semejanza, no son idénticos. Nosotros hemos optado por postular, con carácter principal, una acción de nulidad por falta de transparencia de la cláusula multidivisa. Junto con la anterior, entendemos procedente acumular otra acción para el eventual caso de que la anterior se desestime, esta segunda acción por vicio del consentimiento.

Una vez realizadas las anteriores precisiones expondremos las concretas pretensiones que se pueden deducir en la demanda: se solicitará al órgano jurisdiccional una tutela meramente declarativa en virtud de la cual se declare la nulidad, por falta de transparencia, de la cláusula multidivisa y demás estipulaciones subsidiarias de las anteriores.

Además de la anterior acción principal, declarativa de la nulidad, resulta aconsejable, acumular una acción de condena a la restitución de cantidades indebidamente cobradas, acción que resulta subordinada a la anterior, pues el nacimiento de la misma depende de la estimación de la acción de nulidad de la cláusula multidivisa. El hecho de estimarse la acción que declara nulo el pacto multidivisa conlleva también que cada uno de los cambios de divisas operados en cada una de las liquidaciones periódicas hayan de ser revertidos, de tal manera que la diferencia entre lo que el consumidor pagó por la cotización de la moneda extranjera con lo que hubiera pagado de no operar dicho cambio le sea restituido.

Cabría preguntarse si una vez declarada nula la cláusula multidivisa, dicha declaración implica, *ope legis,* la necesidad de que el órgano jurisdiccional, de oficio, deba emitir un pronunciamiento restitutorio en virtud del cual le sean devueltas las cantidades cobradas de más en aplicación de dicha cláusula multidivisa *ex* artículo 1.303 del Código Civil. Sin embargo, dado se trata de una pretensión fundamental para consumidor, esto es, recuperar lo que han pagado de más, entendemos que no resulta prudente dejar de deducir oportunamente tal pretensión.

Al tratarse de una acción subordinada de la acción de nulidad, pues su nacimiento depende de la anterior, en caso de no deducirse junto con la acción de nulidad, podría dar lugar a que, en el hipotético supuesto de que el tribunal no acordara la devolución de oficio como una consecuencia de la declaración de nulidad, las cantidades indebidamente cobradas no pudieran ser reclamadas en un proceso posterior en aplicación de la doctrina del objeto virtual del proceso, en virtud de la cual, aquellas acciones que hubieran podido ser deducidas y no se hubieran ejercitado, no podrán deducirse en un proceso posterior en aplicación del apartado 2º del artículo 400 de la LEC. Por todas, STS de 28 de octubre de 2013.[[4]](#footnote-4)

Así mismo, tal y como hemos puesto de manifiesto en trabajos anteriores, puede resultar interesante acumular otras acciones de nulidad como podrían ser la cláusula relativa a los intereses de demora desproporcionados o un vencimiento anticipado abusivo en aras a minimizar el posible impacto de una condena en costas por la íntegra desestimación de la demanda.[[5]](#footnote-5)

Por consiguiente, podemos concluir en relación con las pretensiones deducidas lo siguiente:

* Se ejercitará una acción meramente declarativa para que se declare la nulidad de la cláusula multidivisa y de las cláusulas accesorias de la anterior por falta de transparencia.
* Junto con la anterior acción, resulta conveniente acumular una acción de condena a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula multidivisa. Esta acción es una acción subordinada de la anterior.
* Junto a las anteriores acciones es aconsejable acumular aquellas otras acciones de cláusulas abusivas relativas a los intereses de demora o al vencimiento anticipado. En estos casos se trata de acciones independientes de las anteriores cuya acumulación viene aconsejada en aras de la economía procesal.

Junto con las anteriores acciones, podría ejercitarse, con carácter eventual, acción de anulabilidad con fundamento en el artículo 1.300 CC por error en el consentimiento. El hecho de que se ejercite de forma eventual es consecuencia de que la acción de nulidad con fundamento en la normativa de consumidores y usuarios es incompatible con la acción de nulidad por el vicio del consntimiento, pues una vez declarada la nulidad por estimación de la primera, ello determina, *per se*, la imposibilidad de que la acción examinarse pues la cláusula multidivisa ya no existe, por lo que se trata de acciones incompatibles *ex* artículo 71.3 de la LEC. La acumulación de esta acción con carácter subsidiario vendría amparada por la previsión del artículo 71.4 de la antedicha disposición. Esta posibilidad simplemente la dejamos apuntada toda vez que nuestra investigación pretende examinar las demandas cuya nulidad se basa en la vulneración de la normativa de consumidores y usuarios por falta de transparencia.

Esta pretensión sería la siguiente:

* Que para el eventual caso de desestimarse la nulidad por falta de transparencia, se declare la nulidad parcial del contrato por un error en el consentimiento, declarando nula la cláusula multidivisa y el resto de cláusulas accesorias.

# *causa petendi*

## Hechos determinantes de la pretensión de nulidad.

Una vez examinadas las acciones que han de deducirse hemos de examinar los hechos determinantes de las mismas. Por razones obvias, centraremos el análisis de este epígrafe en los hechos determinantes de la nulidad de la cláusula multidivisa dado que esta es la acción principal y la acción de restitución es una consecuencia de la declaración; por consiguiente, el hecho que determina la restitución es la previa declaración de nulidad.

