

Defectos de transparencia en préstamo hipotecario con cláusulas multidivisa y de vencimiento anticipado por incumplimiento de garantías adicionales

Ana Miranda Anguita

Contratada predoctoral FPU adscrita al área de Derecho Mercantil.

Universidad de Córdoba (España)

d52miana@uco.es | <https://orcid.org/0009-0006-9641-6175>

Enunciado

D. Federico, un joven empresario que recientemente ha contraído matrimonio en régimen de separación de bienes, ante la buena marcha de sus negocios, decide comprar un inmueble destinado a su vivienda habitual. En concreto, se trata de un chalé situado en el barrio El Brillante de Córdoba que, tras su adquisición, constituiría su domicilio familiar. Para financiar la adquisición, cuyo precio asciende a 400.000 euros, contrata un préstamo con garantía hipotecaria con la entidad bancaria Banco Credit Finance, SA en fecha de 4 de mayo de 2007.

Este contrato de préstamo, a los efectos que aquí interesan, tiene las siguientes características:

- a) La entidad bancaria entrega al propietario un importe equivalente a 320.000 euros.
- b) Se establece una carga hipotecaria sobre el inmueble objeto de adquisición, tasado en 420.000 euros, que garantiza el cumplimiento de la obligación de pago del prestatario.
- c) Se fija un tipo de interés variable con periodicidad trimestral, aplicando un diferencial de 0,70 sobre el euríbor a tres meses del segundo día hábil inmediato anterior de cada periodo publicado por el Banco de España, abarcando el primer periodo hasta 3 de julio de 2007 y sucesivamente con periodicidad trimestral.
- d) Se establece una duración del contrato de 10 años, es decir, se habrán de satisfacer 120 cuotas, hasta su finalización en abril de 2017.
- e) Se establece una cláusula de vencimiento anticipado en caso de incumplimiento.
- f) Se incluye una cláusula que fija el interés de demora en el pago en 10 %.
- g) Unas cláusulas con opción multidivisa, es decir, que ofrecen la posibilidad al prestatario de realizar los pagos de su préstamos mediante una moneda distinta al euro.

Nota: Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación con referencia PID2020-117872RB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España (IP: profesores Miranda Serrano y Pagador López).

La iniciativa de incluir en el contrato de préstamo hipotecario las estipulaciones multidivisas partió de D. Federico, que merced a las recomendaciones que al respecto le habían dado tanto un amigo dedicado al sector bancario como el agente inmobiliario que gestionó la compra del inmueble, se dirigió a la entidad financiera con el objetivo de suscribir esta modalidad de crédito. En este caso, D. Federico, asesorado por su gestor bancario, decidió acometer la operación en coronas islandesas. Esta es la razón por la que recibió 27.632.000 ISK (cuantía equivalente a 320.000 euros).

Además, el contrato incluía la siguiente cláusula de ampliación de garantía:

En caso de que, durante la vigencia del préstamo, la divisa acordada se aprecie más del 10 % con respecto al euro en el mercado europeo de divisas, tomando como referencia la cotización que rija en Financiera NovaBank, SA al día de hoy, el prestatario estará obligado a proporcionar garantías adicionales a favor de Financiera NovaBank, SA, ya sean de naturaleza real o personal, propias o de terceros. Estas garantías deberán ser suficientes según el criterio razonable de Financiera NovaBank, SA. Si, tras un periodo de 30 días naturales desde el requerimiento correspondiente realizado por Financiera NovaBank, SA, el prestamista no hubiese provisto las garantías solicitadas, se tomará este hecho como incumplimiento de contrato, con los efectos previstos en este contrato para tal eventualidad.

Como se infiere con relativa facilidad de la lectura de esta última estipulación, en ella se dispone que la consecuencia dimanante de la no aportación por D. Federico de garantías adicionales que, a juicio de un tercero con el que no existe relación contractual (la Financiera NovaBank, SA), puedan considerarse razonablemente suficientes, consiste en la producción del vencimiento anticipado del contrato.

La operación fue analizada, supervisada y aprobada por la entidad financiera, considerando los ingresos de D. Federico tanto pasados como previsibles en el futuro. Sin embargo, dada la irrupción de la crisis, la corona islandesa comenzó a depreciarse respecto del euro a una importante velocidad a los pocos meses de la formalización del contrato, lo que supuso un considerable aumento de la cuota prevista, que alcanzó un incremento del 45 % intertrimestral. Así pues, en enero de 2008, tras el oportuno requerimiento de la Financiera NovaBank, SA, y dentro del plazo previsto en el contrato, fueron aportadas como garantías adicionales los fondos de pensiones privados de los padres de D. Federico (valorados en 25.000 euros), así como un apartamento en El Puerto de Santa María (Cádiz), tasado en 120.000 euros y propiedad de los suegros de D. Federico.

Esta situación, unida al grave receso de la economía y a la disminución de los ingresos derivados de la actividad empresarial de D. Federico, hicieron imposible que pudiese acometer el pago de las cuotas en septiembre de 2015, tras haber destinado sus ahorros personales y familiares al pago del préstamo. Ante esta circunstancia, el Banco Credit Finance, SA procedió a comunicarle que el préstamo había vencido anticipadamente, y que se pro-

cedería a la ejecución de la garantía hipotecaria y de las garantías adicionales con vistas a satisfacer el importe pendiente de pago.

En una situación económica y familiar devastadora, D. Federico acudió a su abogado de confianza con el objetivo de no perder su vivienda familiar, pues todos los ingresos y ahorros, tanto personales como familiares, habían sido destinados al pago del inmueble. Además, tenía dos hijos menores de 7 y 3 años que, en caso de pérdida del inmueble, no tendrían dónde vivir. Tras el análisis del contrato y de las circunstancias en que fue celebrado, el abogado detectó inicialmente falta de transparencia de algunas cláusulas contractuales, dado el desconocimiento de D. Federico del riesgo que podía dimanar tanto de la opción multidivisa como de la cláusula de garantías adicionales, y todo ello en relación con la cláusula de vencimiento anticipado. Por ello, formuló a su cliente determinadas preguntas acerca de dichos extremos, con vistas a valorar la interposición de una demanda de nulidad por falta de transparencia formal y material, sin descartar al mismo tiempo la alegación de una posible abusividad de dichas cláusulas.

