

The background features a light gray field with diagonal lines sloping from the top-left to the bottom-right. On the right side, there is a grid of dots that forms a perspective effect, appearing to recede into the distance.

Crónica de Jurisprudencia del Tribunal Supremo



MERCADOS DE SEGUROS, DE CRÉDITO Y DE VALORES

NURIA LATORRE CHINER Y JAVIER VERCHER MOLL

Mercado de seguros

RAFAEL MARIMÓN DURÁ

Mercado de crédito y Mercado de valores

Revista de Derecho del Sistema Financiero 0

Septiembre 2020

Págs. 405–500

SUMARIO: I. MERCADO DE SEGUROS. 1. *Cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de los derechos del asegurado*. 2. *Deberes del tomador*. 3. *Recargo de intereses (20 LCS)*. 3.1. SON CAUSAS JUSTIFICADAS O DUDAS RAZONABLES QUE EXCLUYEN LA APLICACIÓN DEL ART. 20 LCS. 3.2. NO SON DUDAS RAZONABLES, POR LO QUE PROCEDE EL RECARGO DE INTERESES. 4. *Seguros de crédito y caución*. 5. *Seguros de Responsabilidad Civil*. 5.1. SEGUROS DE RRC. 5.2. RC DERIVADA DE LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR. 6. *Seguros de vida vinculados a amortización de préstamos*. II. MERCADO DE CRÉDITO Y MERCADO DE VALORES. 1. *Comercialización de productos financieros complejos*. 1.1. SWAPS SOBRE TIPOS DE INTERÉS O SOBRE INFLACIÓN. 1.2. PARTICIPACIONES PREFERENTES, OBLIGACIONES SUBORDINADAS Y PRODUCTOS ESTRUCTURADOS. 1.3. ACCIONES (CASO BANKIA). 2. *Control de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. 2.1. ASPECTOS GENERALES. 2.2. CLÁUSULAS DE IMPUTACIÓN DE GASTOS. 2.3. CLÁUSULAS SOBRE COMISIONES BANCARIAS. 2.4. CLÁUSULAS SUELO. 2.5. CLÁUSULAS DE CONVERSIÓN EN PRÉSTAMOS MULTIDIVISA. 2.6. CLÁUSULA DE FIANZA SOLIDARIA. 2.7. CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO. 2.8. CLÁUSULA DE INTERÉS DE DEMORA. 3. *Operaciones bancarias*. 3.1. CUENTA CORRIENTE. 3.2. OPERACIONES BANCARIAS ACTIVAS O DE FINANCIACIÓN. A. PRÉSTAMO Y APERTURA DE CRÉDITO. B. DESCUENTO. C. LEASING. D. CRÉDITO «REVOLVING» MEDIANTE TARJETA. 3.3. GARANTÍAS. A. GARANTÍAS EN LAS OPERACIONES BANCARIAS. B. GARANTÍAS BANCARIAS. 3.4. CESIONES DE CRÉDITOS. 4. *Otras cuestiones*. 4.1. RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN RELACIÓN CON LA LEY 57/1968. 4.2. INSCRIPCIÓN EN REGISTROS DE IMPAGADOS. 4.3. REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA PARA PERSONAS EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL. 4.4. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

I. MERCADO DE SEGUROS

1. CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO Y LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO

Son cláusulas limitativas:

La cláusula que exonera a la aseguradora de la **responsabilidad derivada del impago de impuestos** por el asegurado. Al tratarse de una responsabilidad relativamente común, según el TS, es lógico que se encuentre en la previsión de quien concierne el seguro. Su exclusión, sin una aceptación expresa, debe considerarse sorpresiva y limitativa de los derechos del asegurado [STS de 29 de enero de 2019 (Civil) (RJ 2019, 226)].

La cláusula que excluye los **accidentes producidos en situación de embriaguez** [STS de 15 de julio de 2019 (Civil) (RJ 2019, 2816)].

Cuando las condiciones particulares establecen una **suma única por invalidez permanente total**, las **cláusulas que restringen dicha suma**—distinguendo o excluyendo supuestos según la gravedad de las lesiones sufridas—son cláusulas limitativas de derechos [STS de 4 de noviembre de 2019 (Civil) (RJ 2019, 4341)].

Cláusula que fija un régimen de compensación entre distintas pólizas. La cláusula debatida establecía que, «si el piloto asegurado hubiera contratado otra póliza de pérdida de licencia y estuviera en vigor cuando el siniestro ocurriese, dicha póliza se considerará como un contrato primario de seguros», y que la póliza discutida «solamente pagará el exceso de las garantías pagaderas bajo la póliza primaria». La cláusula sería delimitadora del riesgo si se tratara de un seguro de daños, porque estaría previendo una situación de concurrencia de seguros similar a la que regula el art. 32 LCS. En el caso de autos, se trata de un seguro de personas. No opera el principio de la indemnización efectiva y las prestaciones aseguradas son acumulables. En dicho contexto, la cláusula «claramente, limita los derechos del asegurado» [STS de 14 de noviembre de 2019 (Civil) (RJ 2019, 4641)].

Aceptación por las partes en los seguros colectivos. Es el tomador quien debe aceptar especialmente las cláusulas limitativas. Respecto del asegurado, basta con que tales cláusulas se pongan en su conocimiento, entendiéndose que su adhesión al seguro vale como aceptación especial [STS de 22 de octubre de 2019 (Civil) (RJ 2019, 4225)].

Seguro colectivo concertado por una entidad financiera, como servicio incorporado a la contratación de una tarjeta de crédito. La perfección del contrato no está subordinada a un acto de voluntad del asegurado, que requiera su adhesión al seguro. Es innecesario que firme las cláusulas limitativas de sus derechos [STS de 4 de noviembre de 2019 (Civil) (RJ 2019, 4341)].

Según la STS de 2 de marzo de 2020 (Civil) (RJ 2020, 862), es cláusula limitativa la que excluye los **accidentes debidos a conducta delictiva**,

imprudencia manifiestamente temeraria o culpa grave del asegurado. Cuando la cláusula se incluye en las condiciones generales, y a éstas se remiten las condiciones particulares, no es suficiente con que la cláusula esté debidamente resaltada. La «aceptación especial por escrito» exige que el tomador firme también las condiciones generales.

Son cláusulas delimitadoras del riesgo:

La cláusula que supedita la RC de los subcontratistas del asegurado al cumplimiento de determinados requisitos: que los subcontratistas sean declarados responsables de los daños en sentencia firme, que quede acreditada su insolvencia, atribuyéndole al asegurado la obligación subsidiaria de indemnizar, y que las subcontratistas no tengan ninguna póliza que ampare su RC. La cláusula no se aparta del contenido natural o usual de un seguro de esta clase [STS de 12 de diciembre de 2019 (Civil) (RJ 2019, 5196)].

Las SSTS de 20 y de 26 de marzo de 2019 (Civil), (RJ 2019, 1152) y (RJ 2019, 1224) confirman la doctrina judicial fijada por la STS de 26 de abril de 2018, sobre las cláusulas de delimitación temporal de pasado y de futuro (*claim made* del art. 73 LCS). Se estiman válidas las cláusulas de pasado, en virtud de las cuales la aseguradora no está obligada a atender las reclamaciones de terceros que se formulan tras la vigencia del seguro. Las cláusulas cumplen con los requisitos normativos, porque la limitación temporal que consiste en que la reclamación se formule «durante la vigencia de la póliza» se compensa con la falta de límite temporal respecto del hecho que origina la reclamación.

2. DEBERES DEL TOMADOR

-Pago de la prima. **Suspensión de cobertura en los seguros de vida.** En el seguro de vida procede aplicar el art. 95 LCS, si se dan los requisitos normativos, y no el art. 15.2 LCS: el impago de la prima es posterior a la segunda anualidad, por lo que da lugar no a la suspensión de la cobertura sino a la reducción automática de la suma asegurada conforme a la tabla de valores inserta en la póliza [STS de 19 de septiembre de 2019 (Civil) (RJ 2019, 3621)].

La STS de 2 de marzo de 2020 (Civil) (RJ 2020, 901) establece que el mes de gracia previsto en el art. 15.2 de la LCS para los casos de impago de la prima no se aplica cuando la cobertura pactada finaliza por oposición de la aseguradora a la prórroga del contrato (art. 22.2 de la LCS). Los supuestos normativos son distintos porque «el impago de una de las primas siguientes, lógicamente, presupone que el contrato, que ya había comenzado a desplegar todos sus efectos con anterioridad, se ha prorrogado automáticamente y ninguna de las partes lo ha denunciado en los términos del art. 22 LCS» (cit. STS 357/2015, de 30 de junio (RJ 2015, 2555)).

En aplicación del art. 15 LCS por impago de la prima y la cobertura del mes siguiente, la STS de 2 de marzo de 2020 (Civil) (JUR 2020, 85244) destaca que queda acreditado que el recibo fue cargado en cuenta domiciliada del asegurado y **devuelto por falta de fondos** en dos ocasiones, estando la cobertura

suspendida cuando se produjo el óbito. Además, los beneficiarios del seguro no acreditan una causa de entidad bastante para justificar dicho impago.

-Deber de declaración precontractual del riesgo. En las SSTs de 7 y de 19 de febrero (Civil), (RJ 2019, 320) y (RJ 2019, 818) el TS casa las SSAP por haber aplicado la **reducción de la indemnización prevista en el art. 10 LCS**-la prima fijada en el contrato resulta inferior a la que se hubiera establecido de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo-. En ambos casos, las Audiencias habían sentenciado a favor de la reducción sin que se hubiera acreditado el dolo o culpa grave del asegurado y sin que el asegurador lo hubiera solicitado. El TS estima que hay incongruencia, porque la reducción del art. 10 LCS solo puede aplicarse si el asegurador lo solicita expresamente en el momento oportuno, en virtud del principio de rogación procesal.

Se estima ocultación dolosa del riesgo en la STS de 8 de enero de 2020 (Civil) (RJ 2020, 5383). Al asegurado se le preguntó específicamente si padecía o había padecido enfermedad infecciosa y, pese a haber sido diagnosticado dos años antes de enfermedades de ese tipo (sífilis e infección por VIH) y constar, también, que había recibido tratamiento, contestó negando tales padecimientos. Las enfermedades ocultadas incidieron, además, en la causa del fallecimiento.

En la STS de 11 de febrero de 2020 (Civil) (RJ 2020, 381), el asegurado, **submarinista de profesión**, sufre un «síndrome de descompresión», por el que es declarado en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual por enfermedad común. La aseguradora rechaza el pago de la indemnización, además de por haberse omitido la práctica de submarinismo, porque la declaración del INSS era de enfermedad común y no de accidente. El TS obliga a la aseguradora a indemnizar porque solo a ella es imputable la falta de presentación de un cuestionario de salud y sostiene, además, que la calificación del INSS como enfermedad profesional no es incompatible con que su causa más inmediata fuese un accidente.

3. RECARGO DE INTERESES (20 LCS)

3.1. Son causas justificadas o dudas razonables que excluyen la aplicación del art. 20 LCS

La [STS de 19 de enero de 2019 (Civil) (RJ 2019, 75)] destaca que en el supuesto de que **haya dudas razonables**, que incluso lleven a que la sentencia de primera instancia desestime la demanda por considerar que era el demandante quien conducía el vehículo y, por tanto, el responsable del accidente.

La [STS de 25 de enero de 2019 (Civil) (RJ 2019, 129)] sí que aprecia causa de justificación suficiente **cuando existe una desproporción entre lo reclamado y lo concedido**. Sobre todo, porque iría en contra del espíritu de la norma sancionar al que colabora en una cuantificación de la indemnización.

No ha lugar al recargo por demora cuando existe causa justificada para el impago. En el caso de la [STS de 28 de marzo de 2019 (Civil) (RJ 2019, 1231)] la aseguradora retrasa el pago de la indemnización porque existen dudas razonables sobre la vigencia del seguro y porque el asegurado es condenado por delito de falsedad y estafa en los informes médicos relacionados con el siniestro.

En la [STS de 7 de febrero de 2019 (Civil) (RJ 2019, 306)] en el caso de que existan dudas sobre si resulta de aplicación el seguro obligatorio de viajeros o por el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando la pasajera ya ha bajado del autobús, resulta de aplicación el art. 20.8 LCS.

Finalmente, también puede considerarse una causa justificativa de retraso en el pago y, por lo tanto, la no aplicación del art. 20 LCS cuando, tal y como resuelve la STS de 12 de febrero de 2020 (Civil) (RJ 2020, 373) existe un expediente administrativo desestimatorio de la reclamación patrimonial previa en la que se practicó prueba médica. En este sentido, existían dudas cualificadas de tener que hacer frente la aseguradora a la reclamación efectuada.

3.2. No son dudas razonables, por lo que procede el recargo de intereses

La STS de 17 de enero 2019 (Civil) (RJ 2019, 85), pone de manifiesto que no se entenderá duda razonable cuando, la propia duda, se centre en el cálculo de la cuantía de la indemnización y no en la extensión de la cobertura sobre el siniestro acaecido.

