

Hipoteca multidivisa, presente y futuro

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de GA_P

En el espacio de unos días han aparecido a la vez la sentencia del Tribunal Supremo que declara la nulidad —parece que no limitada al caso— de la hipoteca multidivisa, y el Proyecto de Ley de transposición de la Directiva 2014/17/CE, que no sólo santifica la validez de estos contratos, sino que los somete a (escasas) condiciones, que, por cierto, el mencionado tribunal había despachado como insuficientes.

1. La sentencia del Tribunal Supremo

Es noticia difundida que el Tribunal Supremo (Sentencia de 15 de noviembre del 2017) acaba de anular (parcialmente, aunque este detalle no importa ahora) y de red denominar retroactivamente a euros una hipoteca multidivisa «ordinaria». Aunque la nulidad se ha fundamentado, como es común, en la falta de transparencia de la contratación y en los déficits informativos imputables a Barclays, lo cierto es que no cabe imaginar qué patologías concurrían en el presente caso como para confiar en que la fiebre anulatoria no se va a extender y en que quedará circunscrita a un supuesto especialmente inusual. Es cierto que, en el caso resuelto —se dice—, el banco no había entregado la oferta vinculante ni el folleto prescritos por la Orden de 9 de mayo de 1994 (hoy, Orden EHA 2899/2011) y que el empleado que vendió el producto no había recibido cursos especiales en la comprensión de la multidivisa. Pero lo cierto es, primero, que

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

el Tribunal Supremo no funda la sanción anulatoria en estas carencias (de las que se olvida pronto) y que, segundo, el contenido de la orden en materia de préstamo en divisas es tal que muy poca información suplementaria podía haberse procurado con su entrega que no estuviera ya adquirida en el proceso de negociación. De hecho, el tribunal reprocha que no se hayan dado explicaciones adecuadas, noticias suplementarias del riesgo. La nulidad de esta hipoteca hace presagiar que la solución se extenderá mecánicamente a casos que se litiguen en el futuro.

Ha de entenderse que la «cláusula de divisa» hace referencia a un elemento esencial del contrato, su objeto mismo. A diferencia de lo que puede ocurrir con las cláusulas de vencimiento anticipado, de gastos o con la propia cláusula suelo, es de todo punto necesario que las cláusulas de divisa hayan sido negociadas, pues es la esencia misma del contrato. A saber, se tiene que haber negociado necesariamente que se entrega y se debe determinada cantidad de yenes o de francos, que estas cantidades corresponden a efectos informativos a tantos euros y que se pagará en yenes o en la cantidad correspondiente de euros que equivalgan al cambio del yen al día del pago. Que hay un riesgo de tipo de cambio (aunque no sepa nadie cómo se concretará) es algo que el contratante (que no suele ser un consumidor del común) sabe *ex re ipsa*.

2. El proyecto de ley de crédito inmobiliario

Con todo, no voy a comentar ni criticar más menudamente la sentencia, sino contrastar sus soluciones con los artículos 12 y 13 del proyecto de ley presentado por el Gobierno para la transposición de la Directiva 2014/17/UE (el Proyecto de Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario) e intentar pronosticar el futuro de las hipotecas multidivisas si esta ley se aprueba.

En la directiva y en el proyecto de ley, la hipoteca multidivisa es sustancialmente válida. Debe ser identificada como tal en las fichas FEIN y FIAE que el banco ha de *entregar* (no *explicar* ni *glosar*: cuidado con la errada expresión del artículo 13.1 del proyecto) antes de la contratación, igual que ocurre con las cláusulas suelo. Parece que las «explicaciones» que tiene que dar el prestamista —y a las que se refiere el artículo 13.1— no van más allá del extremo del artículo 12.1f, ya que en los demás casos valdrá la simple entrega. Será el notario, en el curioso protocolo de actuación «educativa» del prestatario que regula el artículo 13 (con precedente en el artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011), el que deberá dar explicaciones y asesoramiento singularizado de cada una de las cláusulas que se contienen en las fichas precontractuales, efectuar pruebas de entendimiento del deudor, someterlo a un test para «concretar» (*sic*) la documentación entregada y la información suministrada, responder preguntas o redactar ejemplos de aplicación práctica en diversos escenarios. Por último, el prestatario redactará la expresión manuscrita (que sustituye a la que se imponía en el artículo 6 de la Ley 1/2013) en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos a que se refiere el artículo 12 y que acepta y comprende su contenido y los riesgos

jurídicos y económicos de la operación. Finalmente, después de esta travesía del desierto, el notario recogerá todo en un acta. El acta «hará prueba» del asesoramiento y de que el prestatario comprende el contenido del contrato, «a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material».