Para determinar la *causa petendi* partiremos de la jurisprudencia del TJUE recogida en su Sentencia de 20 de septiembre de 2017 la cual ha sido íntegramente incorporada a la STS de 15 de noviembre de 2017. De la citada jurisprudencia pueden extraerse los siguientes hechos determinantes de la nulidad por falta de transparencia, los cuales integrarán la *causa petendi*:

### Suscripción de un contrato de préstamo que incorpore una cláusula multidivisa.

El primero de los hechos integrantes de la *causa petendi* viene dado por la incorporación en el préstamo de una cláusula predispuesta y no negociada individualmente por la que se establece el cambio de la cantidad dineraria objeto de préstamo a una divisa extranjera. Así mismo, deberá tratarse de un préstamo celebrado entre un consumidor y usuario de conformidad con lo prevenido en el artículo 3 de la LGDCU, estos es aquellos celebrados por una persona física o jurídica con un empresario o profesional fuera del ámbito de su actividad profesional.

### Ausencia de información suficiente en el momento de la contratación.

El segundo hecho determinante de la pretensión viene dado por la ausencia o la deficiencia de la información suministrada por la entidad crediticia al consumidor. Sobre todo, y muy especialmente, por la posible ausencia de una información sobre de los riesgos derivados de la operación. La jurisprudencia exige un plus de información en este tipo de obligaciones dado el riesgo que entrañan para un consumidor medio exigiendo que, en préstamos multidivisa, se haya informado suficientemente al cliente sobre la circunstancia de que una depreciación de la divisa puede ocasionar importantes efectos económicos en la operación.

Esta información debe de ser puesta en relación con el nivel de conocimientos que tiene la propia entidad bancaria, concretamente con las previsiones relativas a la posible fluctuación de la moneda. No es lo mismo que la entidad no informe sobre hechos que no hubiera podido prever, por ejemplo: era imposible prever que el tsunami de Japón se produjera y que hundiera la cotización del Yen Japonés, sin embargo, con la incertidumbre en el Reino Unido previa a su salida del la Unión Europea es más que previsible una devaluación de la Libra Esterlina por lo que se trata de una información que la entidad necesariamente conoce. Ahora bien, que la depreciación es un riesgo es una realidad absolutamente incontestable; por consiguiente, esta circunstancia debe de ser adecuadamente advertida al consumidor en todo caso.

A la falta de información suficiente se refieren los apartados 49 y 50 de la STJUE de 20 de septiembre de 2017:

*“En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera, que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero.”*

*“Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras.”*

De la anterior jurisprudencia se aprecia, con meridiana claridad, la obligación de suministrar al consumidor una información clara sobre los riesgos del tipo de operación y de qué efectos puede tener sobre el préstamo una fuerte devaluación de la divisa escogida.

### Nivel de conocimientos financieros del consumidor.

Los conocimientos financieros del cliente tienen también gran relevancia, pues de ellos dependerá que la información suministrada por la entidad crediticia sea suficiente o insuficiente. Si se trata de un consumidor con un nivel elevado de conocimientos financieros, una información básica por parte de la entidad bancaria en modo alguno puede perjudicarle. Al contrario, cuando el consumidor tiene escasos o nulos conocimientos financieros depende por completo de la información que le sea suministrada por el empresario, de tal modo que si no le informa adecuadamente está situando al consumidor en una situación de evidente desprotección en la contratación. La jurisprudencia establece los deberes de información examinados en el apartado anterior sobre un nivel de conocimientos medio.

En este sentido, sobre el nivel medio de conocimientos se pronuncia el TJUE en la sentencia de 20 de septiembre de 2017 en su apartado 47 en los términos siguientes:

*“Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 66).”*

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de noviembre de 2015 sostiene lo siguiente con relación a los conocimientos del consumidor:

“*Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos*”

“… El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información que, pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa.”

Por consiguiente, el nivel medio que cabe otorgar a un cliente, según la anterior jurisprudencia, es que se le presupone que sabe que las divisas pueden fluctuar, pero no que su fluctuación pueda llegar a tal punto que le haga imposible hacer frente a los pagos por el aumento de las cuotas o llegar a un vencimiento anticipado por la devaluación de la divisa escogida.

Cuanto llevamos expuesto nos hace concluir en el sentido de que el nivel de conocimientos financieros del cliente será, junto con la información suministrada por la entidad crediticia, el hecho clave que determine la falta de transparencia.

## Los fundamentos jurídicos de la pretensión.

El segundo elemento determinante de la *causa petendi* es la fundamentación jurídica sobre la que descansa la pretensión. Nos encontramos aquí ante cuestión que hasta la reciente sentencia de 15 de noviembre de 2017 ha venido solventándose por vía del error en la mayoría de las ocasiones. No obstante, nosotros vamos a examinar la fundamentación jurídica determinante de la falta de transparencia a la vista del último pronunciamiento del Tribunal Supremo y ello, porque entendemos supone un cambio tanto en la acción como en la causa petendi cuyo estudio y sistematización es pertinente:

### Control de la abusividad de un elemento esencial del contrato.

En primer lugar, no podemos desconocer que la eliminación de una cláusula multidivisa afecta a un elemento esencial de la obligación tal y como ha declarado el propio TJUE en su sentencia de 20 de septiembre de 2017 y como detalla el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017 cuando señala lo siguiente: “las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.”