La STS de 5 de febrero de 2019 (Civil) (RJ 2019, 335) destaca que procede la imposición del recargo por demora cuando no consta cumplimentado el cuestionario por el tomador, de manera que éste no conoce, en realidad, el alcance de la cobertura de la póliza.

La STS de 22 de octubre de 2019 (Civil) (RJ 2019, 4457) establece que el art. 20 LCSes aplicable a los seguros de asistencia sanitaria, porque el precepto no piensa únicamente en el incumplimiento de la prestación característica e inmediata del asegurador, sino que alcanza a todas las prestaciones convenidas vinculadas al contrato de seguro de asistencia.

La STS de 22 de enero de 2020 (Civil) (RJ 2020, 65) considera que la dilación del asegurado en la reclamación del daño no es causa justificada del comportamiento contractual de la aseguradora, máxime cuando anualmente se le recordaba el incumplimiento de la obligación de pago a efectos de interrumpir la prescripción de la acción. Tampoco es causa justificativa ampararse en la iliquidez de la deuda cuando el derecho a la indemnización nace con el siniestro, y la sentencia que finalmente fija el «quantum» tiene naturaleza declarativa, no constitutiva, sin crearse un derecho «ex novo» sino una determinación de la cuantía indemnizatoria a la que el asegurado tiene derecho desde que se produce el siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura.

La STS de 19 de febrero de 2020 (Civil) (JUR 2020, 146420) *destaca que* no puede considerarse causa justificativa que la aseguradora tenga conocimiento del siniestro desde un principio y su cobertura **no admita dudas según los términos de la póliza**, de modo que su negativa a pagar por la supuesta ocultación dolosa o gravemente negligente por parte del asegurado, finalmente descartada, no se encuentra amparada en causa justificada, ya que la aseguradora debe asumir las consecuencias del proceder de su mediador.

Tampoco puede considerarse causa justificativa según la STS de 2 de marzo de 2020 (Civil) (JUR 2020, 85242) **la falta de respuesta de la aseguradora al burofax de reclamación** enviado por el asegurado, sin constar respuesta motivada positiva o negativa.

Art. 38

La STS de 6 de junio de 2019 (Civil) (JUR 2019, 194587) analiza la naturaleza y alcance del **procedimiento extrajudicial del art. 38 LCS** con ocasión del robo cubierto con una póliza multirriesgo hogar. El dictamen realizado por el tercer perito se impugna por la aseguradora, lo que da lugar a una primera sentencia que estima su nulidad. Partiendo de esta sentencia, la cuestión que se plantea es si el procedimiento de jurisdicción voluntaria del art. 38 LCS se entiende concluido y frustrado –facultando el acceso a la jurisdicción ordinaria para la tasación de daños– o si, por el contrario, sigue siendo la jurisdicción voluntaria la única vía permitida para dicha tasación. La solución viene dada, en este caso, por la propia sentencia de impugnación, que estableció las consecuencias de la declaración de nulidad del dictamen: «la consecuencia de la declaración de nulidad [...] no conlleva la retroacción de las actuaciones al procedimiento de jurisdicción voluntaria, sino la constancia del fracaso de aquel procedimiento liquidatorio, quedando expedita la vía judicial ordinaria para reclamar la indemnización correspondiente». El TS se pronuncia también sobre el carácter imperativo del procedimiento del art. 38 LCS, recordando que la imperatividad se limita a la cuantificación del daño y desaparece cuando la controversia es sobre otros aspectos, como la existencia misma del siniestro, su cobertura por la póliza, etc.

4. **CCS. Riesgos extraordinarios.** La STS de 2 de julio de 2019 (Civil) (RJ 2019, 3138) analiza si procede la cobertura por el CCS cuando el pago de la prima del seguro ordinario se produce, debido a una práctica entre la aseguradora y el tomador, el mismo día del siniestro, transcurridos seis meses desde el vencimiento de la prima. El TS concluye que, el Consorcio se nutre del recargo de las primas, las cuales deben ser recaudadas por las aseguradoras: no es indiferente el momento en el que se satisfacen las primas y sus recargos.

4. SEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN

En la STS de 22 de febrero de 2019 (Civil) (RJ 2019, 824) se discute sobre el *dies a quo* para reclamar la indemnización de un **seguro de crédito contra riesgo de insolvencia**. El asegurado da aviso a la aseguradora de la insolvencia

provisional de uno de sus clientes, respondiéndole la aseguradora (agosto de 2009) que incurre en incumplimiento por no aportar la documentación necesaria y que queda excluido de las garantías aseguradas. El cliente del asegurado es declarado en concurso de acreedores, abriéndose la fase de liquidación en noviembre de 2010. El asegurado reclama a la aseguradora la indemnización del seguro de crédito en octubre de 2012 y la aseguradora alega prescripción de la acción (2 años, en virtud del art. 23 LCS). Tanto el JPI como la AP entienden que el plazo comienza a contar desde que la aseguradora se negó al pago y el asegurado pudo actuar en defensa de sus derechos. Sin embargo, el TS, con base a la delimitación contractual del riesgo («que el deudor sea declarado en *situación legal de quiebra mediante resolución judicial firme*»), estima que el plazo de prescripción no debe contarse desde la insolvencia provisional sino desde el acaecimiento del riesgo cubierto, que es la *apertura de la fase de liquidación concursal*.

Con ocasión de un **seguro colectivo de afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta de la compra de viviendas (seguro de caución)**, la STS de 5 de junio de 2019 (Civil) (RJ 2019, 2722) analiza si el **plazo de prescripción** es el general de quince años del art. 1964 c.c. o el de dos años del art. 23 LCS. El comprador alega que la acción ejercitada no deriva del contrato de seguro sino de la Ley 57/1968, que obliga a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta. Se argumenta que, de ser el plazo de prescripción el de dos años de la LCS, se estaría dando un trato más favorable al comprador que recibiera un aval bancario que al beneficiado con un contrato de seguro. El TS recoge en buena parte el argumento y sentencia que el plazo de prescripción es el de quince años, ya que la Ley 57/1968 prevé, como garantías alternativas de la devolución de las cantidades anticipadas, tanto el aval bancario como el contrato de seguro, y no tendría sentido que el plazo de prescripción fuera distinto.

5. SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

5.1. Seguros de RRC

Responsabilidad civil sanitaria de la Administración y acción directa contra la aseguradora. Cuando la resolución administrativa estima la responsabilidad de la Administración en una cantidad determinada y la resolución deviene firme porque no se impugna, sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo a los solos efectos indemnizatorios. La indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite de la acción directa que el art. 76 LCS reconoce al perjudicado o sus herederos frente al asegurador [SSTS de 5 de junio de 2019 (Civil) (RJ 2019, 2213) y de 5 de noviembre de 2019 (Civil) (RJ 2019, 4233)].

RC derivada de accidentes. Sentencias de Spanair: STS de 17 de mayo de 2019 (Civil) (RJ 2019, 2710), SSTS de 3 de septiembre de 2019 (Civil) (RJ 2019, 3342) y (Civil) (RJ 2019, 3341), STS de 21 de noviembre de 2019 (Civil) (RJ 2019, 4973) .

En el accidente de Spanair en la ruta Madrid-Las Palmas de Gran Canaria, se analizan diversas cuestiones que cabe mencionar en esta crónica. Por lo que se refiere a la **valoración del daño**, no procede aplicar el sistema de valoración del daño vigente en accidentes de circulación en 2015 para indemnizar los daños personales de un siniestro acaecido en 2008. Su **utilización orientativa** del citado baremo para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no impide que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad al que venga referida esta utilización, de manera que es razonable incrementar las indemnizaciones previstas en el referido baremo en un 50%.

Por otro lado, la discrepancia de las partes sobre la cuantía de la indemnización, las dudas que inicialmente pudieran haber existido sobre las causas del siniestro, las propuestas de acuerdo o el ofrecimiento de pago de cantidades inferiores a las finalmente fijadas en sentencia, no pueden ser consideradas como circunstancias excepcionales que enerven el devengo de los **intereses de demora** del art. 20 LCS desde la fecha del siniestro hasta la consignación de la cantidad a cuyo pago fue condenada la demandada en primera instancia. Lo trascendente en este punto es que no debe confundirse el ámbito normativo comunitario y el Convenio de Montreal con el de la Ley del Contrato de Seguro. El régimen normativo integrado por el Reglamento 2027/1997 y el Convenio de Montreal, al que aquel Reglamento se remite, se aplica a las acciones ejercitadas por el pasajero frente al transportista, no a las peculiaridades propias de las obligaciones de las compañías aseguradoras frente al perjudicado como consecuencia de la acción directa ejercitada por este, que se rigen por la normativa nacional aplicable. No es correcto afirmar que este régimen normativo es completo y autosuficiente para excluir la aplicación de la normativa relativa a las obligaciones de las compañías aseguradoras, cuyas peculiaridades no están reguladas en él. El recargo que establece el art. 20 LCS lo es exclusivamente para el asegurador en el caso de acción directa del perjudicado, no para el transportista aéreo.

5.2. RC derivada de la circulación de vehículos a motor

Diferencia entre SRC y seguro de accidentes personales. No se pueden indemnizar los daños morales del conductor –causados por la muerte de su cónyuge, fallecido en el accidente– porque falta el elemento de la alteridad. Los únicos perjudicados, a los que se extiende el SRC, son los ocupantes. [STS de 19 de junio de 2019 (Civil) (JUR 2019, 199692)].

Indemnización de daños personales y materiales cuando no es posible establecer el grado de culpa de cada conductor. En los daños personales se aplica la doctrina de las indemnizaciones cruzadas (ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo). Tratándose de daños materiales, la responsabilidad civil queda sujeta al principio de la inversión de la carga de la prueba, que recae sobre el conductor causante del daño y exige, para que este pueda exonerarse, que

demuestre que actuó con plena diligencia en la conducción. Cuando ninguno de los conductores logra probar su falta de culpa en la causación del daño al otro, el TS plantea tres posibles soluciones al interpretar el art. 1 LRCSCVM (redacción dada por la Ley 21/2007 y anterior a la de la Ley 35/2015): (i) cada conductor indemniza íntegramente los daños al otro vehículo; (ii) las culpas se neutralizan y ninguno indemniza al otro; o (iii) cada uno asume la indemnización de los daños del otro en un 50%. La Sala considera que la tercera solución es la más coherente con la efectividad de la cobertura de daños en los bienes por el seguro obligatorio de vehículos a motor, pues cualquiera de las otras dos podría dar lugar, bien a que se privara de indemnización al conductor que no hubiera sido causante del accidente pero no hubiera podido probar su falta de culpa, o bien a que se indemnizara por completo al conductor que hubiera sido el causante pero sin que exista prueba al respecto [STS de 27 de mayo de 2019 (Civil) (RJ 2019, 2146)].

Además, el seguro obligatorio de automóviles es un seguro de responsabilidad civil que no cubre los daños sufridos por el conductor asegurado, causante del accidente. La STS de 2 de marzo de 2020 (Civil) (JUR 2020, 85231) aclara que la exclusión de dicha cobertura alcanza a los daños indirectos o morales sufridos por la pérdida de los familiares ocupantes del vehículo.

Prescripción de la acción de RC derivada de accidente de circulación, con apertura de procedimiento penal. Se ha de estar al resultado del proceso penal. Si hay condena penal, la acción civil ejercitada tiene su origen en un delito declarado por la jurisdicción penal. La acción civil es *ex delicto* y se aplica el plazo de quince años del art. 1964 c.c. Si el proceso penal no acaba en condena, la acción civil nace de la culpa extracontractual y el plazo de prescripción es el de un año del art. 1968.2 c.c. [STS de 23 de mayo de 2019 (Civil) (RJ 2019, 2116)].

Incendio de vehículo estacionado en garaje. El incendio del vehículo se origina en su circuito eléctrico, estando más de 24 horas parado y estacionado en el garaje. La STS de 17 de diciembre de 2019 (Civil) (RJ 2019, 5225), apoyándose en la sentencia del TJUE de 20 de junio de 2019 (TJCE 2019, 111), resuelve que este tipo de siniestros deben de considerarse como un hecho de la circulación, aunque el vehículo no esté en marcha.

Acción de repetición del Consorcio. En aplicación del art. 11.1.d) LRCS-CVM, se entiende que, si se resuelve que la obligación de indemnizar es de la aseguradora, el CCS no tiene derecho de repetición contra el conductor del vehículo [SSTS de 17 y 24 de enero de 2019 (Civil) (RJ 2019, 151) y (RJ 2019, 138)].