D. Federico le manifestó no haber recibido ningún tipo de información específica sobre estos extremos, sino únicamente que el préstamo hipotecario se desarrollaría en una divisa extranjera, siendo un producto muy ventajoso, ya que pagaría una cuota más baja que si la operación se desarrollaba en euros. Y, aunque le indicó que era conocedor de que las divisas fluctúan, también le hizo saber que en ningún caso conocía de qué forma podía incidir este hecho en su préstamo, más aún (añadió D. Federico) cuando su actividad empresarial se venía desarrollando íntegramente en euros, no teniendo experiencia alguna en divisas. De hecho, confesó que había sabido más acerca del funcionamiento de este producto por razón del amigo que se lo recomendó que por la información ofrecida por Banco Credit Finance, SA, y que optó por el mismo asesorado y supervisado por los profesionales de dicha entidad financiera, por razón de la confianza depositada en ella. Además, reconoció haber realizado cálculos trimestrales para ingresar una cantidad en la cuenta de la hipoteca, que inicialmente oscilaba entre 3.700 euros y 4.200 euros, pero que posteriormente había llegado incluso a los 7.000 euros.

En este escenario, la representación procesal de D. Federico interpuso, en fecha de 10 de septiembre de 2016, demanda de juicio ordinario contra la entidad bancaria Banco Credit Finance, SA. En dicha demanda se solicita que:

- a) Se declare la nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria en todo lo relativo a la opción multidivisa.
- b) Se declare que el efecto de la nulidad parcial conlleva la conversión del saldo vivo del préstamo hipotecario a euros, aplicando el interés variable referenciado al euríbor con un diferencial de 0,70, también de forma retrospectiva, es decir, incluyendo las cuotas abonadas por el prestatario en la operación hasta la fecha.
- c) Se condene a la entidad bancaria a realizar las operaciones contables necesarias para su efectivo cumplimiento y a soportar los gastos que puedan derivarse del mismo.

- d) Se declaren abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago, intereses moratorios y ampliación de garantías, por haber sido unilateralmente impuestas por la prestamista y, por ello, nulas y contractualmente no integrables, de acuerdo con el criterio jurisprudencial dominante en la resolución de casos de análoga naturaleza.
- e) Se imponga la condena en costas a la parte demandada.

Por su parte, la entidad demandada, Banco Credit Finance, SA, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora. Además, en el acto de juicio se incluyó una testifical de D. Regino, director de la sucursal en la que suscribió el contrato D. Federico. Del testimonio del director de la entidad y de las pruebas documentales aportadas, se desprendía que se había informado a D. Federico de las condiciones del contrato, aunque no se concretó de qué manera, ni en qué términos la fluctuación de las divisas podía afectar a su capital.

Cuestiones planteadas:

1. Siendo la actividad profesional de D. Federico la empresarial, ¿tendría la consideración de consumidor en el contrato de préstamo hipotecario que suscribe? Pronúnciese sobre la normativa aplicable a las principales cuestiones controvertidas.
2. ¿Superan las cláusulas multidivisa los controles de transparencia? ¿Y las relativas a la obligación de constitución de garantías adicionales y de vencimiento anticipado? ¿Qué consecuencias se derivarían para tales estipulaciones en caso de no superar dichos controles?
3. Si el préstamo se hubiera destinado parcial o totalmente a la actividad empresarial de D. Federico, ¿sería defendible la misma solución propuesta en la cuestión precedente?

Solución

1. Siendo la actividad profesional de D. Federico la empresarial, ¿tendría la consideración de consumidor en el contrato de préstamo hipotecario que suscribe? Pronúnciese sobre la normativa aplicable a las principales cuestiones controvertidas.

Para analizar si la actuación de D. Federico en el caso concreto se subsume o no en la noción jurídica de consumidor (es decir, si actúa o no en condición consumidora cuando celebra el contrato de préstamo hipotecario), es necesario acudir al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general

para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU)¹. En concreto, interesa especialmente el artículo 3, apartado 1, TRLGDCU, que dispone que se consideran consumidores o usuarios las «personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

Parece claro que D. Federico es una persona física cuya actividad profesional es la empresarial. Ahora bien, en el supuesto práctico que nos ocupa, su actuación en el tráfico económico-jurídico se realiza con un fin puramente personal, pues la totalidad del préstamo con garantía hipotecaria se destina a la adquisición de su vivienda habitual. Por tanto, cabe concluir que actúa en condición consumidora, pues (como disponía el artículo 1.3 de la ya derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios)² celebra el contrato sin la finalidad de integrar el bien adquirido (la cantidad económica recibida en concepto de préstamo) en un proceso de mercado de carácter comercial, industrial o profesional (Cámara Lapuente, 2011, pp. 102 y ss.; Miranda Serrano, 2006, pp. 179 y ss.). Y esta conclusión en modo alguno queda desmentida por el hecho de que D. Federico desarrolle habitualmente una actividad empresarial en el mercado, pues de lo contrario tendríamos que afirmar que los empresarios o profesionales no pueden actuar como consumidores, lo que resulta absolutamente improcedente. En rigor, por tanto, no debería afirmarse que un sujeto es *o no* consumidor, sino que *actúa o no* en condición consumidora a la hora de adquirir un bien o contratar un servicio en el mercado.

Dada la condición consumidora de D. Federico, y teniendo en cuenta que la técnica de contratación empleada por la entidad bancaria ha consistido en la utilización de condiciones generales y clausulados predispuestos (como es habitual en este sector y en otros muchos), la normativa aplicable al presente supuesto se centra en el TRLGDCU. En particular, son de gran relevancia:

- a) Su artículo 60, relativo a la información precontractual.
- b) Su artículo 80, que establece los requisitos de transparencia formal (o de inclusión o incorporación) que han de cumplir las cláusulas predispuestas.
- c) Su artículo 82, que define el concepto de cláusulas abusivas, en desarrollo y trasposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva 93/13/CEE)³.
- d) Su artículo 83, que establece la nulidad como sanción para las cláusulas abusivas al tiempo que concreta legislativamente el control de transparencia material,

¹ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007 (NormaCEF NFL010947).

² BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984 (NormaCEF NFL000978).

³ DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993 (NormaCEF NFL001855).

al disponer que «las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho» (aunque respecto de esto último habrá de tenerse en cuenta la fecha de celebración del contrato hipotecario sobre el que versa este supuesto práctico, pues la alusión expresa por el artículo 83 del TRLGDCU a las consecuencias de la falta de transparencia se incorporaron a nuestro derecho en 2019, como tendremos ocasión de apuntar más adelante con mayor detenimiento).