Consecuencia de lo anterior es necesario incluir en la fundamentación jurídica la justificación del examen abusividad de un elemento esencial del contrato, posibilidad en principio proscrita por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEEE y que depende de que las cláusulas sean claras y comprensibles. Tal justificación viene anudada a la falta de transparencia de las estipulaciones impugnadas, de tal forma que cuando dichas cláusulas no sean comprensibles para el consumidor podrán ser objeto del control de abusividad previsto en la mencionada Directiva. Lo anterior entronca directamente con el siguiente fundamento de derecho, pues en la medida que una cláusula no sea transparente podrá examinarse su abusividad.

### Abusividad de la cláusula multidivisa por falta de transparencia

Tomando como punto de partida los hechos determinantes anteriormente expuestos (contrato en el que interviene un consumidor, imposición de una cláusula multidivisa y ausencia de una información por la entidad bancaria) nos encontramos con las siguientes consecuencias jurídicas:

### Una infracción del artículo 60 de la LGDCU.

El mencionado precepto establece la obligatoriedad para el empresario de facilitar al consumidor y usuario una información relativa a las condiciones económicas del contrato que, además de veraz, relevante y suficiente, deberá ser de clara y comprensible para el consumidor. Es evidente que, en un contrato complejo como son las hipotecas multidivisa, ese deber de información se torna en esencial por el riesgo inherente que conllevan este tipo de contratos aleatorios.

La STJUE de 20 de septiembre de 2017 se refiere a la información precontractual en los siguientes términos: “es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, (LA LEY 16295/2013) EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, (LA LEY 179803/2016) C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50)” (LA LEY 123057/2017)

Mayor precisión hace nuestro Alto Tribunal en la STS de 15 de noviembre de 2017, la cual dispone que es esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo.

Por consiguiente, en la información precontractual es exigible una advertencia clara sobre el riesgo que entraña este tipo de operación, para lo cual, resulta un medio idóneo una simulación de la devaluación de la moneda en términos similares a lo previsto en el artículo 23.6 de la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Dicho precepto dispone que la FEIN[[6]](#footnote-6) deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20 %.

Si bien la mayoría de las demandas que vayan a deducirse por el empleo de este tipo de cláusulas serán anteriores a la nueva normativa comunitaria y a las normas de transposición de ésta última, ello no obsta a que las mismas puedan servir como un criterio interpretativo de qué información suministrada es suficiente a los efectos de la obligación impuesta en el artículo 60 de la LGDCU.

### Infracción del artículo 80.1 de la LGDCU

Es evidente que, si el cliente no ha sido adecuadamente informado sobre el alcance del contenido económico del contrato y más concretamente sobre cómo afecta la cláusula multidivisa, es posible que se esté obligando en unos términos que conllevan un riesgo antieconómico o desproporcionado con relación al cual no se hubiera obligado de haber conocido tal circunstancia.

Dado que existen ciertas similitudes con la falta de transparencia de las cláusulas suelo, nuestro Tribunal Supremo hace extensiva su jurisprudencia sobre el control de transparencia. En síntesis, si las cláusulas superan el control de incorporación de la LCGC pero no permiten que el consumidor comprenda el efecto económico que la cláusula multidivisa comporta o puede comportar en el contrato, las estipulaciones relativas a la cláusula multidivisa se considerarán nulas por falta de transparencia tal y como expresa el alto tribunal en la STS de 9 de marzo de 2017: “el control de transparencia tiene su justificación en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) , según el cual el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente. «[El control de transparencia] como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del 'error propio' o 'error vicio', cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la 'carga económica' que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la 'carga jurídica' del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (sentencias 406/2012, de 18 de junio , (LA LEY 144032/2012)y 241/2013, de 9 de mayo).” (LA LEY 6541/2017).

Cuando la cláusula no sea transparente es evidente que no se cumple con lo dispuesto en el artículo 80.1 letra a) de la LGDCU el cual exige que las cláusulas no negociadas sean claras, sencillas y comprensibles. La comprensibilidad entendemos que es el elemento clave pues una cláusula relativa a la divisa extranjera puede ser clara y sencilla pero no por eso ser comprensible para un consumidor medio si no viene descrito su funcionamiento y sus efectos y no ha sido adecuadamente informado.

De ahí que el tribunal supremo considere que la falta de transparencia es contraria al mencionado precepto tal y como refleja la STS de 15 de noviembre de 2017 cuando dispone lo siguiente: “La jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1 (LA LEY 11922/2007), 80.1 (LA LEY 11922/2007) y 82.1 TRLCU (LA LEY 11922/2007), ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE. Esta línea jurisprudencial se inicia a partir de la sentencia 834/2009, de 22 de diciembre (LA LEY 283751/2009) y se perfila con mayor claridad a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, (LA LEY 34973/2013) hasta las más recientes sentencias 171/2017, de 9 de marzo, (LA LEY 6541/2017) y 367/2017, de 8 de junio. (LA LEY 59486/2017).”

“En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 (LA LEY 1490/1998) y 7 LCGC (LA LEY 1490/1998), a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.”

### Infracción del artículo 82 de la LGDCU

En relación con la infracción del artículo 82 de la LGDCU la cuestión se torna un poco más compleja toda vez que si bien el Tribunal Supremo hace una alusión directa a este extremo en la STS de 15 de noviembre de 2017, no llega a razonar en modo alguno en qué consiste la infracción del mencionado precepto. En nuestra opinión, dicha omisión, al referirse a la infracción del artículo 82.1 de la LGDCU y tratarse de un supuesto de transparencia, puede resolverse mediante la aplicación en la doctrina contenida en su STS de 9 de mayo de 2013 cuya dicción literal es la que sigue:

“El artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente (SSTJUE de 7 de mayo de 2002, Comisión/Suecia apartado 17, C-478/99 (LA LEY 221241/2002), Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, apartado 19, y las ya citadas Pannon GSM apartado 37, VB Pénzügyi Lízing, apartado 42 y Aziz apartados 67).