6. SEGUROS DE VIDA VINCULADOS A AMORTIZACIÓN DE PRÉSTAMOS

En la STS de 21 de enero de 2019 (Civil) (RJ 2019, 154) se discute sobre la legitimación activa del cónyuge superviviente en un seguro de vida vinculado a un crédito hipotecario, en el que la entidad de crédito está designada como

beneficiaria principal. En primera instancia, el cónyuge demanda en calidad de «persona interesada». Es en apelación cuando se aclara que la demandante solo tiene la condición de cónyuge. La SAP aprecia en dicha aclaración una *mutatio libelli* y el TS casa la sentencia con los siguientes argumentos: negar a la recurrente su legitimación para pedir el cumplimiento del contrato le genera indefensión y la apreciación de la *mutatio libelli* como un impedimento para condenar a la aseguradora también podría considerarse incongruente. Se sigue la postura consolidada del TS de reconocer legitimación activa a los herederos del asegurado, aunque no sean beneficiarios del contrato de seguro, siempre que se reconozcan los derechos de la entidad prestamista como primer beneficiario.

II. MERCADO DE CRÉDITO Y MERCADO DE VALORES

Rafael MARIMÓN DURÀ

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia bancaria y del mercado de valores viene marcada en los últimos tiempos por los procesos de litigación masiva que ha sufrido nuestro sistema judicial con motivo de la comercialización de productos financieros, complejos o no, por parte de las entidades de crédito y por la inclusión en sus contratos de condiciones generales poco transparentes o abusivas. Basta una sencilla consulta de cualquier repertorio de jurisprudencia, introduciendo la voz «contratos bancarios», para constatar esta afirmación.

Esta realidad condiciona el resultado de la presente Crónica. Con ella se pretende dar cuenta de las distintas líneas de interpretación que marca la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este campo, incidiendo en aquellos aspectos más recurrentes. Para su realización hemos decidido acotar el análisis al año 2019 y a las sentencias publicadas de 2020 disponibles en el momento del cierre de este primer número de la Revista, con el que también se da el disparo de salida a la Crónica. Dado su carácter inaugural, la contenida en este número ha requerido de puntuales incursiones en sentencias más antiguas que han marcado los criterios que el Tribunal Supremo utiliza en las sentencias actuales, en aras a facilitar la comprensión del estado actual de la jurisprudencia.

Por estas circunstancias esta primera entrega es bastante más extensa de lo que lo serán las siguientes. En ellas no será ya tan necesaria la referencia a los *leading cases* de cada materia y, además, el periodo de análisis será más corto, coincidiendo con la periodicidad semestral de la edición de la Revista.

La jurisprudencia se agrupa en esta ocasión en cuatro apartados distintos. En primer lugar, trataremos las sentencias relativas la comercialización de productos financieros, que numéricamente ocupan un lugar preponderante como consecuencia de episodios de colocación masiva de estos productos en el mercado minorista que se han ido sucediendo en el pasado (participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, permutas financieras sobre tipos de interés o productos estructurados). A continuación, dedicaremos nuestra atención a

los pronunciamientos generados con motivo de la impugnación de cláusulas contenidas en operaciones bancarias, generalmente activas, que también han alcanzado un volumen significativo (cláusula de imputación de gastos, cláusula suelo, cláusula de vencimiento anticipado o de interés de demora). En tercer lugar, nos ocuparemos de las que afrontan otros aspectos distintos de las operaciones bancarias, no relacionados con el control de condiciones generales de la contratación (cesiones de créditos, tarjetas *revolving*, moderación judicial de los tipos de interés de demora, etc.). Y, finalmente, reservaremos un capítulo, de carácter residual, en el que tendrán cabida otros aspectos más heterogéneos o de difícil encaje en los apartados anteriores, pero no por ello carentes de importancia, como la responsabilidad de las entidades de crédito por aplicación de la Ley 57/1968 o en supuestos de inclusión indebida de datos de clientes en registros de impagados.

1. COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS

Uno de los campos en que el Tribunal Supremo se ha prodigado en mayor medida en los últimos años es el de la contratación de productos financieros complejos entre el mercado minorista bancario, actividad que se ha llevado a cabo mayoritariamente por las propias entidades de crédito, más que por empresas de servicios de inversión, dentro de lo que se ha denominado como la actividad parabancaria de aquéllas. La colocación masiva de estos productos entre los clientes de los bancos ha propiciado que no en todos los casos el proceso de comercialización se haya llevado a cabo con el debido respeto de las normas que establecen las condiciones de transparencia que han de mediar en este tipo de operaciones, para que los inversores puedan suscribir estos contratos con el adecuado conocimiento de causa. La consecuencia ha sido una avalancha de demandas judiciales a través de los cuales los inversores han buscado resarcirse de los daños que les ha ocasionado la suscripción de estos productos.

Los litigios y las consiguientes sentencias pueden ser ordenados en atención al tipo de producto comercializado y, dentro de él, en función del tipo de acción o pretensión que pretende hacerse valer. En el presente epígrafe hemos decidido dividir los distintos supuestos en tres grupos: los propiciados por la comercialización de productos financieros de cobertura de riesgos (swaps sobre tipos de interés y de inflación), los ocasionados por la colocación de productos de inversión (participaciones preferentes, obligaciones subordinadas y productos estructurados) y los suscitados con motivo de una Oferta Pública de Suscripción y las operaciones derivadas de la misma, que versan sobre la adquisición de un producto financiero no complejo, como son las acciones. Dentro de cada apartado, resulta más ilustrativo tratar por separado las sentencias relativas a las acciones de nulidad y las acciones de responsabilidad por daños y perjuicios, con alusión puntual a otras acciones utilizadas con menos profusión y repercusión, como la de nulidad por contravención de ley y la de resolución.

1.1. Swaps sobre tipos de interés o sobre inflación

- § 1 El Tribunal Supremo sigue todavía resolviendo un número apreciable recursos en materia de **swaps sobre tipos de interés o sobre inflación**. Junto a las clásicas demandas de nulidad por vicios del consentimiento, empiezan a llegar a casación otras en las que lo que se solicita es la indemnización de daños y perjuicios, bien de forma principal o bien de forma subsidiaria, probablemente por un problema de caducidad de la primera acción.
- § 2 En algunos de sus pronunciamientos el TS reitera su ya muy consolidada interpretación acerca de **la imposibilidad de declarar la nulidad de pleno derecho** por infracción de las normas que reglamentan los deberes de información precontractual en los mercados de valores (STS de 8 de octubre de 2019 [RJ 2019, 3860], *STS de 9 de octubre de 2019* [RJ 2019, 3945], STS de 16 de octubre de 2019 [RJ 2019, 4168]). La posición del TS en este punto quedó fijada, con una claridad meridiana, en la STS de 15 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 56), que citan las tres sentencias de 2019: «Conforme al art. 6.3 CC, «(l) *os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*». La norma legal que introdujo los deberes legales de información del art. 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del art. 79 bis, al calificar esta conducta de «infracción muy grave» (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y ss LMV)./ Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781)./ Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 CC)». La Sentencia de 2014 venía referida a una venta de un producto estructurado y no a la contratación de un swap, pero no existen diferencias entre ambos productos en este punto.
- § 3 Pero la imposibilidad de declarar la nulidad de pleno derecho por infracción de Ley no impide que se pueda instar la **anulación del contrato por vicio del consentimiento**, como anticipa el fragmento de sentencia transcrito en

el párrafo anterior. Esta es la línea de interpretación que se abrió hace más de un lustro, especialmente a partir de la STS, Pleno, de 20 de enero de 2014 (RJ 2014, 781), y que fija una serie de criterios que podemos considerar definitorios de la posición del alto Tribunal en este tipo de asuntos.

La Sentencia analiza las consecuencias del incumplimiento de las normas que regulan los deberes de transparencia e información precontractual, a los efectos de propiciar el error sustancial y excusable en el cliente, estableciendo dos criterios fundamentales: 1) El incumplimiento de tales deberes, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de *error vicio*, pero puede incidir en ésta. Más concretamente, aunque la ausencia de la realización del test de idoneidad, exigido por la Ley en este caso, no determina la existencia del error vicio, sí permite presumirla. Y 2) La imposición legal de los deberes de información precontractual tiene incidencia asimismo en el requisito de la *excusabilidad* del error, pues denota la necesidad que tiene el cliente minorista de ser informado sobre los aspectos indicados en la norma, para poder adoptar una decisión con conocimiento de causa. En consecuencia, es excusable el error en que puede incurrir el cliente en caso de no ser informado. Puede verse, pues, que mediante esta presunción se habilita una especie de inversión de la carga de la prueba de la falta de conocimiento, atribuyendo la de demostrar que ha existido conocimiento suficiente al profesional obligado por la Ley a desplegar una especial actividad informativa. A partir de ahí, si el banco consigue probar que el cliente cuenta con los conocimientos o experiencia en materia financiera suficientes como para conocer la naturaleza de la operación y los riesgos que la misma le reporta, o bien que él mismo ha cumplido escrupulosamente los deberes que le imponen las normas de conducta, la presunción queda destruida y no se aplica ya la consecuencia jurídica: no hay nulidad del negocio por vicio del consentimiento.

En sentencias posteriores, especialmente durante los años 2015 y 2016, el TS va sentando otros criterios de detalle para concretar exactamente cuáles son las materias acerca de las que necesita recibir información el cliente que va a suscribir un contrato de permuta financiera sobre tipos de interés o sobre inflación y, poco a poco, se va sintetizando aquellos que considera esenciales. Los tenemos resumidos en algunas sentencias de 2019 y 2020, que los toman de otras anteriores. Son los siguientes, como indica, por ejemplo, la STS de 8 de octubre de 2019 (RJ 2019, 3860): «En primer lugar, [la entidad] debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de swap constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de swap de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida./ Debe también informarle de cuál es el valor de mercado inicial del swap, o, al menos,

qué cantidad debería pagarle el cliente en concepto de indemnización por la cancelación anticipada si se produjera en el momento de la contratación, puesto que tales cantidades están relacionadas con el pronóstico sobre la evolución de los tipos de interés hecho por la empresa de inversión para fijar los términos del contrato de modo que pueda reportarle un beneficio, y permite calibrar el riesgo que supone para el cliente. Como hemos dicho anteriormente, el banco no está obligado a informar al cliente de su previsión sobre la evolución de los tipos de interés, pero sí sobre el reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratación del swap, pues es determinante del riesgo que asume el cliente./ Asimismo, debe informar si hay desequilibrio en la posición económica de las partes en el contrato, por establecerse limitaciones para las cantidades a abonar por el banco si el tipo de interés de referencia sube y tales limitaciones no existen para las cantidades a abonar por el cliente si el tipo baja. La empresa de inversión debe informar en términos claros, a la vista de la complejidad del producto, si existe dicho desequilibrio y sus consecuencias, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio./ El banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no sólo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional y de la envergadura de la sociedad que contrató el swap. Y también debe informar con claridad de lo relativo a la posibilidad de cancelación anticipada del swap y, en tal caso, qué coste puede tener para el cliente».

La gran mayoría de las sentencias posteriores en materia de swaps hacen suya esta interpretación y reiteran estos y otros criterios que se han ido consolidando en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que no procede exponer de forma detallada en esta Crónica, que debe centrarse exclusivamente en el periodo objeto de análisis. Así desde inicios de 2019, declaran la nulidad por vicio del consentimiento aplicando los criterios antes enunciados u otros similares, la STS 10 de enero de 2019 (RJ 2019, 4), la STS 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 501), la STS de 24 de abril de 2019 (RJ 2019, 1578), la STS de 23 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2145), la STS de 10 de junio de 2019 (RJ 2019, 2742), la STS de 13 de junio de 2019 (RJ 2019, 2262), la STS 21 de junio de 2019 (RJ 2019, 2634), la STS de 1 de julio de 2019 (RJ 2019, 2771), la STS de 16 de julio de 2019 (RJ 2019, 3005), la STS de 17 de julio de 2019 (RJ 2019, 3597), las SSTS de 8 de octubre de 2019 (RJ 2019, 3854), (RJ 2019, 3860), la STS de 9 de octubre de 2019 (RJ 2019, 3945), la STS de 10 de octubre de 2019 (RJ 2019, 3847), la STS de 12 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4587), la STS de 16 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4168), la STS de 22 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4220), la STS de 23 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4206), la STS 19 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4720), la STS de 16 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5188), la STS de 3 de febrero de 2020 (RJ 2020, 142) y (RJ 2020, 303), la STS de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 217) y la STS de 19 de febrero de 2020 (RJ 2020, 481).