Además, habrá de tenerse en cuenta la jurisprudencia (especialmente la del Tribunal Supremo [TS] y Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE]). Y es que, como se sabe, a partir de la célebre Sentencia del Tribunal Supremo (STS) núm. 241/2013, se abrió una línea jurisprudencial muy importante a través de la cual fue perfilándose (no sin contradicciones) el que ha dado en llamarse control de transparencia material o control de transparencia cualificado, en contraposición al control de transparencia formal o control de inclusión o incorporación, según terminología más clásica. En particular, en lo que atañe a la jurisprudencia del TJUE, puede ser también de utilidad la Comunicación de la Comisión relativa a las directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores⁴, pues en ella se exponen las principales líneas interpretativas seguidas por el máximo órgano jurisdiccional de la Unión Europea en lo que respecta a la Directiva de cláusulas abusivas.

2. ¿Superan las cláusulas multidivisa los controles de transparencia? ¿Y las relativas a la obligación de constitución de garantías adicionales y de vencimiento anticipado? ¿Qué consecuencias se derivarían para tales estipulaciones en caso de no superar dichos controles?

2.1. Consideraciones preliminares sobre los controles de transparencia formal y material

Como se sabe, la noción jurídica de condiciones generales de la contratación hace referencia al conjunto de cláusulas contractuales redactadas previamente por una de las partes contratantes (el predisponente) e impuestas a la otra (el adherente), quien se limita a aceptarlas o rechazarlas. Además, se trata de estipulaciones elaboradas con la finalidad de aplicarse a una pluralidad de contratos. Atendiendo a esta definición y al artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC)⁵, las condiciones generales reúnen cuatro elementos: a) contractualidad, b) predisposición, c) imposición y d) generalidad. El último de ellos (la generalidad) es el que diferencia las

⁴ DOUE, C 323/4, de 27 de septiembre de 2019.

⁵ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998 (Norma CEF NFL002877).

condiciones generales de los clausulados predispuestos que, sin embargo, comparten el resto de los elementos mencionados (Pagador López, 2011, p. 1.399).

Actualmente, esta técnica de contratación se ha generalizado, especialmente en el sector financiero y bancario, respondiendo a necesidades de optimización y eficiencia de la actividad contractual. Ahora bien, pese a los muchos beneficios que aporta, también conlleva importantes riesgos que no deben obviarse. En concreto, implica *per se* una hipertrofia del principio de la autonomía de la voluntad para uno de los contratantes (el predisponente), mermando las libertades negociales del adherente, que solo tiene la libertad de contratar o no, pero que pierde la facultad de intervenir en la fijación del contenido negocial (Pagador López, 2011, pp. 1308-1309). Esto explica que haya surgido la necesidad de establecer ciertos controles de esta técnica de contratación con la finalidad de reestablecer el equilibrio contractual entre los contratantes. En el ámbito de la transparencia negocial, estos controles, de aplicación sucesiva, son: a) el de transparencia formal (o control de inclusión o de incorporación) y b) el de transparencia material (o control cualificado, como lo llama también nuestro Tribunal Supremo).

El primero de estos controles, esto es, el de transparencia formal, abarca las exigencias de forma que debe cumplir el predisponente para garantizar que sus cláusulas predispuestas se incluyan en el contrato. Precisamente por este motivo se le conoce también como control de inclusión o de incorporación. Al quedar circunscrito este control solo a elementos formales, parece claro que con él trata de garantizarse al adherente la mera posibilidad de conocimiento del clausulado negocial, sin implicar necesariamente una comprensión efectiva del mismo (Clavería Gosálbez, 2008, p. 36; Pertíñez Vilchez, 2011, p. 697; Miranda Serrano, 2018, p. 7). También la doctrina jurisprudencial comparte este criterio, como lo prueba, entre otras, la STS de 9 de marzo de 2021, que se refiere a él como un «control de cognoscibilidad», que requiere: a) «que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida», y b) «que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla». La no superación de las exigencias que conforman este control (a saber: la perceptibilidad, la comprensibilidad y la entrega –o carácter accesible– de las condiciones generales o clausulados predispuestos al adherente: al respecto, *vid.* un mayor desarrollo en Miranda Anguita, 2022, pp. 294-301) determina la no inclusión de las cláusulas en el contrato, lo que, en definitiva, se equipara a su nulidad de pleno derecho. Por consiguiente, en caso de incumplimiento de estas exigencias de forma, no es necesario analizar si las cláusulas afectadas cumplen o no el control de transparencia material⁶. En cambio, la superación del control de transparencia formal conduce a la activación del control de transparencia material.

⁶ Pese a ser esta la regla general, la jurisprudencia menor demuestra que no siempre actúa de ese modo, puesto que, en algún caso, pese a estimarse incumplidas las exigencias de la transparencia formal, se han pasado a analizar las cláusulas objeto de controversia desde las perspectivas de la transparencia material. En concreto, así lo hace la SAP de La Coruña (Sección 6.ª) de 23 de mayo de 2022.

Por su parte, el control de transparencia material ha sido resultado de la labor jurisprudencial y doctrinal a partir de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, que ha sido interpretado en el sentido de que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y prestación quedan fuera del control de contenido o abusividad (ya que los adherentes dirigen a ellas su atención cuando contratan: Alfaro Águila-Real, 2017, *passim*; Miranda Serrano, 2022, pp. 4 y ss.), razón por la cual es decisivo y fundamental que dichas estipulaciones superen el control de transparencia material. Y se considera que esta modalidad de control de transparencia ha sido superada cuando se puede constatar que en el momento de celebración del contrato el consumidor conoció y comprendió las cláusulas relativas a sus elementos esenciales (o, si se prefiere, al objeto principal y a la adecuación entre precio y prestación). Bien entendido que corresponde al empresario-predisponente (y no al consumidor-adherente) la prueba del cumplimiento de esta relevante circunstancia (Miranda Serrano, 2018, p. 29). En palabras de nuestro TS, el control de transparencia material «se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato» y tiene como finalidad que el adherente conozca

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 mismo⁷.

En parecidos términos, señala el Alto Tribunal en otro de sus muchos pronunciamientos judiciales sobre esta materia que

el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó⁸.

Añádase a lo anterior que las cláusulas no transparentes se conocen también como cláusulas sorprendentes o sorpresivas que son aquellas que, referidas a los elementos esenciales del contrato, pasan inadvertidas por el consumidor cuando emite su consentimiento, por lo que su inclusión en el contrato contradice de forma clara las expectativas legítimas y razonables que el adherente se había hecho a la hora de contratar (Miranda Serrano, 2017, pp. 1.151 y ss.; 2019, pp. 11 y ss.; y 2022, pp. 191 y ss.).

⁷ STS núm. 241/2013, de 9 de mayo (Norma CEF NCJ057740).

⁸ STS núm. 171/2017, de 9 de marzo.