Tampoco la norma española contiene especiales precisiones de que qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales -su incorporación a pluralidad contratos con consumidores- y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva.

Antes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime tratándose de préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto.

En este sentido apunta la ya citada STJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, que, al tratar el desequilibrio contrario a la buena fe, en el apartado 68 afirma que "[…] tal como la Abogado General indicó en el punto 71 de sus conclusiones, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido […], y en el apartado 69 que "en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual".”

Aplicando la anterior doctrina al supuesto de la nulidad de las hipotecas multidivisa habría que comprobar si un consumidor que hubiera sido informado sobre los graves riesgos que tienen las hipotecas multidivisa, en concreto, la variación del capital por la fluctuación de las monedas y la posibilidad de vencimiento anticipado en el supuesto de una gran variación, se vincularía a este tipo de producto. En este sentido, entendemos que la respuesta habrá de ser negativa y ello porque cualquier consumidor, en su sano juicio y adecuadamente informado, desecharía la contratación de un producto semejante por el riesgo que conlleva y optaría por una hipoteca a Euribor o IRPH.

Incluso podemos llegar aún más lejos y podemos sostener que un tratamiento leal y equitativo de la entidad bancaria, lo que impondría sería desaconsejar este tipo de productos a cualquier consumidor hipotecario, muy especialmente a aquellos que carezcan de fondos para afrontar un posible vencimiento anticipado en caso de un desplome de la divisa escogida, pues se verían avocados sin remedio a la ejecución hipotecaria.

Los anteriores razonamientos nos permiten concluir en el sentido de que un tratamiento leal y equitativo por parte de la entidad bancaria, implica, cuando menos, dar una información completa al cliente y comprobar que entiende los riegos y que pese a los mismos quiere contratar el producto. Por consiguiente, la omisión de ese tipo de información ocasiona una falta de transparencia en la contratación que ocasiona un desequilibrio importante contrario a la buena fe que debe de ser considerado como abusivo.

### La nulidad parcial y el error.

Hasta la fecha, la mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales vienen considerando que los supuestos relativos a las hipotecas multidivisa son un supuesto de nulidad del consentimiento por la concurrencia de un error. Dicho error se produce por la falta de conocimientos financieros suficientes unidos a la falta de información de la entidad bancaria o dolo omisivo. En nuestra opinión, lejos de postularnos a favor o en contra de los argumentos de la doctrina civilista entendemos que los mismos hechos dan lugar a distintas consecuencias jurídicas cuando nos encontramos con que el prestatario es un consumidor: en nuestra opinión, además de la existencia de una cláusula abusiva en los términos anteriormente expuestos también concurre un supuesto innegable de error del artículo 1.265 CC que invalida el consentimiento y determina la anulabilidad del negocio jurídico.

El tratamiento desleal de la entidad consistente en no informar adecuadamente junto con una cláusula que no permite al consumidor tener una comprensibilidad real del contenido económico del contrato y del riesgo que entraña, conllevan la nulidad de dicha cláusula por no ser transparente y, además de lo anterior, cuando concurra un supuesto de falta de transparencia, por lo general, será bastante frecuente que nos encontremos con un error invalidante del consentimiento cuando concurran todos sus elementos.

Por los anteriores motivos entendemos del todo punto acertado que, lejos de fundar la nulidad de la cláusula en el error invalidante como venía teniendo lugar hasta ahora, en la misma demanda se realice una acumulación eventual de acciones de tal forma que la acción de nulidad por la abusividad de la cláusula multidivisa sea la acción principal y que la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento sea la acción eventual de la anterior que solamente se valore en caso de desestimación de la primera. De esta forma, si el órgano jurisdiccional llegara al convencimiento de que la cláusula no es abusiva, siempre podrá entrarse a examinar si el consumidor, en el caso concreto, y pese a la validez de la cláusula, prestó un conocimiento viciado por error.

## La prueba y su carga.

Una vez delimitados los hechos determinantes de la pretensión, la prueba es otro elemento fundamental en este tipo de procesos. En principio, hemos de partir de las normas generales del *onus probandi* contenidas en el artículo 217 y ss. de la LEC. de tal forma que corresponde al actor la carga de probar los hechos determinantes de la pretensión, esto es, el demandante habrá de acreditar: la contratación de la hipoteca multidivisa, su condición de consumidor, la existencia de una condición general de la contratación relativa a la cláusula multidivisa, su nivel de conocimientos financieros, la ausencia de información suficiente por la entidad bancaria y, en el supuesto de que acumule eventualmente la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, que actuó por error.

### Contratación de la hipoteca y condición de consumidores.

En relación con la contratación de la hipoteca multidivisa, la existencia de la cláusula multidivisa y la condición de consumidores y usuarios la prueba de estos hechos no revestirá complejidad alguna para los consumidores. Ello viene motivado por la circunstancia de que todos estos elementos vienen determinados en la Escritura Pública de préstamo con garantía hipotecaria, incluida la finalidad de la operación que es la que determina el carácter de consumidor. Por consiguiente, partiendo de que el artículo 319.1 de la LEC establece que las Escrituras Públicas hacen plena prueba de los hechos que documenten bastará con aportar la escritura pública para tener por acreditados los extremos que acabamos de referir.