Aunque resulta imposible aludir a toda la casuística que se plantea en todos estos pronunciamientos, sí se puede destacar lo sucedido en algunos de ellos, tanto respecto al supuesto de hecho enjuiciado, como a la doctrina que se extrae, para mostrar los principales criterios que se han ido siguiendo durante estos meses. Así, la STS 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 501) reitera el criterio ya esgrimido en sentencias anteriores de negar efecto convalidante del contrato a la solicitud del cliente de cancelación del swap y a la estipulación de un contrato de préstamo para hacer frente al saldo resultante de la consiguiente liquidación. Con este préstamo, el suscriptor del swap solo pretende «evitar el riesgo de insolvencia, sin que consten actos de los que pueda deducirse renuncia expresa o tácita a la acción de nulidad derivada de error consensual». Hace lo propio la STS 21 de marzo de 2019 (RJ 2019, 943), en la que la demandada había opuesto que el ayuntamiento demandante había contratado la permuta previo acuerdo del interventor, lo cual permitía a su juicio sanar la operación de todo vicio del consentimiento. Sin embargo, el TS entiende que este funcionario carece de la formación especializada en materia financiera. La STS de 1 de julio de 2019 (RJ 2019, 2771) pertenece al grupo de casos generado con motivo de la creación de los denominados parques, huertos o islas solares. A quienes invirtieron en estas instalaciones mediante la adquisición de participaciones en las sociedades gestoras correspondientes se les instó a contratar, además, diversos productos para financiar dichas instalaciones. En el caso los contratos de financiación consistían en un leasing y un contrato de swap sobre tipos de interés. Al advertir las pérdidas producidas por el swap el inversor demandó a la sociedad vendedora de las participaciones y a la entidad de crédito financiadora por la deficiente información acerca de la existencia del swap, instando la nulidad de todas las operaciones. El TS confirma la sentencia en la que aprecia la nulidad de todo el paquete de inversión en que se integra la permuta financiera, por considerar que las distintas operaciones incluidas forman un conjunto unitario. También es reseñable la STS de 16 de julio de 2019 (RJ 2019, 3005) por el conjunto de circunstancias que se da en el supuesto y que permite justificar la anulación por vicio del consentimiento: 1.– No se valora adecuadamente el nivel de información ofrecida al cliente, puesto que no se realiza el preceptivo test de idoneidad. 2.– Su experiencia anterior no incluye la suscripción productos financieros complejos. 3.– Su objeto social se ciñe a la realización de actividades inmobiliarias. 4.– No se le ha ofrecido información objetiva suficiente. 5.– La denominación del producto como «maxiprotección a medida» es ilustrativa de su discordancia con la realidad, dada la naturaleza aleatoria del *swap*. En la STS de 8 de octubre de 2019 (RJ 2019, 3860), también perteneciente al grupo de casos de los parques solares, se concierta el swap a pesar de que el resultado del test de conveniencia que se había practicado al cliente había resultado negativo. La STS de 12 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4587) resulta relevante por traer a colación, como elemento de juicio, un informe de la CNMV, en virtud del cual «no constaba que el banco se

hubiese asegurado información sobre el cliente que le permitiera valorar la adecuación del producto a su perfil inversor o experiencia». Por su parte, en la STS 19 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4720) el swap fue contratado por una corporación local, en cuyo acuerdo previo a la contratación se indicaba que la oferta escogida permitía obtener financiación a un tipo fijo durante toda la vida del crédito. De interés es, también, la STS de 16 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4168), que declara nulos todos los swaps contratados de forma concatenada, hasta ocho, siendo que los posteriores eran más gravosos para el cliente que los anteriores y que, cuando alguno no lo era, resultaba cancelado anticipadamente a instancias de la entidad: «lo que permite cuestionar la existencia de un consentimiento consciente y libre prestado por el legal representante de la actora durante el prolongado iter contractual, así como que su voluntad manifestada fuese fruto de una información exacta». Las SSTS de 3 de febrero de 2020 (RJ 2020, 142) y (RJ 2020, 303) reiteran que «el error contractual no se convalida ni hay confirmación contractual ni actos propios por la existencia previa de liquidaciones negativas o positivas para el cliente, ni por la realización sucesiva de distintas permutas financieras». Y, finalmente, en la STS de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 217) el TS casa la sentencia en un caso en que el test de idoneidad se había realizado de forma precipitada y sin que los clientes tuvieran ocasión de rellenar ellos mismos el cuestionario preparado al efecto, siendo además que el director de la oficina bancaria reconoció saber que carecían de la formación necesaria para entender el producto.

- § 4 Junto a las sentencias anteriores podemos citar aquellas otras en las que se declara la nulidad de un **préstamo con derivado financiero implícito** que afectaba a la determinación de los intereses e incidía en el coste de cancelación anticipada, teniendo por tanto un funcionamiento equiparable al de un swap. Entre ellas encontramos la STS de 9 de enero de 2019 (RJ 2019, 10), en la que el TS pone de manifiesto que la declaración de nulidad no puede limitarse a la cláusula contractual que contiene el derivado implícito, pues éste recae sobre un elemento esencial del contrato cual es la determinación del tipo de interés. Por ello procede la declaración de la nulidad total del contrato. La STS de 23 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4222) y la STS de 20 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4721) inciden en esta doctrina pero, a diferencia de la anterior, dictaminan la desestimación de la demanda en la que se pedía la nulidad parcial, es decir, sólo de la cláusula. De distinto signo es la STS de 16 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5203), que, por el principio de congruencia, admite la nulidad de la cláusula, al confirmar la sentencia estimatoria de primera instancia, frente a la que el banco había planteado un recurso de apelación sin esgrimir el argumento de la imposibilidad de declarar la nulidad parcial.
- § 5 En relación con la acción de nulidad por vicios del consentimiento un problema recurrente ha sido el de la **fijación del *dies a quo* del plazo de caducidad**. En este punto, nos hemos de remontar hasta la STS, Pleno, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 608), que marca un hito en la materia, al

flexibilizar el criterio tradicionalmente seguido hasta la fecha, aclarando que, cuando se trata de relaciones de carácter complejo (como los *swaps* que estamos analizando, pero también las participaciones preferentes, obligaciones subordinadas o productos estructurados, de los que nos ocuparemos después), el plazo de caducidad no puede comenzar a computarse si el demandante no es –o no ha podido ser– consciente de la existencia de la causa de impugnación, mediante el acaecimiento de algún hecho objetivo que la ponga de manifiesto: «En relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error». Esta doctrina ha sido posteriormente seguida por otras muchas, no sólo en sede de *swaps*, sino también, como veremos más adelante en sede de participaciones preferentes, obligaciones subordinadas y productos estructurados, adaptándola a las peculiaridades propias de cada instrumento financiero, aunque con criterios vacilantes en algún caso.

Por ejemplo, la STS de 7 de julio de 2015 (JUR 2015, 188431), en un caso de adquisición de un bono de Lehman Brothers, fija el plazo de caducidad de la acción en el momento en que se hace pública la quiebra de la entidad emisora y el suscriptor recibe una comunicación del banco comercializador informándole acerca de la procedencia del bono; mientras que la STS de 20 de diciembre de 2016 (RJ 2016, 6317) señala que los suscriptores de las participaciones preferentes litigiosas no alcanzaron a conocer sus características hasta la adopción de las medidas de gestión de estos productos híbridos por el FROB en 2011, momento en que debía comenzar a computarse aquel plazo. Por su parte, la STS de 30 de enero de 2018 (RJ 2018, 288) considera que los clientes toman conocimiento de causa para impugnar unos contratos de suscripción de obligaciones subordinadas «cuando en febrero de 2010, al pretender un rescate parcial de la inversión realizada, el Banco de Santander les informa de la imposibilidad de recompra por falta de mercado».

En sede de *swaps*, en muchos casos las entidades demandadas oponen la caducidad de la acción, alegando que el *dies a quo* del plazo había comenzado en el momento en que el cliente recibió la primera liquidación negativa, porque en a partir de entonces ya podía ser consciente de los perjuicios que le produce el producto contratado en una situación de bajada de tipos de interés. Durante un determinado periodo de tiempo las Audiencias Provinciales aplican uniformemente este criterio, porque

es el seguido por el propio Tribunal Supremo en algunas sentencias de 2017, concretamente en la STS de 3 de marzo de 2017 (RJ 2017, 663) y en la STS de 12 de julio de 2017 (RJ 2017, 3359).

Sin embargo, el alto Tribunal posteriormente abandona este criterio y lo sustituye por el que sigue aplicando en la actualidad, de considerar que, **siendo el swap un contrato de duración, el cómputo del plazo para interponer la acción de nulidad por vicio del consentimiento no debe comenzar a computarse sino a partir de que el negocio se ha consumado completamente**, según la correcta interpretación del art. 1.301 CC. Este nuevo criterio se consolida definitivamente por medio de la STS, Pleno, de 19 de febrero de 2018 (RJ 2018, 539): «3.– A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de *swaps* debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato./ En el contrato de *swap* el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo (RJ 2016, 3858), ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato)./ En los contratos de *swaps* o «cobertura de hipoteca» no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés». Esta sucesión de sentencias en las que se adopta el mismo criterio permite afirmar que se ha sentado jurisprudencia en esta materia.

Las sentencias posteriores que abordan la cuestión recogen la doctrina de la sentencia plenaria de 2018 y, con frecuencia, reproducen la frases transcritas en el párrafo anterior. Así ocurre también en casi todas las dictadas en 2019 y 2020 (la STS de 24 de abril de 2019 [RJ 2019, 1578], la STS de 23 de mayo de 2019 [RJ 2019, 2145], la STS de 13 de junio de 2019 [RJ 2019, 2262], la STS de 27 de junio de 2019 [RJ 2019, 2608], la STS de 1 de julio de 2019 [RJ 2019, 2771], la STS de 16 de julio de 2019 [RJ 2019, 3005], la sSSTS de 17 de septiembre de 2019 [RJ 2019, 3597], [RJ 2019, 3600] y [RJ 2019, 3603], las SSTS de 8 de octubre de 2019 [RJ 2019, 3854], [RJ 2019, 3860], la STS de 9 de octubre de 2019 [RJ 2019, 3945], la STS de 14 de octubre de 2019 [RJ 2019, 4183], la STS de 22 de octubre de 2019 [RJ 2019, 4220], la STS de 16 de diciembre de 2019 [RJ 2019, 5188], las SSTS de 3 de febrero de 2020

[RJ 2020, 142] y [RJ 2020, 303], la STS de 12 de febrero de 2020 [RJ 2020, 380]) y la STS de 19 de febrero de 2020 [RJ 2020, 481]). Además, en los casos en que se produce una sucesión de contratos que obedecen a la reestructuración de la operación ha de entenderse que el plazo de caducidad comienza a computarse desde que se extingue totalmente el último de ellos, en base a la doctrina de la unidad de la relación jurídica, como recuerdan la STS 21 de junio de 2019 (RJ 2019, 2634) o la STS de 17 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3603): «De los hechos declarados probados en la sentencia de la Audiencia Provincial, completados, sin contradicción, con los que establece el Juzgado se deduce que ocho de los contratos estaban encadenados entre sí, dado que cuatro se cancelan, para consecutivamente concertar otros cuatro. Los otros dos son suscritos por sociedades del mismo grupo empresarial en unidad temporal y de relación jurídica, por lo que el plazo de inicio del cómputo de la extinción de la acción será común, a saber desde el 30 de junio de 2014, por lo que al estar fechada la demanda el 23 de marzo de 2016, la acción no se había extinguido./ Igualmente debemos hacer constar que los contratos fueron gestionados por el administrador D. Antón (demandado) que a su vez fue garante de ellos, lo que confirma aún más la unidad de la relación jurídica». Como peculiaridad, la STS de 8 de octubre de 2019 (RJ 2019, 3850) aprecia la caducidad de la acción en un caso en que la demanda se había presentado en 2015, en relación con la nulidad de un swap que había concluido en 2010, restando importancia al hecho de que el pago de la liquidación derivada de la extinción del contrato se hubiera producido en 2012: «No es óbice a este pronunciamiento que el pago de la liquidación (en el mejor de los casos) se efectuase con posterioridad al vencimiento del contrato, dado que con ello no se pretendió ampliar el plazo, sino afrontar unas deudas materializadas al momento del vencimiento, aunque satisfechas con posterioridad, liquidación que conocía la demandante desde junio de 2010».

En relación con ello, se suscita la cuestión de cómo ha de proceder el TS en aquellos supuestos en que la excepción de caducidad había sido estimada tanto en primera instancia como en apelación, sin haber entrado en el fondo, pero tal decisión resulta finalmente revocada en casación. En concreto se plantea el problema de si TS ha de asumir la función de instancia y pronunciarse acerca de la nulidad solicitada o bien debe devolver las actuaciones a la Audiencia para que proceda a enjuiciar los autos. La solución no es única, pues en algunas de sus sentencias el TS decide asumir la función de instancia, entrar en el fondo y declarar la nulidad, quizás por considerar que se trata de supuestos suficientemente claros o no complicados. En este sentido, la STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 499), que sí entra en el fondo, asumiendo la función de instancia, habida cuenta de que la propia sentencia casada había considerado el caso como un supuesto paradigmático de nulidad por vicio del consentimiento a pesar de no estimarla por considerar caducada la acción; como también la STS de 14 de marzo de 2019

(RJ 2019, 908), en cuyo supuesto el banco no había practicado los test preceptivos a un cliente que no se había calificado como profesional, ni aparecía firmada la documentación informativa aportada por la entidad, que además no fue reconocida por el comercializador del producto. En el mismo sentido, la STS de 17 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3603).