Por consiguiente, a la vista de lo que se acaba de exponer, parece clara la diferencia entre los controles de transparencia formal y material. Mientras que el primero (formal) solo garantiza una posibilidad de conocimiento por el adherente (que puede ser consumidor o empresario) de las condiciones generales y los clausulados predispuestos, el segundo (material) garantiza un conocimiento y comprensión efectivos por el adherente (que solo puede ser consumidor) de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y prestación (Miranda Serrano, 2018, pp. 7 y ss.). Una vez realizada esta aclaración, hemos de responder a la cuestión que aquí abordamos, relativa a si superan o no los controles de transparencia las cláusulas controvertidas del contrato de préstamo hipotecario. En primer lugar, vamos a ocuparnos de la cláusula multidivisa. Seguidamente, lo haremos de las estipulaciones relativas a las garantías adicionales y el vencimiento anticipado.

2.2. Transparencia de las cláusulas multidivisa

En el caso que afrontamos, la defensa de la parte demandante sostiene de manera evidente que la entidad demandada, Banco Credit Finance, SA, no ha acreditado haber proporcionado la información precontractual necesaria al prestatario-consumidor para que este conociera adecuadamente la naturaleza y riesgos de la operación. En concreto, alega que la entidad bancaria no informó de manera suficiente al prestatario-consumidor (según lo previsto en el artículo 60.2 TRLGDCU) de lo siguiente:

- a) Acerca de que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera (corona islandesa) respecto al euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento podría llegar a ser tan significativo que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago.
- b) Ni del impacto de la fluctuación de la divisa en el capital pendiente de pago.
- c) Ni sobre la obligación de aportar nuevas garantías en caso de que la divisa se revalorizara frente al euro en más de un 10 %.

Al respecto, la entidad demandada aporta prueba documental que evidencia la entrega de las condiciones generales y clausulados predispuestos a D. Federico y con ello el cumplimiento del control de transparencia formal, por lo que la cuestión analizada parece circunscribirse a un problema de transparencia material, al no haberse garantizado al adherente-consumidor un conocimiento efectivo de los elementos esenciales del contrato. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que las cláusulas multidivisa controvertidas afectan directamente al precio del préstamo, que forma parte del objeto principal del negocio.

En un caso similar, el TJUE aclara cómo se han de concretar las obligaciones de información en el caso de los préstamos multidivisas⁹. Lo hace en los siguientes términos:

⁹ STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (caso Andriuc [NormaCEF NCJ062608]).

Las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos 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 domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero [...]. Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, 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 en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera.

Por su parte, la jurisprudencia de nuestro TS ha adoptado esta misma doctrina en varios de sus pronunciamientos¹⁰. En ellos explica por qué los riesgos asociados a los préstamos multidivisas superan los propios de los préstamos hipotecarios con interés variable suscritos en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades financieras que ofertan este producto. En concreto, en palabras del Alto Tribunal,

al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro [...]. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además [...], para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que, pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros, sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

También la doctrina se ha preocupado de poner de manifiesto los riesgos generados por las cláusulas multidivisa y los deberes de información que en relación con ellas han de cumplir las entidades financieras (entre otros, Agüero Ortiz, 2014, pp. 43 y ss.; Atienza López, 2017, pp. 155 y ss.; Goñi Rodríguez de Almeida, 2018, pp. 2.234 y ss.).

¹⁰ SSTS núm. 608/2017, de 15 de noviembre (NormaCEF NCJ062784); núm. 599/2018, de 31 de octubre (NormaCEF NCJ063813), y núm. 445/2023, de 10 de abril (NormaCEF NCJ066560).

Según indicamos más arriba al abordar el control de transparencia material, pesa sobre la entidad Banco Credit Finance, SA la carga de la prueba de haber brindado la información pertinente y exigible para garantizar al adherente-consumidor el conocimiento efectivo de los elementos esenciales del contrato. Bien entendido que «esta carga de la prueba no se levanta simplemente probando que se cumplieron los requisitos de inclusión o incorporación» (Alfaro Águila-Real, 2017). Es decir, no se puede entender que la carga de la prueba se limita a las obligaciones de información amparadas por el control de transparencia formal, sino que también se hace extensible al ámbito de la transparencia material. De modo que, pese a que por la documental obrante en autos, se considere probada la entrega de las condiciones generales y clausulados predispuestos a D. Federico, y aunque la testifical de D. Regino constate el haber ofrecido al adherente-consumidor una información general acerca de las condiciones del contrato, según se desprende de los hechos del caso, no hay constancia de que la entidad Banco Credit Finance, SA informase a D. Federico de forma previa sobre el hecho concreto de que la evolución de la equivalencia entre la corona islandesa y el euro podría ocasionar que el capital pendiente de amortización (calculado en euros) no disminuyera e incluso aumentara, aunque se realizara el pago regular de las cuotas del préstamo. Además, todo apunta a que tampoco se le informó de que la cuota de amortización del préstamo (también con su equivalencia en euros) podría fluctuar de manera drástica, generando un alto riesgo que podría suponer dificultades y comprometer gravemente la capacidad de pago del prestatario. Por último, no puede concluirse que se le informara de que dicha fluctuación podría determinar una situación de infragarantía, pese a la cláusula contractual de garantías adicionales, que comportaría el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, de no remediarla en el margen temporal previsto (tras el oportuno requerimiento del tercero: NovaBank, SA)¹¹.

No obstante, ha de tenerse también en cuenta que la entidad demandada podría escudarse en varios datos con vistas a tratar de demostrar el no incumplimiento por su parte de las exigencias de transparencia material:

- a) Por un lado, en el hecho de que D. Federico confesara haber sabido más acerca del funcionamiento del producto financiero en cuestión por razón del amigo que se lo recomendó que por la información proporcionada por la entidad bancaria, aunque no consta qué información concreta se le proporcionó por esa vía.

¹¹ En este sentido, afirma nuestro Alto Tribunal en STS núm. 829/2021, de 30 de noviembre:

Es esencial que el banco informe al cliente 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, o a la trascendencia que el incremento del capital pendiente de amortizar, computado en euros, le supondrá en caso de que pretenda cambiar desde la divisa al euro. También debe ser informado, en su caso, de que la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera otorga al banco la facultad de exigir nuevas garantías, así como de las consecuencias de no prestar esas garantías suplementarias.

- b) Por otro lado, en la circunstancia de que fuera D. Federico quien solicitara la contratación de este producto, con el objeto de obtener cuotas más favorables.