En aquellas demandas en las que no conste la finalidad de la hipoteca el demandante habrá de acreditar que el contrato no es para su actividad profesional: para ello puede probar que es para una finalidad particular, primera residencia, segunda residencia, una cochera o, en otro caso, acreditar que no realiza actividad profesional alguna. En el caso de los autónomos una prueba documental muy pertinente pueden ser las declaraciones tributarias en las que se pueda comprobar cómo las cantidades del préstamo no han sido deducidas como gastos de la actividad.

Si pese a las posibles opciones o indicios de prueba que hemos dejado apuntados anteriormente la parte actora no acredita suficientemente el destino de la operación habrá que considerarse también quién tenía mayor facilidad probatoria. En este sentido nadie como el demandante para acreditar el destino de las cantidades que ha recibido por lo que, si la condición de consumidor resulta dudosa, no podrá perjudicar al profesional dado que la mayor facilidad probatoria era para el consumidor y se trata de un hecho cuya carga le corresponde, motivo por el cual su pretensión podría verse desestimada al no tener la condición de consumidor, salvo que haya ejercitado también una acción basada en un vicio del consentimiento, en virtud de la cual si podría prosperar con independencia del carácter de consumidor del prestatario.

Sobre la carga de la prueba de la condición de consumidor se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en su reciente sentencia de 21 de septiembre de 2017 cuando señala que “dado que las demandantes, que tenían la disponibilidad y facilidad probatoria, no han probado que el préstamo no se enmarcara en una actividad empresarial o profesional del demandante-prestatario y, por el contrario, dado que existen indicios de que el préstamo se ha destinado a una actividad empresarial, debemos concluir que las actoras carecen de la condición de consumidores con base en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios que se expone a continuación.” (LA LEY 132276/2017).

En similares términos se pronuncia al respecto la Audiencia Provincial de la Coruña en su sentencia de 17 de octubre de 2017 cuya dicción literal es la que sigue: “incumbe al actor persona física la carga de demostrar que tiene, con relación al contrato litigioso, la condición de consumidor cuando ha quedado acreditado el aparente destino empresarial y mercantil del crédito objeto de la póliza , (en este sentido AAP Pontevedra, sección 1ª, de 3 diciembre 2015 o 21 enero 2016, o SAP Pontevedra, sección 1ª, de 19 enero 2016 ). Más tajante es la línea que al respecto mantiene la A.P. de Lugo en su sentencia de 13 de abril de 2016, según la cual no puede presumirse la condición de consumidor, y la carga de la prueba al efecto correspondía a la parte apelante (en ese caso, el demandante persona física) en atención a la naturaleza de la acción ejercitada. Recordamos, en todo caso, que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU (LA LEY 11922/2007)) no contiene reglas especiales sobre distribución de la carga de la prueba de la condición misma de consumidor, y que las generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), siempre matizadas por los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, sólo determinan cuál de los litigantes debe correr con las consecuencias negativas de que un hecho discutido -del que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda- quede finalmente indemostrado.”

En similares términos se muestran las siguientes Audiencias Provinciales: Alicante, SAP de 24 de marzo de 2017; Córdoba, SAP de 16 de marzo de 2016; Albacete, SAP de 20 de marzo de 2017; Huelva, AAP de 17 de febrero de 2016; Granada, SAP de 19 de junio de 2009

La Audiencia Provincial de las Palmas plantea en su sentencia de 29 de mayo de 2017 que la facilidad probatoria es de la entidad crediticia: “se pueden suscitar dudas procesales sobre a quien corresponde la carga de la prueba de la condición de consumidor en un proceso civil conforme al art. 217 L.E.C (LA LEY 58/2000) ., ya que por un lado esa condición es presupuesto de la aplicación de la normativa sobre abusividad de la Ley 1/2007de protección del consumidor, y por tanto puede entenderse que es un hecho que fundamenta la pretensión anulatoria y por tanto de carga del actor. Pero por otro lado, es la parte demandada quien niega la aplicación de esa normativa y de la condición de consumidor del actor, por lo que, siendo además el actor una persona física, puede entenderse que corresponde a la parte demandada la prueba, y además, desde el punto de vista del principio de facilidad probatoria del art. 217 (LA LEY 58/2000)-7º de la L.E.C ., la entidad crediticia, que es quien redacta el contrato de adhesión no negociado individualmente está en disposición de procurarse con sencillez la prueba de si se trata de un contrato concedido a consumidores o sujeto a los requisitos de los préstamos a la actividad comercial y empresarial. Dado que, a fin de cuentas, puesto que una persona física puede actuar a la vez como consumidor y como empresario, lo relevante es la finalidad para la que se solicita el préstamo, y sobre ese hecho es la entidad financiera la que ejerce el control de concesión de dicho préstamo.”