En otras, en cambio, se decanta por devolver las actuaciones a la Audiencia para no privar al juicio de una instancia en la que se pueda valorar adecuadamente la prueba, sin que quepa declarar ya la caducidad de la acción, obviamente. Así, la STS de 8 de enero de 2019 (RJ 2019, 2), la STS de 17 de septiembre de 2019 [RJ 2019, 3600], del mismo día que la citada en el párrafo anterior pero de distinto ponente): «En casos, como el presente, en que se estima el recurso de casación, al haber apreciado las sentencias de instancia la caducidad de la acción esgrimida por la entidad financiera demandada, se plantea la interrogante de si procede la devolución de los autos al tribunal a quo, para que dicte sentencia con libertad de criterio y con el único condicionante de que la acción de anulabilidad respecto de los swaps suscritos se encontraba en plazo para ser ejercitada; o si, por el contrario, este tribunal debería dictar la sentencia correspondiente entrando en el fondo del litigio./ Dicha cuestión ha sido abordada, entre otras, por la STS 369/2019, de 27 de junio (RJ 2019, 2608), que se expresa en los términos siguientes:/ «Decíamos recientemente (sentencia 710/2018, de 18 de diciembre (RJ 2018, 5640)) que “la sala en supuestos extraordinarios ha declarado que no procede asumir la instancia, y sí devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en relación con las pretensiones objeto de debate, con plena jurisdicción a la hora de valorar la prueba, pues esta solución no está excluida 477.2.2. LEC, y, se estima en este caso necesaria para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia” (SSTS de 10 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 11046), rec. 1740/2009, de 3 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2622), rec. 2180/2006, de 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 6121), rec. 2103/2007, de 25 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3717), rec. 1020/2005, y las que en ella se citan)»./ En este sentido, la sentencia 899/2011, de 30 de noviembre (RJ 2012, 1641), señala por su parte que: «[...] la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia impugnada no determina en este caso que la Sala resuelva sobre el fondo de la reclamación planteada en la demanda, ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación valoraron la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa, y, lógicamente, tampoco la han enjuiciado en derecho. Falta por tanto, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso. De ahí que, no siendo en absoluto la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido estas enjuiciadas, en puridad, por ninguna instancia, el pronunciamiento de esta sala deba limitarse, como autoriza el artículo 487.2 LEC, a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como

órgano de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia que no podrá ya apreciar la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, solución ya adoptada por la sentencia del pleno de los magistrados de esta sala de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 2902) (rec. 325/2006) y en sentencia de 7 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5504) (rec. 1207/2005) en sendos casos de apreciación de caducidad y de prescripción de la acción por el tribunal de segunda instancia. En todo caso, tanto la apelación como el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente»./ (...) En consecuencia con lo expuesto, y toda vez que, tanto el Juzgado como posteriormente la Audiencia, no han valorado la prueba practicada, a los efectos de determinar la existencia del vicio del consentimiento fundamento de la acción de anulabilidad deducida, procede decretar la nulidad de actuaciones a tales efectos». Proceden del mismo modo la STS de 14 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4183), la STS de 18 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5353), la STS de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020, 380) y la STS de 19 de febrero de 2020 (RJ 2020, 481).

- § 6 En cambio, **no estiman la nulidad** la STS de 14 de febrero de 2019 (RJ 2018, 560), por considerar demostrado que la demandante, participada por otras sociedades mercantiles, había contado con el asesoramiento jurídico y financiero necesario para entender la naturaleza y riesgos del producto, tal y como expresaba asimismo el test de conveniencia que se le había practicado, ni la STS de 26 de febrero de 2019 (RJ 2018, 623). Tampoco la STS de 23 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2130) ni la STS de 25 de junio de 2019 (RJ 2019, 2627), en atención a las características personales de los clientes, dado que en los dos casos había intervenido el director financiero de las respectivas compañías demandantes, que tenía un extenso conocimiento y experiencia en materia de productos financieros complejos.

Mención aparte merece la STS de 12 de junio de 2019 (RJ 2019, 2376), en un supuesto bastante extraño y por motivos procesales. En este caso es **el banco quien demanda a su cliente en reclamación de las cantidades devengadas a su favor por unos swaps**. El cliente opone el incumplimiento de las obligaciones de información precontractual y plantea reconvencción solicitando la nulidad de los contratos. Sin embargo, luego no comparece en la audiencia previa, lo cual se traduce en el sobreesimiento de la demanda reconvenccional. En primera instancia resulta condenado, pero la Audiencia Provincial estima la excepción de falta de cumplimiento contractual y absuelve al demandado. Finalmente, el TS estima el recurso de casación planteado por el banco y casa la sentencia de la Audiencia, ratificando la condenatoria de primera instancia. La ratio de la Sentencia se encuentra en la imposibilidad de oponer *la exceptio inadimpleti contractus* cuando la obligación cuyo incumplimiento se alega no es susceptible ya de ser cumplida, como ocurre con las obligaciones de información precontractual: «La *exceptio*

non adimpleti contractu permite una oposición temporal a la exigencia de cumplimiento del contrato por la otra parte, esto es, que mientras una parte no cumpla no puede pedir el cumplimiento de la contraria (por todas, sentencia 258/2019, de 7 de mayo (RJ 2019, 1903), y las que en ella se citan). Pero cuando la prestación no es susceptible de cumplimiento tardío –y no lo es la de información previa o coetánea a la celebración del contrato– esta excepción no puede oponerse». Del mismo modo, la STS de 26 de junio de 2019 (RJ 2019, 2130), desestima la acción de nulidad de un derivado financiero implícito incorporado a un contrato de préstamo hipotecario.

A distinto resultado llega la STS de 26 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4929) en otro supuesto en que es el banco quien insta ejecución de un contrato de swap por incumplimiento del cliente del pago de las liquidaciones negativas libradas contra él. En este caso el TS estima el recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia estimatoria de la demanda por entender que la liquidación de la cuenta practicada por el banco adolecía de una «total orfandad acreditativa de las operaciones practicadas de las que resulta esa concreta cantidad de dinero y no otra. No nos hallamos ante el caso de los arts. 572 y 573 de la LEC, que exige además la aportación del extracto de las partidas de cargo y abono, que posibilita a la parte ejecutada conocer y efectuar las concretas impugnaciones de los asientos de los que resulta el saldo deudor reclamado, supuestos en los que tiene sentido los razonamientos de la sentencia del Juzgado, sino de una compleja liquidación de un elevado saldo deudor, por un procedimiento que no se especifica en el contrato, haciéndose referencia a unas denominadas volatilidades por 3 puntos, que tampoco se explican, siendo el banco además quien se encuentra con la disponibilidad y facilidad probatoria, esto es en privilegiada posición para justificar la cantidad reclamada por tal concepto./Pues bien, es en la tesis expuesta en la que se estima la demanda por no desarrollar el demandado, señala la sentencia de la Audiencia, «ningún esfuerzo probatorio tendente a acreditar las deficiencias denunciadas»».

- § 7 Pero lo más relevante del periodo, en materia de **swaps**, es probablemente la llegada al TS de los primeros litigios en que se plantea la **acción de responsabilidad** por incumplimiento de las obligaciones de asesoramiento en un contrato de permuta financiera, **normalmente como pretensión subsidiaria a la de nulidad**. Como veremos más adelante, éste es el cauce de reclamación preponderante en las sentencias sobre participaciones preferentes y otros productos de inversión complejos, pero hasta ahora permanecía prácticamente inédito en la jurisprudencia del TS en materia de swaps.

Estima la demanda de responsabilidad la STS de 28 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2167), haciendo extensiva a estos contratos la doctrina elaborada a lo largo de estos últimos años en relación con la contratación de otros productos financieros complejos, especialmente participaciones

preferentes, obligaciones subordinadas y productos estructurados: «Conforme a dicha jurisprudencia, ya consolidada, en la comercialización de los productos financieros complejos sujetos a la normativa MiFID, el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento./ En concreto, en las sentencias 677/2016, de 16 de noviembre (RJ 2016, 6302), y 62/2019, de 31 de enero (RJ 2019, 388), declaramos que, en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el incumplimiento o cumplimiento negligente y el daño indemnizable». La aplicabilidad de esta acción se reconoce también para los swaps en la antes reseñada la STS de 12 de junio de 2019 (RJ 2019, 2376), en la STS de 27 de junio de 2019 (RJ 2019, 2608), y en la STS de 25 de junio de 2019 (JUR 2019, 209363), aunque en esta última el incumplimiento que se alega parece venir referido a determinadas obligaciones contractuales de seguimiento de la operación. Con todo, en ninguna de estas últimas cuatro sentencias se acaba estimando acción, por motivos diferentes, por lo que las referencias a la misma en estos pronunciamientos han de considerarse hechas en *obiter dicta*.

- § 8 En relación con las posibles vías de reclamación es de sumo interés la STS de 19 de febrero de 2020 (RJ 2020, 481) que acoge dos acciones distintas, la de **indemnización de los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento de las obligaciones de información previa**, y la de **resolución por incumplimiento contractual**. La demanda se refería a varios swaps sobre tipos de interés, sucesivos y concatenados, y a un swap sobre inflación. Curiosamente, el demandante planteaba pretensiones distintas para ambos grupos de permutas. Respecto a todas ellas solicitaba la declaración de incumplimiento por parte del banco de los deberes de información establecidos en las normas de conducta de los mercados de valores, pero luego, instaba la condena a la indemnización de daños y perjuicios, para el primer caso, y la resolución por incumplimiento para el segundo.

El TS acoge el recurso de casación, con estimación de la demanda, y condena al banco a resarcir los daños ocasionados al cliente. En este punto la sentencia es de interés, porque, como hemos visto, son todavía escasos los pronunciamientos del TS que aplican esta consecuencia en

materia de swaps. En este caso, entiende el TS que «[e]l incumplimiento de estos deberes legales, en el marco de la relación de asesoramiento que ligaba a las partes, propició la contratación de un swap que reportó a Iberinox un perjuicio representado por el saldo neto negativo de las liquidaciones practicadas, que han sido cifradas en 463.774,67 euros. Esta cantidad devengará intereses desde la reclamación judicial, en este caso la interposición de la demanda, y no, como se había solicitado en la demanda, desde cada una de las liquidaciones practicadas, en atención a que la acción ejercitada no es la de nulidad, que conlleva la restitución de prestaciones, sino la de indemnización de daños y perjuicios, y estos se han determinado por el saldo neto final de las liquidaciones».

En cambio, respecto al swap sobre inflación el demandante plantea su reclamación en términos diferentes. Como petición principal se solicita la resolución por incumplimiento de aquellos deberes de información precontractual y, como subsidiaria, la resolución por incumplimiento contractual, pues el banco había demorado seis meses la tramitación de la petición de cancelar la permuta que había realizado su cliente, alegando que debía respetarse un plazo mínimo para instar la cancelación y propiciando con ello un incremento sustancial de su coste. El TS en este caso no estima la pretensión principal, pero sí la subsidiaria, en congruencia con su doctrina anterior sobre la necesidad de que el incumplimiento resolutorio alegado lo sea de una obligación derivada del contrato y no de una obligación o deber previo impuesto al banco por la ley.

1.2. Participaciones preferentes, obligaciones subordinadas y productos estructurados

§ 9 En un segundo grupo damos noticia de las sentencias relacionadas con la suscripción de **participaciones preferentes, obligaciones subordinadas y productos estructurados**, que también están llegando de forma masiva al TS desde hace algunos años. A diferencia de los swaps sobre tipos de interés, que son contratos financieros cuya principal función reside en prestar cobertura de los riesgos de oscilaciones excesivas en los tipos de interés variables, los productos que se integran en este segundo grupo son valores negociables que sirven a una finalidad de inversión. Aunque entre las tres categorías enunciadas se detectan importantes diferencias en cuanto a su naturaleza jurídica y contenido, se agrupan en este apartado habida cuenta de que reciben un tratamiento común por parte del TS, con algunas pequeñas diferencias de matiz que señalaremos en su caso. Tradicionalmente, el remedio procesal más utilizado en este campo, al igual que en el caso de los swaps, ha sido el de la acción de nulidad por vicio del consentimiento. Sin embargo, también ha tenido un importante predicamento la acción de responsabilidad por incumplimiento de los deberes de información precontractual y de hecho, como se puede constatar por la cantidad de sentencias emitidas, en la actualidad su número es muy superior a aquellas en las que se resuelve por la vía de nulidad por vicios del consentimiento.