En relación con ambas cuestiones, cabe argumentar lo que sigue:

- a) En primer lugar, que la obligación de información pesa sobre la entidad prestamista, y que la información brindada ha de ser valorada desde la perspectiva de un «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso»¹², por lo que no podría constituir un medio de defensa válido la alegación de que D. Federico estaba informado por un tercero, ajeno a la relación contractual. Por el contrario, será la información ofrecida por el Banco Credit Finance, SA la que deberá ser analizada a la luz de la transparencia material, en los términos y condiciones ya expuestos.
- b) En segundo lugar, que la solicitud de D. Federico de contratar este tipo de producto financiero, que demuestra su interés e iniciativa contractual, «aunque constituye un elemento para ponderar la buena fe del predisponente [...], no permite presumir que no precisaba de esa información para comprender los riesgos que entrañaba»¹³. De modo que esta segunda alegación tampoco constituye un argumento de peso para evadir la responsabilidad de información (*rectius*, transparencia) de la entidad demandada.

A la vista de lo expuesto, podría concluirse que, al igual que en los asuntos resueltos por las SSTS núm. 439/2019, de 17 de julio, y núm. 445/2023, de 10 de abril, no ha existido la información precontractual necesaria para que el adherente pudiera conocer adecuadamente la naturaleza y los riesgos asociados a las cláusulas multidivisa, ya que no se le proporcionó una explicación concreta y adecuada en lo relativo al riesgo de la fluctuación de la divisa. Razón por la cual estaríamos ante un supuesto de falta de transparencia material¹⁴.

¹² STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (caso Kásler vs OTP Jelzálogbank ZRT) (NormaCEJ NCJ058437).

¹³ STS núm. 443/2020, de 20 de julio.

¹⁴ Al respecto, nuestro TS ha declarado reiteradamente, entre otras, en las SSTS núm. 608/2017, de 15 de noviembre (NormaCEJ NCJ062784); núm. 599/2018, de 31 de octubre (NormaCEJ NCJ063813); núm. 493/2020, de 28 de septiembre, y núms. 391/2021 y 392/2021, ambas de 8 de junio, que:

La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar no son inocuas para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros, y se compromete en un contrato de préstamo que puede tener para él consecuencias ruinosas. Esta falta de transparencia también agrava su situación jurídica, puesto que

2.3. Transparencia de las cláusulas de ampliación de garantías y de vencimiento anticipado del préstamo

Resuelta la cuestión de la transparencia en lo que respecta a las cláusulas multidivisa, es el momento de afrontar el análisis de las otras estipulaciones controvertidas, es decir, las relativas a la ampliación de garantías y el vencimiento anticipado del préstamo. Como decíamos *ut supra*, un consumidor medio, normalmente informando y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las cuotas periódicas de un préstamo denominado en divisas extranjeras (en nuestro caso, corona islandesa), pero con pagos efectivos en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Sin embargo, este consumidor no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada por parte de la prestamista, que la variación del importe sea tan considerable que ponga en grave riesgo su capacidad de afrontar el pago.

Lo anterior explica que las STJUE ya mencionadas (casos *Andriciuc* y *OTP Jelzálogbank*) hagan tanto hincapié en la exigencia de una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización del riesgo referido. Especialmente en los casos en que, como el que es aquí objeto de estudio, el adherente no perciba sus ingresos en la divisa. Entre estas consecuencias, como ya hemos adelantado, se encuentra la posible insuficiencia sobrevenida de la garantía constituida como consecuencia del incremento de la deuda (es decir, una situación de infragarantía sobrevenida), y que, además, esta insuficiencia pueda suponer el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario en la eventual circunstancia de no poder ampliar dicha garantía.

Además, resulta de gran relevancia tener en cuenta que las cláusulas de ampliación de garantías y de vencimiento anticipado del préstamo son estipulaciones subordinadas funcionalmente y de forma inescindible a las cláusulas multidivisa. Por tanto, tendrían la consideración de cláusulas accesorias, siéndoles aplicable el principio general *accessorium sequitur principale*. De modo que si las cláusulas multidivisa se reputan válida y eficaces, habrá de enjuiciarse la transparencia de tales cláusulas accesorias, ya que una eventual invalidez (*rectius*, nulidad) de las mismas ni trasciende ni se propaga a la de cláusula multidivisa. Por contra, cuando las cláusulas multidivisa incurren en falta de transparencia, sus efectos alcanzan a las cláusulas de ampliación de garantías y de vencimiento anticipado, puesto que la subordinación de estas últimas a las cláusulas multidivisa hace que pierdan su propia autonomía. Salvando las lógicas distancias, ocurre aquí algo similar a lo que acontece con la cláusula penal, cuyo carácter accesorio respecto de la obligación principal es reconocido por toda la doctrina privatista, de modo que la invalidez de la obligación principal afecta de lleno a la cláusula penal, mientras que la invalidez de la cláusula penal carece de consecuencia alguna sobre la obligación principal (Rodríguez Tapia, 1993, pp. 525 y ss.).

ignora el riesgo de infragarantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

Las cláusulas que ahora nos ocupan, accesorias (como acabamos de indicar) respecto de las estipulaciones multidivisa, se activan cuando se produce la devaluación del euro respecto de la divisa en que está denominado el préstamo por encima del porcentaje estipulado; en nuestro caso, un 10 %. Como es natural, pronunciarnos acerca de si dichas cláusulas son o no transparentes –que es la cuestión que aquí abordamos– es un asunto innecesario. Al tratarse de estipulaciones accesorias de las cláusulas multidivisa y al haberse concluido que estas últimas no superan el control de transparencia, se habrá de afirmar que dichas estipulaciones accesorias tampoco lo superan y, por tanto, que no merecen la consideración de transparentes (así, entre otras, STS núm. 445/2023, de 10 de abril)¹⁵.

En suma, sobre la base de las consideraciones precedentes, se ha de concluir que son ilícitas las cláusulas de ampliación de garantías y de vencimiento anticipado. Pero no como consecuencia de serles aplicado el control de transparencia material, sino por su subordinación (o accesoriedad) a las estipulaciones multidivisa incluidas en el contrato. En este sentido, no sería erróneo afirmar que la intransparencia de lo principal comporta también, inevitablemente, la intransparencia de lo accesorio, lo que constituye una plasmación más del principio *accessorium sequitur principale* aceptado desde el derecho romano como un principio general del derecho dotado de una considerable aplicación práctica.