Por su parta la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 30 de junio de 2016 se postula en el sentido de que el consumidor no puede probar un hecho negativo: que no destinó los fondos a una actividad profesional y concluye que en caso de ausencia total de prueba habrá de presumirse su carácter de consumidor: “No establece el legislador a quien corresponde la carga de la prueba de la condición de consumidor, ni en este precepto ni en ningún otro. El TRLGDCU (LA LEY 11922/2007) impone la carga de la prueba al consumidor en determinados supuestos y respecto de concretos hechos, como por ejemplo, el artículo 139, referido a la prueba del defecto en el caso de daños causados por productos, y al empresario en la mayoría de los casos, como por ejemplo en los artículos 69.2, 76, 82.2, 100.3, y 140. En todos los casos se trata de la prueba de hechos positivos. Por lo tanto, deberá estarse al principio procesal de que quien alega, prueba, y también a las normas sobre la carga de la prueba, y, en concreto, a los principios de proximidad a la fuente de la prueba y facilidad probatoria, recogidos en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), según el cual, "2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención" y "7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

Pues bien, con independencia de a quien corresponda la carga de la prueba, lo cierto es que para que resulte de aplicación la normativa protectora de consumo el juez debe analizar los requisitos que exige el legislador para ello, y entre ellos está el requisito subjetivo de que el demandado ostente la condición de consumidor, comprobación que debe realizarse sea o no discutida por la parte contraria, porque se trata de un requisito sine qua non de aplicación de dicha normativa, que debe realizarse de oficio.

En el caso de autos no consta acreditado por medio probatorio de tipo alguno que el vehículo adquirido con el importe del préstamo lo fuese con el fin de integrarlo en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, razón por la cual, debe entenderse que el préstamo se destinó al consumo, sin que pueda imponerse al demandado la carga de la prueba de un hecho negativo (que no se destinó a tal fin).”

Por su parte, la Audiencia Provincial de Málaga entiende que cuando se niega la condición de consumidor y usuario, al tratarse de un hecho obstativo de la pretensión, corresponderá a la entidad demandada su prueba: “lo primero que conviene dejar bien claro es que, en base al artículo 217 de la LEC (LA LEY 58/2000) , no es al actor sino al demandado a quién compete acreditar el hecho obstativo o impeditivo a la pretensión formulada, de modo que, si es el demandado quién niega la condición de consumidor del actor, a él le corresponderá la prueba que acredite esa circunstancia.”

Secundan esta línea de jurisprudencia, entre otras, las siguientes Audiencias Provinciales: Álava, SAP de 14 de diciembre de 2015; Islas baleares, SAP de 26 de julio de 2017, Santa Cruz de Tenerife, SAP de 27 de octubre de 2016,

En síntesis, la jurisprudencia menor se encuentra evidentemente escindida entre aquellas Audiencias Provinciales que entienden que la carga de la prueba de la condición de consumidor recae sobre quien la alega y quienes entienden que corresponde probarla a quien la niega. La consecuencia práctica que dicha división acarrea es la necesidad de que el operador jurídico sea muy cauteloso en esta cuestión y trate de acreditar por todos los medios a su alcance la finalidad particular de la operación.

A nuestro modo de ver, y sin perder de vista en ningún momento el interés digno de tutela de los consumidores y usuarios, no puede obviarse el apartado 7º del artículo 217 de la LEC el cual dispone que las normas sobre la carga de la prueba habrán de aplicarse teniendo en cuenta la facilidad probatoria. Considerando, además, que una hipoteca multidivisa es para la adquisición de un bien inmueble hemos de concluir en el sentido de que el consumidor que pretenda declarar la nulidad de la cláusula multidivisa en aplicación de las normas de protección de consumidores y usuarios habrá de acreditar la finalidad no empresarial del bien hipotecado por encontrarse en una situación de mayor facilidad probatoria que la entidad prestamista.

Para este supuesto concreto resultará tan sencillo como aportar una serie de documentos que se encuentran a su plena disposición: por ejemplo, una certificación expedida por el Padrón Municipal en la que conste que reside en la vivienda objeto de la hipoteca o una certificación de bienes del Registro de la Propiedad que permitan comprobar que constituye su vivienda habitual o una segunda residencia.

### La existencia de una condición general de la contratación de la cláusula multidivisa.

En segundo lugar, sobre la existencia de una condición general de la contratación, la carga de la prueba se invierte de conformidad con lo prevenido en el artículo 82.2 de la LGDCU de tal manera que si el empresario sostiene que ha existido una negociación individual sobre el contenido de la cláusula multidivisa deberá acreditar estos extremos. La anterior prueba, por lo general, vendrá dada por medio de documentos de ofertas facilitados al cliente y por la testifical del empleado que interviniese en la concertación de la operación. En este sentido la jurisprudencia entiende que la mera opción no es equiparable a una negociación tal y como recoge la STS de 9 de mayo de 2013 al señalar lo siguiente: “no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario” (LA LEY 34973/2013).

### La prueba del nivel de conocimientos financieros.

La plena prueba del nivel de conocimientos financieros del deudor es prácticamente imposible porque se trata de un conocimiento interno que en la mayoría de los supuestos no se proyecta hacia el exterior mediante datos objetivos que puedan aportarse al procedimiento. Sucede algo similar con la prueba del error que como acertadamente señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ se trata de un procedimiento psicológico no susceptible de prueba física.[[7]](#footnote-7)

El nivel de conocimientos financieros solo podría obtenerse, de un modo más o menos fiable por medio de la realización de un examen por parte de la entidad en la fase de negociación similar al que se prevé en la normativa MIFID, sin embargo, descartada tal opción solo se pueden aportar indicios de sus conocimientos financieros.

La profesión y el nivel de estudios pueden mostrar si nos encontramos ante un consumidor con unos conocimientos financieros por encima de la media, por debajo de esta o en la media. Llegados a este punto entendemos que resulta de gran importancia tomar como punto de partida el nivel de conocimientos medios establecido por el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre de 2017 la cual señala al respecto lo siguiente: “un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa.”