§ 10 Al igual que en el caso de los swaps, el TS rechaza de plano la posibilidad de declarar la nulidad de pleno derecho *ex art.* 6.3 CC por el incumplimiento de las obligaciones de información precontractual contenidas en la normativa del mercado de valores (STS de 23 de octubre de 2019 [RJ 2019, 4325]). En cambio, sí ha acogido con asiduidad la **acción de nulidad por vicio del consentimiento**, basándose en consideraciones similares a las examinadas en el epígrafe anterior. En este periodo aprecian la concurrencia del error invalidante, con la consiguiente anulación del contrato, la STS de 11 de enero de 2019 (RJ 2019, 12), en un supuesto en que el adquirente era un Registrador de la Propiedad, la STS de 17 de enero de 2019 (RJ 2019, 339), la *STS de 21 de enero de 2019* (RJ 2019, 63), aunque estimado en parte el recurso del banco, la STS de 4 de abril de 2019 (RJ 2019, 1245), la STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019, 1276), la STS de 3 de junio de 2019 (RJ 2019, 2182), la STS de 8 de julio de 2019 (RJ 2019, 2697), la STS de 8 de julio de 2019 (RJ 2019, 2697), la STS de 16 de julio de 2019 (RJ 2019, 3004), la STS de 22 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4203), aunque estimando el recurso planteado por el banco en reclamación de los intereses sobre las cantidades a devolver por el suscriptor por aplicación del art. 1.303 CC, la STS de 22 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4221), la STS de 23 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4223), la STS de 20 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4936), la STS de 5 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5010), la STS de 22 de enero de 2020 (RJ 2020, 56) o la STS de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020, 377).

Hacen lo propio la STS de 16 de enero de 2019 (RJ 2019, 101), la STS de 22 de enero de 2019 (RJ 2019, 76), la STS de 24 de enero de 2019 (RJ 2019, 172), y la STS de 28 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1206), la STS de 17 de mayo de 2019 (RJ 2019, 1206), la STS de 3 de junio de 2019 (RJ 2019, 2185), la STS de 5 de junio de 2019 (RJ 2019, 2441) o la STS de 3 de febrero de 2020 (RJ 2020, 124), en situaciones en que las obligaciones subordinadas o participaciones preferentes adquiridas habían sido canjeadas por acciones que posteriormente se enajenaron. Según jurisprudencia consolidada del TS, la posterior venta no priva al suscriptor de los títulos de la legitimación activa por vicio del consentimiento del negocio previo de adquisición, ni supone una confirmación tácita del mismo.

Por reseñar algunos casos, en la STS de 16 de julio de 2019 (RJ 2019, 3419) la apreciación del error se deduce a partir de un conjunto de elementos paradigmáticos: se contrata un producto complejo de carácter perpetuo, como son las obligaciones subordinadas, las firmantes no tienen experiencia previa en materia financiera, no consta la prestación de información precontractual, se entrega a los clientes una libreta de «obligaciones subordinadas», de apariencia y formato similar a las libretas de ahorros, y, finalmente, con motivo de la entrada en vigor de MiFID se practica un test de conveniencia en el que se constata en los suscriptores de las obligaciones un bajo grado de conocimiento de los mercados de instrumentos financieros. Por su parte, la STS de 8 de julio de 2019

(RJ 2019, 2697) considera que la asistencia de un socio cooperativista a las asambleas en que se decide la emisión de participaciones preferentes de su cooperativa no obsta la apreciación de error en la contratación posterior de las preferentes de otra sociedad, habida cuenta que la entidad de crédito vendedora de las mismas no cumple con los deberes de información precontractual que le impone la legislación. La STS de 16 de julio de 2019 (RJ 2019, 3004) recuerda que la entidad de crédito comercializadora de participaciones preferentes ajenas tiene legitimación pasiva para ser demandada por nulidad, al ser su papel determinante en la prestación de un consentimiento viciado por parte del adquirente por no informarle de las características del producto y de los riesgos que trae aparejada su adquisición.

También destaca, por la peculiaridad del supuesto enjuiciado, la de STS de 20 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4936). En este caso, el cliente era una persona de avanzada edad, analfabeto y con una minusvalía del 88%, que había sido agraciado con un premio de lotería, lo cual le permitió realizar diversas inversiones mobiliarias e inmobiliarias. Con este motivo había contratado varias operaciones bancarias y de inversión en una entidad de crédito, asistido por un amigo suyo que carecía asimismo de formación especializada, pues era maestro tornero. Concretamente había suscrito varios productos de inversión complejos y había firmado dos préstamos con garantía de valores y con un swap sobre tipos de interés vinculado. Posteriormente solicitó la nulidad por vicios del consentimiento de los productos de inversión y de los préstamos. En este caso, frente a la sentencia de instancia, el TS acoge las pretensiones del actor en relación con los productos complejos (no se había practicado ningún test de idoneidad), pero no las relativas a los préstamos, por considerarlos operaciones no complejas y adecuadas al objetivo perseguido por el prestatario. Además, no declara la nulidad del swap, por no haber sido solicitada en la demanda.

La STS de 2 de marzo de 2020 (JUR 2020, 85250) reitera que el deber de restitución recíproca a que da lugar la declaración de nulidad comprende también las cantidades recibidas por los suscriptores, más los intereses legales desde la fecha del cobro. En cambio, como indica la STS de 3 de febrero de 2020 (RJ 2020, 124), no resulta exigible que el cliente pague intereses por las cantidades procedentes de la venta de los títulos: «El resultado de la venta al FGD no sería propiamente una prestación a favor del adquirente (que es lo que debe restituir), sino una disminución o amortización parcial de la inversión que no le produjo rendimiento alguno, y que se tendrá en cuenta respecto del principal a restituir». Por su parte, la STS de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020, 377) considera que para apreciar la existencia del error invalidante no resultaba obstativo el hecho de que el suscriptor fuese socio cooperativista de la entidad emisora, porque ello «no quiere decir que conociera el producto ni sus riesgos, pues no consta que sus funciones se realizaran en el departamento financiero ni que tuviera conocimientos especializados de ese tipo».

§ 11 En relación con el **inicio del cómputo del plazo de la acción**, problema que ya hemos tratado antes en relación con los swaps, la STS de 16 de julio de 2019 (RJ 2019, 3004) reitera que el plazo de caducidad no comienza a computarse por el simple hecho de que el cliente haya dejado de percibir liquidaciones, porque tal circunstancia no le permite advertir las características reales del producto ni los riesgos que lleva aparejada su contratación. También la STS de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020, 377) aplica la **doctrina general emanada del TS para la comercialización de productos financieros complejos** a un supuesto de suscripción de unas obligaciones subordinadas, entendiendo que el cliente no pudo advertir su error hasta que se suspendió la negociación de dichos valores en el mercado secundario oficial: «como quiera que el vencimiento del producto financiero complejo objeto de litigio no estaba fijado contractualmente, sino que la vinculación del producto era perpetua, el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error no pudo tener lugar hasta que la AIAF (Asociación de Intermediarios de Activos Financieros, que constituye el mercado español bursátil secundario oficial de negociación para la Deuda Corporativa o valores de renta fija integrado en Bolsas y Mercados Españoles –BME-) suspendió la negociación de las aportaciones subordinadas litigiosas el 30 de octubre de 2013». Por su parte, la STS de 4 de abril de 2019 (RJ 2019, 1245) aclara que la solicitud de diligencias preliminares tiene el efecto de cesar el transcurso del plazo de caducidad, si como consecuencia de las mismas el demandante obtiene la documentación necesaria y, a continuación, interpone la demanda.

En este punto, resultan de especial interés la STS de 17 de enero de 2019 (RJ 2019, 339), la STS de 26 de junio de 2019 (RJ 2019, 2607), la STS de 9 de julio de 2019 (RJ 2019, 2793) y la STS de 2 de marzo de 2020 (JUR 2020, 8542), por cuanto **aplican al supuesto de los productos estructurados el criterio de la total consumación del contrato para fijar el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de nulidad por vicio del consentimiento**. Esta doctrina ya está consolidada en los litigios de nulidad de un contrato de swap, pero ahora se aplica a la adquisición de un producto estructurado. Se entiende, por tanto, que la consumación del contrato impugnado no se produce hasta que no concluye el periodo de vigencia del producto estructurado adquirido por el cliente mediante aquel contrato, considerando que también en este caso se establece entre las partes una relación contractual duradera con prestaciones sucesivas: «Así como en el caso de las participaciones preferentes o las obligaciones subordinadas, el negocio se consuma con la propia adquisición de estos productos, no ocurre lo mismo con los bonos estructurados, en los que, durante un determinado periodo de tiempo, los rendimientos y las pérdidas se van produciendo periódicamente en función del comportamiento que hubieran tenido los valores a los que está ligado. A estos efectos de considerar cuándo se entiende consumado el negocio de adquisición, el bono estructurado guarda relación con la permuta financiera, respecto de la que hemos considerado que se consumaba a su vencimiento». La

Sentencia de 9 de julio aclara asimismo que el cambio de criterio operado por la jurisprudencia desde 2015 en relación con la fijación de *est dies a quo* en sede de adquisición o contratación de productos financieros complejos puede aplicarse perfectamente a las demandas planteadas con anterioridad a aquella fecha, resultando improcedentes en este caso las alegaciones referidas a la pertinencia de aplicar el principio de irretroactividad: «la interpretación que hace la sentencia recurrida de que esta jurisprudencia iniciada desde la citada sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, no puede aplicarse de forma retroactiva, resulta inconsistente a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en la STC 16/2015, de 16 de febrero (RTC 2015, 16): «(E)l Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008 (JUR 2008, 385335), caso Unédic contra Francia, § 74), pues la evolución de la jurisprudencia no es en sí contraria a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010 (JUR 2010, 7169), caso *Atanasovski* contra la ex República Yugoslava de Macedonia, § 38)./ A lo anterior debemos añadir que en el sistema de *civil law* en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho –las sentencias no crean la norma– por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del *common law*, en el que el precedente actúa como una norma y el *overruling*, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del *prospective overruling*, rigiendo, por el contrario, el *retrospective overruling* (sin perjuicio de su excepción por disposición legal que establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley)./ Así tuvimos ocasión de señalarlo ya en nuestra STC 95/1993, de 22 de marzo (RTC 1993, 95), en la que subrayamos que la sentencia que introduce un cambio jurisprudencia “hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice” (FJ 3)». / Dicho de otro modo, y a los efectos que ahora interesa, el eventual cambio de jurisprudencia no equivale a una reforma legal que impida su aplicación retroactiva a conflictos jurídicos suscitados con anterioridad. La jurisprudencia interpreta una norma preexistente y puede aplicarse, aun en el caso en que haya existido un cambio jurisprudencial, a todos los casos en que resulte de aplicación aquella norma».

§ 12 En cambio, **desestiman la demanda por no existir déficit informativo** la STS de 16 de enero de 2019 (RJ 2019, 89) y la STS de 24 de enero de 2019 (RJ 2019, 135), en un supuesto en que a las obligaciones subordinadas suscritas se acompañaba un anexo titulado «producto rojo» en el que se explicaban de forma sencilla los riesgos que comportaba su adquisición –no así la STS de 12 de marzo de 2019 (RJ 2019, 918), del mismo ponente, por haberse entregado dicho anexo en el mismo momento de la contratación, por tanto, sin la antelación suficiente-; como también la STS de 14 de marzo de 2019 (RJ 2019, 923), en un caso en que la cliente, Notaria de profesión, había firmado un documento en que reconocía haber sido informada cumplidamente sobre de las características y riesgos del producto y, en particular, acerca de que el calificativo «preferente» que acompañaba a las participaciones suscritas no significaba que sus titulares tuvieran la condición de acreedores privilegiados, pues en el orden de recuperación de créditos este tipo de participaciones se sitúan únicamente por delante de las acciones ordinarias.

Hace lo propio la STS de 25 de junio de 2019 (RJ 2019, 2626), dado que el banco había acreditado haber prestado a las clientes la información necesaria para conocer las características del producto y sus riesgos con una antelación suficiente a su adquisición por medio de uno de sus agentes, que había asesorado a la familia de las suscriptoras durante muchos años. En este caso se estima el recurso extraordinario por infracción procesal planteado por el banco.

Por su parte, la STS de 9 de enero de 2019 (RJ 2019, 5) desestima una demanda de nulidad presentada por un numeroso grupo de suscriptores, compuesto por personas físicas y jurídicas que habían adquirido unas notas estructuradas a un banco. Las notas estaban referenciadas a un fondo norteamericano cuyo valor era esencial para el funcionamiento de los títulos, pues determinaba su valor de compraventa. La liquidación del fondo dejó sin referencia las notas estructuradas lo cual hizo imposible su transmisión. Ello ocasionó, de facto, la pérdida de la inversión de los suscriptores. El JPI desestimó la demanda, pero la Audiencia estimó el recurso planteado por los demandantes aplicando la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus. En casación, el TS entiende que dicha doctrina no es aplicable al caso por faltar el elemento de la previsibilidad, habida cuenta de que el desenlace negativo aparecía expresamente previsto en el contrato y había sido advertido a los suscriptores.