2.4. Consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las exigencias de transparencia

Las consecuencias de los defectos de transparencia de las cláusulas multidivisa consisten en la nulidad de estas estipulaciones, lo cual se traduce en una nulidad parcial del contrato de préstamo que, al ser privado de estas cláusulas, queda como un préstamo concedido y amortizado en euros. Esta es la solución que viene defendiendo el TS para casos similares a este (entre otras, SSTS, Sala 1.ª, núm. 608/2017, de 15 de noviembre; núm. 776/2021, de 10 de noviembre, y núm. 445/2023, de 10 de abril). A su juicio, se trata de la solución más adecuada, porque optar por la nulidad total del préstamo conllevaría un relevante perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capi-

¹⁵ En concreto, según señala el TS en esta sentencia (NormaCEF NCJ066560),

cuando las cláusulas multidivisa del préstamo (relativas a la entrega del capital, a su reembolso y al pago de intereses) son válidas y eficaces, el enjuiciamiento sobre la transparencia y abusividad de las cláusulas que otorgan al banco predisponente la facultad de exigir una ampliación de la garantía y, en caso de que el consumidor no la amplíe, dar por vencido anticipadamente el préstamo y exigir la devolución total del capital pendiente de amortizar y los intereses devengados, debe realizarse de forma autónoma, pues la eventual nulidad de estas cláusulas no trasciende ni se propaga a aquellas. Sin embargo, inversamente, cuando las cláusulas multidivisa incurrn en causa de nulidad, los efectos de esta nulidad se propagan a la cláusula de ampliación de garantías prevista para el caso de la devaluación del euro, pues esta es una cláusula subordinada funcionalmente y de forma inescindible a aquella, sin la cual pierde su propia finalidad y pasa a ser inoperante.

tal pendiente de amortizar, lo cual, además, conculcaría la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas, en la dirección que apunta la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13, *Káster vs OTP Jelzálogbank ZRT*). También la doctrina se ha manifestado en esta misma dirección, refrendando la solución ofrecida por el Alto Tribunal (entre otros, Miranda Serrano, 2018, pp. 23 y ss.; Mato Pacín, 2019, pp. 212 y ss.; Ayo Jiménez, 2021, *passim*).

Poco hemos de añadir sobre las consecuencias que se producen en las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de las garantías adicionales fijadas en el contrato. Como señalamos más arriba al abordar este tipo de estipulaciones, su carácter subordinado y accesorio respecto de las cláusulas multidivisa hace que la falta de transparencia y subsiguiente nulidad de estas últimas alcance también a ellas, que por esta razón merecen considerarse igualmente nulas de pleno derecho¹⁶. En consecuencia, procede aceptar en esta materia las peticiones contenidas en la demanda interpuesta por D. Federico que, como se expuso en su momento, solicitaba la declaración de la nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria en todo lo relativo a la opción multidivisa y la conversión a euros del saldo vivo del préstamo hipotecario, así como la consideración de nulas (por abusivas) de las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago, intereses moratorios y ampliación de garantías.

Por último, interesa tener en cuenta que el contrato celebrado por D. Federico tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigor de Ley de 15 de marzo de 2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LRCCI)¹⁷. Este dato tiene interés por varios motivos:

- a) Por un lado, porque si el préstamo hipotecario se hubiera celebrado estando vigente la LRCCI, el predisponente resultaría obligado a cumplir los deberes que esta ley impuso a las entidades financieras en lo que a los préstamos multidivisa (o en moneda extranjera) se refiere (al respecto, entre otros, Rueda Tortuero, 2019, pp. 5 y ss.).

¹⁶ En este sentido, la STS núm. 445/2023, de 10 de abril (NormaCEF NCJ066560), es muy clara al poner de manifiesto lo siguiente:

El supuesto de hecho a que se refiere la cláusula de ampliación de garantía (devaluación del euro –moneda de pago– respecto de la divisa en que está denominado el préstamo –moneda de cuenta– por encima de determinado porcentaje) pierde su razón de ser cuando tal previsión deja de ser viable por nulidad de las cláusulas multidivisa, pues una de las consecuencias de la nulidad parcial del contrato en relación con dichas cláusulas es que el préstamo debe operar como si hubiese sido concedido en euros y debe ser amortizado en euros. Por tanto, resulta ahora innecesario entrar a examinar la transparencia y abusividad de dicha cláusula de ampliación de garantías en los términos previstos por la jurisprudencia (sentencia de esta Sala Primera n.º 418/2023, de 28 de marzo, y del TJUE de 7 de noviembre de 2019, C-419/18 y C-483/18, *Profi Credit Polska*, apartado 57; de 10 de junio de 2021, C-609/19 [NormaCEF NCJ065626], *BNP Paribas*, apartado 62; y de 13 de octubre de 2022, C-405/21, *Nova Kreditna BankaMaribor*, apartado 28, y 12 de enero de 2023, C-395/21, apartado 47 [NormaCEF NCJ066436]).

¹⁷ BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019 (NormaCEF NCL012329).

b) Por otro lado, porque en tal caso sería de aplicación al préstamo hipotecario el artículo 83 del TRLGDCU en la nueva redacción que la LRCCI le confirió, según la cual «las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». De modo que la nulidad de las cláusulas multidivisas no superadoras de la transparencia material no solo tendrían una base judicial sino también legal (el artículo 83 TRLGDCU). Ahora bien, como el contrato se concluyó con anterioridad a la vigencia de la LRCCI, no cabe invocar esta norma con la finalidad de fundamentar la solución a las cuestiones que el caso plantea.

3. Si el préstamo se hubiera destinado parcial o totalmente a la actividad empresarial de D. Federico, ¿sería defendible la misma solución propuesta en la cuestión precedente?

La noción legal de consumidor, contenida en el artículo 3 del TRLGDCU (y analizada *supra*, en el epígrafe 2.1), resulta problemática cuando los bienes o servicios contratados se destinan a fines mixtos, es decir, por un lado, a satisfacer necesidades personales y, por otro lado, a fines empresariales o profesionales. Sin embargo, pese a que esta situación es muy común (especialmente en el ámbito de los empresarios individuales), el artículo 3 del TRLGDCU no se refiere a ella. Así, para dar respuesta a estos casos cabría barajar varias soluciones:

- a) Que el contratante siempre sea considerado consumidor, ya que, en parte, utiliza el bien o servicio para fines personales.
- b) Que el contratante nunca sea considerado consumidor, por integrar parte del bien o servicio en su actividad empresarial.
- c) Que el contratante sea considerado consumidor o no en atención al uso preponderante o principal que dé al bien adquirido o al servicio contratado.

La Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores¹⁸ tampoco aborda expresamente este problema. Sin embargo, en su considerando 17 aclara que, ante contratos con doble finalidad, si el objeto con finalidad empresarial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, el contratante deberá reputarse consumidor. Por consiguiente, parece claro que esta directiva se decanta por el tercer criterio interpretativo antes referido, según el cual se ha de atender al fin preponderante del contrato controvertido. Además, este criterio es el aceptado por la jurisprudencia tanto comunitaria como nacional¹⁹.