Por consiguiente si el cliente se encontraba por debajo del anterior umbral habrá de acreditar sus inferiores o nulos conocimientos financieros a través de una prueba indiciaria, por ejemplo que no tiene la enseñanza secundaria obligatoria, aportando el correspondiente certificado oficial de estudios obligatorios que se expide para quienes no obtienen el título de la ESO, certificaciones de las calificaciones que acrediten que no superó los estudios primarios o secundarios, una fe de vida laboral que acredite que solo ha estado empleado en trabajos muy distantes al sector financiero. Por su parte la entidad financiera podrá demostrar sus conocimientos financieros a través de otros indicios que obran en su poder tales como la contratación de múltiples productos bancarios o productos de inversión de riesgo.

Además de los anteriores indicios, si los mismos resultan insuficientes para acreditar un nivel de estudios inferior a la media o superior, la parte que pretenda acreditarlo habrá de proponerse como medio probatorio el reconocimiento judicial previsto en el artículo 353 y ss. de la LEC. Tal y como señala ASENCIO MELLADO el reconocimiento judicial de personas es un medio de prueba idóneo para interrogar a una persona sobre sus condiciones psíquicas o físicas por lo que entendemos que por medio de este el órgano jurisdiccional podrá obtener un adecuado perfil de los conocimientos financieros de la parte que no se hayan acreditado suficientemente por medio de otras pruebas.[[8]](#footnote-8) Sobre la posibilidad de que sea la propia parte quien propone su examen entendemos que tal posibilidad no se encuentra vedada a diferencia de lo que ocurre con el interrogatorio pues el artículo 353 solo exige que el examen sea necesario para que el tribunal examine una persona en relación con un hecho objeto de controversia. De hecho, este extremo se puede corroborar por el hecho de que la parte que lo solicita no es quien determina las preguntas siendo esta cuestión competencia exclusiva del órgano jurisdiccional.

### La prueba de la información facilitada por la entidad bancaria.

Se trata esta de una cuestión fundamental y cuya carga, ya adelantamos, va a recaer sobre la entidad demandada. La relevancia de esta cuestión radica en que, tal y como hemos dicho, el hecho clave en la determinación de la falta de transparencia es la posibilidad de que el cliente pueda hacerse una idea real de las condiciones económicas de la operación, y más especialmente de los riesgos que llevan aparejados este tipo de préstamos referenciados en moneda extranjera y el impacto que pueden tener determinadas fluctuaciones de la divisa en las condiciones económicas de la operación.

Así lo expresa con meridiana claridad el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de noviembre de 2017 cuando señala que: “es esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo. También debe ser informado de la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera, porque supone también un serio riesgo para el consumidor que, pese a no haber incurrido en incumplimiento contractual, se vería obligado a devolver de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar.”

Por consiguiente, podemos concluir en el sentido de que, con carácter general, partiendo del nivel de conocimientos medio habrá de quedar probado que no se informó sobre los riesgos de una posible fluctuación de la divisa y sobre la posibilidad de un vencimiento anticipado en el supuesto de que la devaluación supere ciertos límites.

En este sentido, si bien se trata de un hecho determinante tanto de la nulidad como del vicio del consentimiento su prueba correspondería al consumidor por tratarse de un hecho que fundamenta su pretensión. Ahora bien, conforme a la pacífica jurisprudencia relativa a la *probatio diabolica*, al tratarse de un hecho negativo de difícil o imposible prueba para el consumidor, se invierte la carga de la prueba y deberá ser la entidad demandada quien acredite que informó adecuadamente al consumidor sobre los riesgos del producto y el impacto que podrían tener sobre el coste de la financiación.

En el anterior sentido podemos traer a colación la STS de 18 de julio de 2017 relativa a la prueba imposible cuya dicción literal es la siguiente: “como hemos declarado en la STC 227/1991 (LA LEY 1835-TC/1992) , fundamento jurídico 5.º, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso ( art. 118 CE (LA LEY 2500/1978) ) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 CE (LA LEY 2500/1978) , por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa [STC 98/1987 (LA LEY 827-TC/1987) , fundamento jurídico 3.º, y 14/1992, (LA LEY 1872-TC/1992) fundamento jurídico 2.º].” (LA LEY 96523/2017)

Sobre la carga de la prueba en relación con el deber de información se pronuncia Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 7 de enero de 2013 cuando señalaba que “la carga de la prueba de la información facilitada recae sobre la entidad financiera demandada. Dos razones nos lleva a apreciarlo: (i) primera, la prueba por la actora de la falta de información facilitada se trata de la prueba de un hecho negativo (la falta de información) de imposible prueba (probatio diabolica); y (ii) segunda, el principio de facilidad y disponibilidad probatoria (art. 217.1 (LA LEY 58/2000) y 217.2 LEC). Es únicamente la entidad financiera quien se encuentra en condiciones de acreditar qué concreta información precontractual facilitó a los demandantes. Por consiguiente, si no acredita haberles facilitado otra información que la que los demandantes admiten, es ese hecho el que debe tenerse por cierto en el proceso.” (LA LEY 49338/2013)

Por cuanto llevamos expuesto podemos concluir en el sentido de que será la entidad bancaria quien deberá de acreditar que se informó adecuadamente al cliente en la fase precontractual sobre los riesgos de la operación. Y la ausencia de prueba en este sentido, por medio de la inversión, perjudicará a la entidad bancaria de tal forma que se presumirá que no ha existido una información con el nivel de detalle exigido por el Tribunal Supremo lo que conllevará la nulidad de la cláusula multidivisa.