Desestima asimismo la acción de nulidad por vicio del consentimiento –así como la subsidiaria de responsabilidad– la STS de 23 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4325), confirmando una especial importancia al hecho de que los demandantes hubieran solicitado financiación para acometer una adquisición apalancada del producto estructurado cuyo contrato de suscripción impugnaron posteriormente dando pie al litigio: «se trataba de clientes que deseaban invertir sumas muy importantes de dinero;

salvo uno de ellos, hicieron incluso una inversión «apalancada»; y la información facilitada permitió a los inversionistas conocer la naturaleza y los riesgos de la inversión».

Por último, también la STS de 2 de marzo de 2020 (JUR 2020, 85246) desestima el recurso planteado por el demandante por no quedar demostrada la concurrencia de dolo, ni concurrir tampoco error, por cuanto el demandante tenía experiencia anterior en la suscripción de productos estructurados y, además, había sido el presidente de una SICAV, sociedad de inversión mobiliaria de capital variable, cuyo objeto social radicaba en «la adquisición, tenencia, disfrute, administración en general y enajenación de valores mobiliarios y otros activos financieros para compensar, con una adecuada composición sus activos, los riesgos y los tipos de rendimiento de sus diferentes inversiones». Por su parte, la STS de 3 de febrero de 2020 (RJ 2020, 300), estima el recurso extraordinario por infracción procesal planteado por el banco frente a una sentencia estimatoria de la demanda de carácter incongruente, que había apreciado la nulidad parcial del contrato, cuando ésta no había sido pedida por el demandante. Posteriormente, entra en el fondo del asunto para acabar desestimando el recurso de apelación y, con él, la demanda.

En un terreno más procesal, la STS de 14 de marzo de 2019 (RJ 2019, 888) desestima por falta de legitimación pasiva, al haberse dirigido la demanda contra una entidad distinta de la que había comercializado el producto, aunque perteneciente a su mismo grupo de sociedades. Y la *STS de 14 de marzo de 2019* (RJ 2019, 911) por no haber apelado el demandante la desestimación de la nulidad por vicio del consentimiento de la sentencia de primera instancia. Ésta había declarado el contrato nulo de pleno derecho por contravención de Ley, desestimando el resto de las pretensiones del demandante, entre las que se encontraba la de nulidad por vicio del consentimiento. Cuando la cuestión llega al TS, éste aplica su doctrina consolidada sobre la inexistencia de nulidad de pleno derecho en estos casos y desestima la demanda del suscriptor del producto por no haber apelado la decisión del juez de primera instancia de considerar improcedente a pretensión de nulidad por vicio del consentimiento.

La STS de 11 de enero de 2019 (RJ 2019, 19), la STS de 12 de junio de 2019 (RJ 2019, 2374), la STS de 23 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4212), la STS de 19 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4719) y la STS de 3 de febrero de 2020 (RJ 2020, 141) forman parte del grupo de pronunciamientos surgidos como consecuencia de la cesión del negocio bancario por Bankpime a Caixabank, en los que se planteaba la cuestión de la **posible falta de legitimación pasiva del cesionario en una cesión con cláusula de exclusión de pasivos contingentes**. En estas sentencias el alto Tribunal considera que no existen argumentos para apartarse del criterio seguido por las anteriores sobre el mismo asunto y ratifica la legitimación pasiva de la entidad demandada en un litigio

sobre nulidad del contrato: «la transmisión por Bankpime a Caixaabank de su negocio bancario como unidad económica y, como elemento integrante de dicha transmisión, la sustitución de Bankpime por Caixaabank en la posición contractual que aquel ostentaba frente a cada uno de sus clientes del negocio bancario, justifica que estos pudieran ejercitar contra Caixaabank las acciones de nulidad contractual, por error vicio, respecto de los contratos celebrados por Bankpime con su clientela antes de la transmisión del negocio bancario, sin perjuicio de las acciones que Caixaabank pueda ejercitar contra Bankpime para quedar indemne frente a esas reclamaciones, conforme a lo previsto en el contrato celebrado entre ambos bancos». Por ello, concluye que frente a los clientes carece de eficacia la previsión de que no resulten transmitidos los «pasivos contingentes» consistentes en «reclamaciones contractuales futuras(...) que puedan derivarse de la actividad del vendedor (...)»: «la pretensión de hacer valer una cláusula de esta naturaleza frente a los clientes que lo eran de B y pasaron a serlo de C, supone dejar sin efecto la cesión de una determinada posición contractual efectivamente producida, cuando en el futuro se genere un conflicto al que el banco cesionario decida no dar una respuesta satisfactoria para el cliente y este efectúe una reclamación». En las últimas sentencias citadas, el TS manifiesta la contumaz resistencia del demandado que reitera sus argumentos, sin aportar otros nuevos ante los recursos planteados por sus clientes que son sistemáticamente acogidos por la Sala: «Lo que no es comprensible es que Caixaabank se oponga a los recursos formulados por sus clientes alegando los mismos argumentos que han sido ya rechazados una y otra vez por esta sala, pero sin criticarlos ni tratar de convencer a este tribunal sobre lo incorrecto de su jurisprudencia, simplemente obviándola, como si esas sentencias que resuelven recursos prácticamente idénticos a éste, que ya han rechazado esos argumentos, no se hubieran dictado».

Por último, la STS de 31 de enero de 2019 (RJ 2019, 207), la STS de 21 de enero de 2019 (RJ 2019, 959), la STS de 28 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2178), la STS de 5 de junio de 2019 (RJ 2019, 2441), la STS de 12 de junio de 2019 (RJ 2019, 2374) y la STS de 21 de junio de 2019 (RJ 2019, 2471) recuerdan que los efectos de la declaración de nulidad incluyen tanto el devengo de intereses por las cantidades recibidas por el banco, como los rendimientos obtenidos por el cliente por la titularidad de los valores, siempre desde la fecha de su respectiva percepción.

- § 13 Ya en sede de acciones de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de información y/o asesoramiento a cargo de la entidad de crédito, destaca, por su valor paradigmático, la STS de 31 de enero de 2019 (RJ 2019, 388), en la que se condena al banco a resarcir el daño ocasionado, con fundamento en el art. 1.101 CC, en un supuesto en que la acción de nulidad por vicio del consentimiento había caducado respecto de algunos de los productos suscritos por las inversoras demandantes. En la demanda se habían planteado, como pretensiones alternativas, la nulidad, la resolución y la de indemnización por

incumplimiento de los deberes de información en el marco del asesoramiento en materia de inversión. La de nulidad solo se acogió respecto a algunos de los productos suscritos negando el TS que entre todos ellos existiera «un único contrato de tracto sucesivo que ligara a cada una de las demandantes con el banco», como planteaba la recurrente, «sino diferentes contratos, tantos como productos financieros fueron adquiridos». Pero sobre los restantes –que no merecieron la declaración de nulidad– se estimó la acción de responsabilidad por incumplimiento, habida cuenta de que «los bonos adquiridos, que encerraban un elevado riesgo, fueron adquiridos por las demandantes bajo las recomendaciones de su asesor de banca personal (empleado del banco demandado), fiadas en que el capital estaba garantizado. Se aprecia un cumplimiento negligente de los deberes congénitos al asesoramiento en la adquisición de estos productos, pues a unas clientes que buscaban una inversión en que el capital estuviera garantizado, se les recomendó la adquisición de unos bonos que conllevaban un elevado riesgo de pérdida parcial del capital, sin ni siquiera informarles al respecto».

El supuesto anterior es muy representativo del proceso de evolución que han seguido las reclamaciones en este ámbito, frente a las campañas de comercialización irregular de productos de inversión por parte de entidades de crédito y compañías financieras. En un primer momento se utilizó la acción de nulidad por vicio del consentimiento, pero cuando la interposición de este tipo de acción se hizo imposible debido al transcurso del plazo de caducidad, se ha recurrido masivamente a la acción de responsabilidad, con un plazo de prescripción mucho más extenso en el momento en que se produjeron los hechos por aplicación del art. 1.964.2º CC. La fundamentación de la reclamación es prácticamente idéntica en ambos casos, por lo que pueden considerarse dos remedios perfectamente fungibles, aun cuando las consecuencias en uno y otro caso son diferentes (por ejemplo, en términos de fecha desde que se computan los intereses). Lo dicho se comprueba por la gran cantidad de sentencias sobre acciones de responsabilidad que han aparecido en el periodo que estamos examinando (2019-inicios de 2020), que contrasta sobremedida con la situación existente hace dos o tres años, en que había muy pocas en relación con las de nulidad.

La base dogmática de este tipo de reclamaciones se asentó en la jurisprudencia del TS por medio de unos primeros pronunciamientos dictados entre 2013 y 2015, en los que se inicia una línea argumental tendente a reconocer que el **incumplimiento de las obligaciones que las normas de conducta de los mercados de valores imponen a las empresas de servicios de inversión** y, por extensión, a las entidades de crédito, **puede actuar como criterio de imputación de responsabilidad por el daño causado al cliente**, que se materializa en la pérdida sufrida con motivo de dicha inversión. Con ello se facilita la carga probatoria del cliente, en particular en lo atinente a la relación de causalidad. Naturalmente,

siendo resarcitoria la finalidad de esta vía de reclamación, ha de procederse a la determinación del daño efectivo sufrido por el inversor.

Encontramos pergeñadas estas ideas de forma incipiente en algunos de los primeros casos aparecidos con motivo de la colocación de participaciones preferentes y productos estructurados, cuya suscripción responde a una recomendación realizada por el banco en el marco de las funciones de asesoramiento en materia de inversión asumidas en virtud de un contrato previo, normalmente de gestión de carteras. Así ocurre en la STS, Pleno, de 17 de abril de 2013 (RJ 2013, 3493), en un caso de inversión en participaciones de un *hedge fund* de Madoff de la cartera de un cliente que había optado por el perfil de riesgo más bajo de entre los ofertados por el banco, como también en la STS, Pleno, de 18 de abril de 2013 (RJ 2013, 3387) o en la STS de 30 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6662), en sendos supuestos de contratos de gestión de carteras y de depósito y administración de valores, en los que la entidad de crédito había recomendado la adquisición de acciones o participaciones preferentes de bancos extranjeros, sin contar con el perfil de riesgo bajo que caracterizaba a los inversores: «Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas» (STS, Pleno, de 18 de abril de 2013 [RJ 2013, 3387]).

Pero esta construcción luego se traslada a otros supuestos en los que la relación jurídica previa es más difícil de localizar o, sencillamente, no existe, por lo que el incumplimiento no se enmarca en dicha relación, sino que se circunscribe a la falta de cumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la Ley al profesional para la fase precontractual. Esto parece suceder, por ejemplo, en la STS de 7 de julio de 2015 (RJ 2015, 3914), la STS de 10 de julio de 2015 (RJ 2015, 2776) y la STS de 13 de julio de 2015 (RJ 2015, 2777).

Esta línea argumental se ha mantenido en el Tribunal Supremo hasta la actualidad, con un incremento exponencial de los casos en que se aplica. Así, entre 2019 y los primeros meses de 2020 han aparecido la STS de 31 de enero de 2019 (RJ 2019, 388) con la que hemos encabezado este § 13, las SSTS de 6 de marzo de 2019 (RJ 2019, 731) y (RJ 2019, 1136), la STS de 15 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1150), la STS de 21 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1144), las SSTS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019, 1332) y (RJ 2019, 1370), las SSTS de 23 de abril de 2019 (RJ 2019, 1772) y (RJ 2019, 1773), la STS de 6 de mayo de 2019 (RJ 2019, 1921), las SSTS de 10 de mayo de 2019 (RJ 2019, 1883) y (RJ 2019, 1884), las SSTS de 22 de mayo de 2019 (RJ 2019, 1973) y (RJ 2019, 2118), las SSTS de 3 de junio de 2019 (RJ 2019, 2260), (RJ 2019, 2384), (RJ 2019, 2432), (RJ 2019, 2439), (RJ 2019, 2444) y (RJ 2019, 2445), las SSTS de 4 de julio

de 2019 (RJ 2019, 2677), (RJ 2019, 2767), (RJ 2019, 3143) y (RJ 2019, 3150), las SSTS de 5 de julio de 2019 (RJ 2019, 2664), (RJ 2019, 2768), (RJ 2019, 2770) y (RJ 2019, 3147), las SSTS de 17 de julio de 2019 (RJ 2019, 2840), (RJ 2019, 2989), (RJ 2019, 3011) y (RJ 2019, 3016), las SSTS de 20 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3609), (RJ 2019, 3598), (RJ 2019, 3605), (RJ 2019, 3606) y (RJ 2019, 3638), la STS de 4 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4342), las SSTS de 6 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4471) y (RJ 2019, 4590), la STS de 18 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4489), la STS de 6 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4374), la STS de 28 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4999), las SSTS de 21 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4716), (RJ 2019, 4888), (RJ 2019, 4924), (RJ 2019, 4927) y (RJ 2019, 4930), las SSTS de 16 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5094), (RJ 2019, 5122), (RJ 2019, 5128), (RJ 2019, 5130) y (RJ 2019, 5257), las SSTS de 20 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5129) y (RJ 2019, 5138), las SSTS de 16 de enero de 2020 (RJ 2020, 650), (RJ 2020, 651), (RJ 2020, 655), (RJ 2020, 667) y (RJ 2020, 668), las SSTS de 22 de enero de 2020 (RJ 2020, 55), (RJ 2020, 60), (RJ 2020, 68) y (RJ 2020, 74) y las SSTS de 11 de febrero de 2020 (RJ 2020, 451), (RJ 2020, 452), (RJ 2020, 503). En muchas de ellas se repite el siguiente fragmento, procedente de la STS de 14 de febrero de 2018: «en el marco de una relación de asesoramiento prestado por una entidad de servicios financieros y a la vista del perfil e intereses de inversión del cliente, puede surgir una responsabilidad civil al amparo del art. 1101 CC, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de esa relación de asesoramiento financiero, que causa al inversor un perjuicio consistente en la pérdida total o parcial de su inversión». En referencia a la necesaria advertencia del riesgo crediticio que supone la inversión en productos estructurados de determinadas empresas, señala la STS de 18 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4489), que la falta de información adecuada no se suple con la información sobre el rating del emisor del producto.