Es decir, el legislador acepta y postula que las exigencias de la transparencia material pueden ser satisfechas mediante la adecuada labor de asesoramiento notarial, cosa que ha venido negando el Tribunal Supremo sucesivamente y que niega otra vez en la sentencia «multidivisa» a que ahora nos referimos. Entendemos que la jurisprudencia actual deberá ser modificada, a menos que los tribunales den del artículo 13.5 (susceptible de varias y peligrosas lecturas) la más *creditor-friendly* de las interpretaciones posibles.

Es evidente que el beneficiado por el acto es directamente la entidad acreedora, que consigue de esa forma salvar el escollo de la falta de transparencia. Pero el protocolo de actuación notarial del artículo 13 no sirve para salvar otros escollos. Por mucho, y meritorio, que haga el notario, no conseguirá que una cláusula inicialmente no negociada pase a ser negociada ni que una cláusula reputable de abusiva deje de serlo. Hay cláusulas «peligrosas» —como las de gastos y de vencimiento anticipado— que se estrellan contra el control de contenido, no contra las exigencias de la transparencia, y el notario nada puede hacer para «salvarlas» mediante su actuación (excepto no incorporarlas a la escritura).

Si esto es así, también lo será que el nivel de pericia preciso para vender hipotecas multidivisas no puede ir más allá del grado de conocimientos generales que hay que presumir al notario, y que, por la fuerza de las cosas, esta necesaria intensificación de la información sobre riesgos que pide la sentencia no podrá ser acometida por el notario sino mediante la glosa —que podrá repetir cien veces, pero que seguirá siendo glosa— de la ficha FIAE. En este sentido, la «solución española» es chapucera, pero quiere salvar dos tipos de muebles: utilizar al notario (que *para eso está ahí*) y que el asesoramiento le salga gratis al consumidor, contra lo que supone la directiva y el resto del mundo, donde los notarios no tienen las cargas competenciales que soportan en España y el «asesoramiento» que se prescribe es un asesoramiento independiente y pagado por el consumidor.

El artículo 18.2 del proyecto contiene una de las dos prescripciones materiales que el texto dedica al negocio de la multidivisa. El prestatario tendrá derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa (la moneda en que el consumidor obtiene sus rentas). Ahora bien, ello se contiene ya en todas las hipotecas multidivisas existentes hoy. Y el Tribunal Supremo ha afirmado en su Sentencia de 15 de noviembre del 2017, en una argumentación bastante penosa, que la existencia de estas ventanas (mensuales) de cambio de divisa no sirven para neutralizar todo el riesgo ínsito en estas operaciones, porque, señala, la fluctuación del tipo de cambio «puede ser cuestión de semanas» y el prestatario tendrá que absorber necesariamente la fluctuación habida en tiempo intermedio (?). Este argumento ya no podrá sostenerse en el futuro

y la existencia de ventanas de tiempo para el cambio de divisa habrá de valorarse como una garantía material de validez de la operación.

El artículo 18.6 contiene la segunda norma material en sede de hipotecas multidióvisas. Los bancos pueden elegir entre limitar («techo») la fluctuación del tipo de cambio a un 20 % o incluir en la ficha FEIN un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación de tipo de cambio del 20 %. Ya sabemos que ese ejemplo ilustrativo debe ser a su vez glosado por el notario en el procedimiento del artículo 13 y que el consumidor deberá hacer constar en forma manuscrita que se da por enterado del riesgo ilustrado en el ejemplo. Sin embargo, la norma está tan mal escrita que por su relación con el artículo 18.3 sólo los prestatarios no consumidores podrían pactar la limitación de riesgo consistente en un techo.