Del mismo la falta de información unida a unos deficientes conocimientos financieros determinarán la nulidad del consentimiento al concurrir un error sobre un elemento esencial del contrato como es la cláusula multidivisa.

# CONCLUSIONES

Con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 se incorpora una línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud de la cual, las cláusulas denominadas multidivisa de los préstamos hipotecarios serán consideradas nulas por abusivas cuando no sean transparentes.

De esta manera lo que hasta ahora venía siendo resuelto por la mayoría de nuestros tribunales como un vicio del consentimiento sale de la órbita de la regulación general del Código Civil para situarse en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios al sostener el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 15 de noviembre de 2017 la nulidad, por falta de transparencia, de una clausula esencial del contrato.

Ello comporta problemas, no solo en la fundamentación jurídica de las demandas sino también en la prueba de los hechos determinantes de la pretensión. En síntesis, puede afirmarse que, en lo sustancial, el error que vicia el consentimiento y la nulidad por falta de transparencia se basan en un mismo hecho: un adherente que contrata un producto sin ser consciente de un riesgo, riesgo que resulta tan elevado que, en caso de haber sido informado, seguramente no habría sumido. Por consiguiente, tanto en uno como en otro supuesto la consecuencia será la misma, la nulidad de la estipulación.

Tras un análisis en detalle podemos concluir en el sentido de que lo más prudente de cara a entablar un procedimiento de esta clase será llevar a cabo una acumulación eventual de acciones en la que la acción principal sea de nulidad por falta de transparencia y la acción eventual sea una acción de nulidad parcial del contrato por un vicio del consentimiento.

En cuanto a la prueba de los hechos determinantes de la pretensión, existe una profunda división entre las distintas Audiencias Provinciales relativa a la condición de consumidor, elemento este de vital importancia pues toda vez ejercitada una acción cuya fundamentación jurídica descansa en la LGDCU su estimación depende de la condición de consumidor del adherente. Con independencia de tener muy en cuenta el criterio de la Audiencia Provincial que tenga competencia funcional para el conocimiento de un hipotético recurso de apelación, la prudencia aconseja tratar de acreditar el destino no comercial de la hipoteca garantizando de este modo que no se pueda cuestionar la misma por la entidad bancaria.

Por último, en relación con la carga de la prueba de un elemento esencial como es la información facilitada por la entidad se trata de un supuesto muy claro de prueba imposible o diabólica para el consumidor por lo que operará una inversión de la carga probatoria y será la entidad bancaria quien deberá de probar que facilito una información suficiente sobre los riesgos que permitiera al consumidor hacerse una idea del riesgo que la fluctuación de la divisa podría llegar a ocasionar.

# bibliografía

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Cláusulas de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamos bancarios.” en *LA LEY UNIÓN EUROPEA,* número 53, 30 de noviembre de 2017.

AAVV, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia,* coordina, ASENCIO MELLADO, J.M., Madrid, 2013.

AAVV, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* coordina, CORDÓN MORENO, F., Navarra, 2011.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de derecho procesal civil I. Parte general*, Madrid, 2017.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil,* Navarra, 2005.

GIMENO SENDRA, V., Introducción al Derecho Procesal, Madrid, 2017.

GOMEZ ORBANEJA, E., Derecho procesal civil, Madrid, 1979.

GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Cuestiones procesales de la acumulación de acciones en materia de nulidad de cláusulas abusivas”, en *Práctica de Tribunales*, número 129, noviembre-diciembre 2017

GONZÁLEZ MONTES, J.L., Instituciones de Derecho Procesal, Madrid, 1993

GUASP, J., Derecho procesal civil, Madrid, 1968.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "*Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas*" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 61 de 2017, págs. 1.197 a 1.238.

1. ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Cláusulas de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamos bancarios.” en LA LEY UNIÓN EUROPEA, número 53, 30 de noviembre de 2017, consultado en [www.diariolaley.laley.es](http://www.diariolaley.laley.es) el 03/12/2017. [↑](#footnote-ref-1)
2. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 61 de 2017, págs. 1.212 y ss. [↑](#footnote-ref-2)
3. GUASP, J., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1968, pág. 217 [↑](#footnote-ref-3)
4. Sobre cómo opera la doctrina del objeto virtual del proceso véase: DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil,* Navarra, 2005, pág. 75 y ss. [↑](#footnote-ref-4)
5. GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Cuestiones procesales de la acumulación de acciones en materia de nulidad de cláusulas abusivas”, en *Práctica de Tribunales*, número 129, noviembre-diciembre 2017 [↑](#footnote-ref-5)
6. FEIN: Ficha Europea de Información Normalizada. Su modelo se encuentra disponible en el Anexo II de la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. [↑](#footnote-ref-6)
7. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 61 de 2017, págs. 1.212 y ss.

 GUASP, J., *Derecho procesal civil*, Madrid, 1968, pág. 1.203 [↑](#footnote-ref-7)
8. ASENCIO MELLADO, J.M., “comentario al artículo 355 de la LEC” en AAVV, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia,* coordina, ASENCIO MELLADO, J.M., Madrid, 2013, pág., 1.039. [↑](#footnote-ref-8)