¹⁸ DOUE, L 304/64, de 22 de noviembre de 2011 (NormaCEF NCL010584).

¹⁹ SSTS núm. 224/2017, de 5 de abril (NormaCEF NCJ062402); núm. 26/2022, de 18 de enero; núm. 479/2022, de 14 de junio; núm. 873/2022, de 9 de diciembre (NormaCEF NCJ066408), entre otras.

Incluso con anterioridad de la adopción de la Directiva 2011/83/UE, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) sostuvo que, ante contratos con doble finalidad, un contratante actúa en condición consumidora cuando el destino empresarial es marginal en comparación con el destino privado. Es decir, no resulta suficiente con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que también es necesario que el uso o destino profesional sea «insignificante en el contexto global de la operación de que se trate»²⁰. Más recientemente, existen pronunciamientos similares del TJUE favorables a declarar que los adherentes tan solo podrían verse amparados por las disposiciones de consumo cuando el vínculo del contrato celebrado con la actividad profesional del interesado «fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal»²¹.

En consecuencia, a los efectos de considerar la aplicabilidad de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGDCU, en aquellas circunstancias en que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte evidente que se ha celebrado exclusivamente con un propósito único, bien personal, bien profesional, el criterio del objeto empresarial mínimo o insignificante proporciona una herramienta razonable para determinar si el adherente ha intervenido en condición consumidora o como empresario o profesional. Sin embargo, pese a venir considerándose este criterio como el más adecuado para resolver las controversias que surgen en torno a la figura del consumidor mixto, no carece de algunas debilidades. En concreto, puede imputársele una cierta inseguridad jurídica por dos motivos:

- a) De un lado, por romper con la idea legitimadora de la protección especial del consumidor como la supuesta parte débil de la relación jurídica.
- b) De otro lado, por ser, en ocasiones, el destino predominante un criterio de difícil concreción (Cámara Lapuente, 2010, pp. 111 y ss.; Marín López, 2017, p. 197 y ss.; Ruiz Muñoz, 2017, *passim*; Diéguez Aguilera, 2022, pp. 7 y ss.; López Jiménez, 2023, pp. 6 y ss.).

Descendiendo al caso concreto que nos interesa, es necesario resaltar que la solución definitiva de esta cuestión requeriría de una información más detallada. En cualquier caso, se podrían distinguir dos escenarios:

- a) Que una parte del préstamo se destine a actividades personales y la otra a actividades comerciales (p. ej. una parte se ha dirigido a cancelar unas cuentas de crédito abiertas para sufragar una actividad empresarial y otra parte a la adquisición de una vivienda).

²⁰ STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C-464/01, Gruber, EU:C:2005:32, apartado 39 (NormaCEF NCJ040615).

²¹ STJUE de 5 de enero de 2018, asunto C-498/16, *Schrems* (NormaCEF NCJ062944).

- b) Que la cuantía total del préstamo se destine a la adquisición de un bien que va a ser empleado tanto para fines personales como para fines comerciales (p. ej. adquisición de un vehículo familiar y de empresa, o de un inmueble que haga las veces de vivienda o de despacho profesional, o que tenga varias plantas, una destinada a local comercial y otra a vivienda, etc.). Esta última situación es la que presentaría una mayor complejidad jurídica y dificultad probatoria.

En caso de estar ante el escenario a) bastaría con conocer el detalle de las cantidades destinadas por D. Federico a fines personales y a fines empresariales, de forma separada. En relación con el escenario b) cabe resaltar la complejidad de individualizar las finalidades (personales y empresariales) de un bien, especialmente cuando la naturaleza de las necesidades a las que da respuesta es compleja. Un ejemplo quizá pueda brindarnos una explicación más clara y comprensible de lo que decimos. Imaginemos que D. Federico ha destinado los fondos obtenidos en virtud del contrato de préstamo a adquirir un inmueble, cuyo bajo destina como local comercial a su negocio, mientras que las plantas superiores son usadas como vivienda familiar. Además, adquiere un vehículo (transporte) y un garaje anexo (estacionamiento seguro). Respecto del inmueble, *a priori*, podría parecer sencillo individualizar las finalidades, pues bastaría con realizar una sencilla cuenta aritmética para imputar al fin empresarial la cantidad que se ha pagado por los m² del local comercial y al fin personal la cantidad destinada a los m² que conforman la vivienda. Aunque nada impide que surjan algunas complejidades al tratar de desligar completamente ambas finalidades, ya que el local comercial también podría tener ciertos usos personales, como ser utilizado ocasionalmente para reuniones familiares o actividades no relacionadas con la actividad empresarial. Sin embargo, respecto del vehículo y garaje anexo, resultaría *ab initio* bastante más difícil individualizar las finalidades personal y empresarial, al compartir en esencia la misma naturaleza. La finalidad del vehículo es el transporte, y ello se puede hacer con fines personales o con fines empresariales. Por su parte, la finalidad del garaje es el estacionamiento seguro del vehículo y su finalidad (personal, empresarial o mixta) vendría determinada por el uso que se dé al vehículo estacionado.

En cualquiera de los dos escenarios, sería defendible la condición de consumidor si los fondos destinados a fines personales sobrepasan el umbral del 50 % de la cuantía total de la operación, puesto que se podría argumentar tanto la preponderancia del fin personal como la marginalidad del fin empresarial. En tal caso, se resolvería la controversia con la normativa y fundamentaciones desarrolladas más arriba en las cuestiones 2.1 y 2.2. Sin embargo, ante la imposibilidad de acreditar esta circunstancia, se consideraría que existe un destino empresarial preponderante, actuando D. Federico en condición de adherente-empresario, lo cual implicará la imposibilidad de someterse a la normativa de consumo. Y ello lo colocaría en una situación jurídica bastante menos favorable, ya que en nuestro ordenamiento los controles de transparencia material y de contenido o abusividad solo se aplican a los sujetos que actúan en condición consumidora, como viene sosteniendo nuestro TS sobre la base de la opción de política legislativa seguida por la LCGC, que se decantó por privar de control de contenido o abusividad a los contratos B2B, y de la conexión que

efectúa entre el control de transparencia material y el control de contenido o abusividad (por todas, STS núm. 414/2018, de 3 de julio). En el plano valorativo, esta solución no nos parece razonable. Creemos que existen razones de peso favorables a extender los referidos controles de transparencia material y contenido o abusividad a los contratos entre empresarios o profesionales. De hecho, aunque como acabamos de indicar, nuestro TS niega esta extensión, lo cierto es que dicha negativa se puede calificar de «farisaica» o «cosmética» (Serrano Cañas, 2023, p. 3), dado que en algunas de sus resoluciones el Alto Tribunal sí es proclive a examinar la posible nulidad de las cláusulas impuestas en estos contratos por haber sido incorporadas de forma abusiva, prevaleciéndose de lo que ha dado en llamar «situación de dominio contractual» (en este sentido, entre otras, SSTS 57/2017, de 30 de enero; 436/2023, de 29 de marzo, y 576/2023, de 20 de abril de 2023).

Conclusiones

La exposición hasta aquí realizada en relación con las distintas cuestiones planteadas nos permite efectuar algunas conclusiones de interés:

- 1.º Los elementos esenciales (precio y prestación) de los contratos de consumo están sometidos al control de transparencia material. Como hemos comprobado en las páginas precedentes, ello es predicable de las cláusulas multidivisa, en la medida en que afectan directamente al precio que ha de abonar el prestatario. Por tanto, el prestamista ha de estar en condiciones de probar que cuando la contraparte emitió su consentimiento tenía conocimiento de que el riesgo de fluctuación de la moneda elegida incide en la determinación del importe, tanto de la cuota de amortización periódica como del capital pendiente de amortización. De no ser así, es decir, de no poder probarse dicha circunstancia, las estipulaciones multidivisa habrán de considerarse nulas por no superar las exigencias derivadas de la transparencia material, lo que se traduce en una nulidad parcial del contrato de préstamo que permanece como un préstamo concedido y amortizado en euros.
- 2.º Idéntica sanción (nulidad de pleno derecho) habrá de predicarse de las cláusulas que fijan el vencimiento anticipado del préstamo por el incumplimiento de garantías adicionales estipuladas para casos de devaluación del euro respecto de la divisa elegida. Al ser estas últimas estipulaciones accesorias de las cláusulas multidivisa les alcanzarán las mismas consecuencias, de conformidad con el principio *accessorium sequitur principale*. Es decir, si la cláusula principal (multidivisa) es nula de pleno derecho, igualmente serán nulas las cláusulas accesorias que obligan al prestatario a prestar determinadas garantías en caso de que la divisa elegida se aprecie por encima de un determinado porcentaje, fijándose convencionalmente el vencimiento anticipado del contrato en caso de que no se presten dichas garantías adicionales o no sean suficientes las prestadas.

- 3.º Ahora bien, lo expuesto en las conclusiones precedentes es predicable de los préstamos hipotecarios en los que el prestamista actúa en condición consumidora (contratos B2C), por destinar el importe total o preponderante del préstamo a fines personales o domésticos (es decir, no industriales, comerciales o profesionales). Si su actuación se llevase a cabo en condición empresarial o profesional (contratos B2B), la solución sería bien distinta, pues no sería aplicable al contrato el control de transparencia material en los términos vistos, ya que nuestro TS viene conectando este control de transparencia con el control de contenido o abusividad y, como se sabe, la LCGC optó por privar de este último control a los contratos celebrados entre empresarios o profesionales (contratos B2B).

Referencias bibliográficas

- Agüero Ortiz, A. (2014). Las hipotecas multidivisa a examen. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 10, 43 y ss.
- Alfaro Águila-Real, J. (2017). Cláusulas pre-dispuestas que describen el objeto principal del contrato. *Almacén del Derecho*. <https://almacendederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato>
- Atienza López, J. I. (2017). Protección al prestatario en la hipoteca multidivisa. *CEFLegal: Revista Práctica de Derecho*, 201, 155 y ss.
- Ayo Jiménez, G. (2021). Criterios definitivos sobre la falta de transparencia en las hipotecas multidivisa y sus consecuencias. *El Derecho.com*. <https://elderecho.com/criterios-definitivos-sobre-la-falta-de-transparencia-en-las-hipotecas-multidivisa-y-sus-consecuencias>
- Cámara Lapuente, S. (2010). El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1, 2011, 84 y ss.
- Cámara Lapuente, S. (2011). Comentario al artículo 3 TRLGDCU. En S. Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (pp. 102 y ss.). Colex.
- Clavería Gosálbez, L. H. (2008). *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Bosch.
- Diéguez Aguilera, L. (2022). Sobre la condición de consumidor mixto y su prueba: a propósito de la STS 43/2022 y otras resoluciones judiciales. *Diario La Ley*, 10.116.
- Goñi Rodríguez de Almeida, M. (2018). La hipoteca multidivisa y el deber de información. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 768, 2.234 y ss.
- López Jiménez, J. M. 2023. Los contratos mixtos o con doble finalidad y la protección del consumidor. *Boletín de Derecho Privado*, 2, 3 y ss.
- Marín López, M. J. (2017). La condición del consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 22, 197 y ss.

- Mato Pacín, N. (2019). Deber de transparencia material en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores en el ordenamiento jurídico español. *Revista Boliviana de Derecho*, 27, 188 y ss.
- Miranda Anguita, A. (2022). Remedios del regulador frente a la ilegibilidad de las cláusulas predispuestas en los contratos bancarios y financieros. *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, 3, 281 y ss.
- Miranda Serrano, L. M. (2006). La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales. En Miranda, Vela y Pries, *La contratación mercantil, disposiciones generales, protección de los consumidores*, tomo XXX del *Tratado de Derecho Mercantil* (pp. 179 y ss.), Marcial Pons.
- Miranda Serrano, L. M. (2017). Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 761, 1.151 y ss.
- Miranda Serrano, L. M. (2018). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria. *InDret*, 2, 1 y ss.
- Miranda Serrano, L. M. (2022). ¿Hacia un [errático] control de abusividad de las cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales de los contratos de consumo? *La Ley Mercantil*, 87, 1 y ss.
- Miranda Serrano, L. M. (2022). La necesaria distinción entre los controles de transparencia formal y material de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. *Revista Española de Seguros*, 189-190, 191 y ss.
- Pagador López, J. (2011). Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas. En Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco (Dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRLGDCU* (pp. 1.308-1.309). Iustel.
- Pertíñez Vilchez, F. (2011). Comentario al artículo 80 TRLGDCU. En Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Colex.
- Rodríguez Tapia, J. M. (1993). Sobre la cláusula penal en el Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*, 46(2).
- Rueda Tortuero, A. (2019). Transparencia y consumidores en las hipotecas multidivisa. Especial referencia a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *CEFLegal: Revista práctica de Derecho*, 220.
- Ruiz Muñoz, M. (2017). Consumidor y relaciones de consumo. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/consumidor-relaciones-consumo>
- Serrano Cañas, J. M. (2023). Sobre la controvertida extensión de los controles de abusividad y transparencia material a los contratos entre empresarios y/o profesionales. https://www.dr-a.es/documentos/11052023-analisis_asunto_ssts-436-2023.pdf