Por otra parte, muchas de las sentencias dictadas en este periodo reiteran la **necesidad de compensar el importe de la eventual pérdida con las cantidades recibidas por el cliente** en concepto de rendimientos y/o canje de los títulos por acciones de la entidad: «En el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño –en el caso, por incumplimiento de la otra parte– pero también una ventaja –la percepción de unos rendimientos económicos–, deben compensarse uno y otra, a fin de que el contratante cumplidor no quede en una situación patrimonial más ventajosa con el incumplimiento que con el cumplimiento de la relación obligatoria. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, aquellas ventajas que el deudor haya obtenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad o en relación causal adecuada con éste» (SSTS de 6 de marzo de 2019 [RJ 2019, 731] y [RJ 2019, 1136], STS de 15 de marzo de 2019 [RJ 2019, 1150], STS de 21 de marzo de 2019 [RJ 2019, 1144], SSTS de

5 de abril de 2019 [RJ 2019, 1332] y [RJ 2019, 1370], SSTS de 23 de abril de 2019 [RJ 2019, 1772] y [RJ 2019, 1773], STS de 6 de mayo de 2019 [RJ 2019, 1921], SSTS de 10 de mayo de 2019 [RJ 2019, 1883] y [RJ 2019, 1884], SSTS de 22 de mayo de 2019 [RJ 2019, 1973] y [RJ 2019, 2118], SSTS de 3 de junio de 2019 [RJ 2019, 2260], [RJ 2019, 2384], [RJ 2019, 2432], [RJ 2019, 2439], [RJ 2019, 2444], [RJ 2019, 2445], SSTS de 4 de julio de 2019 [RJ 2019, 2677], [RJ 2019, 2767], [RJ 2019, 3143] y [RJ 2019, 3150], SSTS de 5 de julio de 2019 [RJ 2019, 2664], [RJ 2019, 2768], [RJ 2019, 2770] y [RJ 2019, 3147], SSTS de 17 de julio de 2019 [RJ 2019, 2840], [RJ 2019, 2989], [RJ 2019, 3011] y [RJ 2019, 3016], SSTS de 20 de septiembre de 2019 [RJ 2019, 3609], [RJ 2019, 3598], [RJ 2019, 3605], [RJ 2019, 3606] y [RJ 2019, 3638], STS de 6 de noviembre de 2019 [RJ 2019, 4374], SSTS de 21 de noviembre de 2019 [RJ 2019, 4716], [RJ 2019, 4888], [RJ 2019, 4924], [RJ 2019, 4927] y [RJ 2019, 4930], SSTS de 16 de diciembre de 2019 [RJ 2019, 5094], [RJ 2019, 5122], [RJ 2019, 5128], [RJ 2019, 5130] y [RJ 2019, 5257], SSTS de 20 de diciembre de 2019 [RJ 2019, 5129] y [RJ 2019, 5138], SSTS de 16 de enero de 2020 [RJ 2020, 650], [RJ 2020, 651], [RJ 2020, 655], [RJ 2020, 667] y [RJ 2020, 668]; SSTS de 22 de enero de 2020 [RJ 2020, 60], [RJ 2020, 68] y [RJ 2020, 74] y SSTS de 11 de febrero de 2020 [RJ 2020, 451], [RJ 2020, 452] y [RJ 2020, 503]).

En no pocas ocasiones, la suma de los retornos obtenidos por el cliente es superior a la cantidad invertida, lo cual determina que no haya lugar a la estimación de la demanda ni a la indemnización –con imposición de las costas al demandante, en determinados casos– (STS de 16 de enero de 2019 [RJ 2019, 148] y STS de 27 de marzo de 2019 [RJ 2019, 1223], STS de 11 de abril de 2019 [RJ 2019, 1375], STS de 4 de julio de 2019 [RJ 2019, 2666], SSTS de 5 de julio de 2019 [RJ 2019, 2678], SSTS de 17 de julio de 2019 [RJ 2019, 2843], [RJ 2019, 2844], [RJ 2019, 3003], [RJ 2019, 3259], SSTS de 6 de noviembre de 2019 [RJ 2019, 4589], SSTS de 16 de diciembre de 2019 [RJ 2019, 5134] y [RJ 2019, 5354], STS de 20 de diciembre de 2019 [RJ 2019, 5126], STS de 22 de enero de 2020 [RJ 2020, 62], STS de 11 de febrero de 2020 [RJ 2020, 504] y SSTS de 19 de febrero de 2020 [RJ 2020, 394], [RJ 2020, 395], [RJ 2020, 484], [RJ 2020, 487] y [RJ 2020, 502]), salvo que la desestimación no haya sido pedida por el banco en el recurso de casación (STS de 17 de julio de 2019 [RJ 2019, 3024]) o la demandada no hubiere solicitado que se computaran los rendimientos a favor del demandante (STS de 11 de febrero de 2020 [RJ 2020, 378]). Por su parte, la STS de 31 de enero de 2019 (RJ 2019, 387), la STS de 22 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1125), la STS de 13 de junio de 2019 (RJ 2019, 2386) y la STS de 27 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3674) recuerdan que las cantidades debidas por la entidad de crédito en concepto de indemnización devengan intereses desde la interposición de la demanda y no desde que se llevó a cabo la inversión, como ocurre en los supuestos de devolución de contraprestaciones como consecuencia de la declaración de nulidad de la operación. Como caso especial podemos citar la STS de 18 de octubre

de 2019 (RJ 2019, 4489), que condena al pago de intereses procesales desde la fecha de la sentencia de la Audiencia y no desde la interposición de la demanda, aplicando el criterio de la razonabilidad del art. 576,2 LEC, habida cuenta de la complejidad del litigio propiciada por la acumulación de gran cantidad de acciones a instancias del demandante.

No estima la acción de responsabilidad, que se había planteado como subsidiaria de la de nulidad, la STS de 2 de marzo de 2020 (JUR 2020, 85246), antes reseñada, habida cuenta de que el suscriptor tenía experiencia anterior y había sido presidente de una sociedad de inversión mobiliaria.

- § 14 Por otra parte, la STS de 24 de abril de 2019 (RJ 2019, 1727), la STS de 6 de mayo de 2019 (RJ 2019, 1921), la STS de 25 de junio de 2019 (RJ 2019, 2626), la STS de 4 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4342), la STS de 21 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4722), la STS de 25 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4964), y STS de 28 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4999) declaran la imposibilidad de fundamentar la acción de resolución en el incumplimiento de las obligaciones de información precontractual: «Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual». De este modo, el TS sigue una línea de interpretación que inició con la STS de 25 de febrero de 2016 (RJ 2016, 1514), del mismo ponente, y que luego ha mantenido con otras posteriores como la STS de 30 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4846), la STS de 7 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4739), la STS de 30 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5849), la STS de 1 de diciembre de 2016 (RJ 2016, 5848), la STS de 11 de julio de 2017 (RJ 2017, 3113), la STS de 21 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 5280), la STS de 26 de enero de 2018 (RJ 2018, 195), la STS de 26 de enero de 2018 (RJ 2018, 288), la STS de 1 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1039) o la STS de 29 de junio de 2018 (RJ 2018, 3098).

En muchas de estas sentencias se aclara, de paso, que dicho incumplimiento puede motivar la nulidad por vicio del consentimiento, o bien, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. Por eso causa cierta extrañeza la STS de 17 de julio de 2019 (RJ 2019, 3608) que desestima la acción de indemnización por responsabilidad contractual alegando que el incumplimiento de los deberes de información puede conducir a la nulidad por vicio del consentimiento pero no a la resolución del contrato, ni «por extensión» a la responsabilidad por

incumplimiento de un contrato todavía no concluido: «Un posible error del contratante por información deficiente puede dar lugar a la anulación del contrato por vicio del consentimiento, pero no a la resolución por incumplimiento contractual prevista en el artículo 1124 del Código Civil, ni, por extensión, a la responsabilidad que por la misma causa prevé el artículo 1101 del CC. Preceptos estos que, por aplicación indebida, son infringidos por la sentencia recurrida, pues la omisión de deberes legales precontractuales no puede ser constitutiva de incumplimiento de un contrato todavía en ciernes, ni ocasionar la resolución de un contrato aún no existente». La Sentencia representa una nota discordante en el panorama general, porque en los últimos años el TS ha afirmado reiteradamente que dicho incumplimiento puede actuar como criterio de imputación de responsabilidad por el daño causado, que se cifra en la pérdida de la inversión, en todo o en parte, en los términos que se han descrito en el párrafo anterior. El pronunciamiento se apoya en otros dos anteriores, las SSTs de 19 de noviembre de 2015 (RJ 2015, 5501) y 13 de julio de 2016 (RJ 2016, 3194), pero éstos se refieren únicamente a la acción resolutoria y no a la de responsabilidad por los daños y perjuicios que causa el incumplimiento del banco de aquellos deberes de información precontractual.

1.3. Acciones (caso Bankia)

§ 15 Ya al margen de la comercialización irregular de productos financieros complejos, encontramos en este periodo varias sentencias dictadas con motivo del denominado **Caso Bankia**, que, como es sabido, vino propiciado por la Oferta Pública de Suscripción de Valores que lanzó dicha entidad y que dio pie igualmente a una presentación masiva de demandas por parte de los afectados en las que se solicitaba, bien la nulidad de los contratos de suscripción por vicio del consentimiento o bien la declaración de responsabilidad de la entidad emisora con condena a la indemnización de los daños y perjuicios, con fundamento en ambos casos en las graves incorrecciones o falsedades que contenía el folleto informativo y el soporte contable que sirvió como antecedente documental de la emisión, así como, la información públicamente difundida por los representantes de la entidad.

Aquel episodio fue zanjado dos conocidas Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016 (RJ 2006, 1) y (RJ 2006, 2). En ellas se ratificó el criterio seguido mayoritariamente por un sinnúmero de sentencias de Audiencias Provinciales, que se habían decantado por la nulidad de los contratos de suscripción. Se impuso esta solución sobre la específicamente establecida por la Ley para este tipo de supuestos, es decir, la de la responsabilidad *ex art. 28 LMV* –actual art. 38 TRLMV –, que había sido utilizada en mucha menor medida por los demandantes. Aunque la solución adoptada coincida con la descrita en relación con los casos incluidos en los epígrafes anteriores (swaps, preferentes, subordinadas,

etc.), en el caso Bankia se aprecia una diferencia fundamental, pues el objeto sobre el que recae el contrato de suscripción no es un producto financiero complejo, sino acciones de una sociedad anónima, que son productos «no complejos». El vicio del consentimiento no radica en este caso en el error acerca de las características del producto o del negocio, sino en su valor, puesto que el folleto no permite a los suscriptores conocer la pésima situación patrimonial en la que se encuentra la entidad emisora.

Las sentencias del Pleno de febrero de 2016 propiciaron una solución idéntica a todos los litigios que se encontraban *sub iudice* promovidos por adquirentes del tramo minorista en el mercado primario con motivo de la OPS. Sin embargo, el Caso ha planteado otros perfiles que han merecido la atención de nuestro Tribunal Supremo, algunos de los cuales han sido aclarados por otras tres sentencias dictadas en 2019, dos de ellas del Pleno de la Sala 1^a.

- § 16 La primera de ellas es la *STS, Pleno, de 27 de junio de 2019* (RJ 2019, 2461), que se ocupa de un **contrato compraventa de acciones de Bankia en el mercado secundario**. El demandante había adquirido acciones de Bankia mediante diversas operaciones de suscripción en mercado primario y de compraventa en mercado secundario. Tras la crisis de la entidad, impugnó todos los negocios solicitando la anulación por vicios del consentimiento. El banco se allanó en lo referente a los títulos suscritos en el mercado primario, pero se opuso respecto a los adquiridos de forma derivativa por considerar que carecía de legitimación pasiva, al haber intervenido en las operaciones correspondientes como mero intermediario, siendo las partes del contrato el demandante y el tercero que le había vendido las acciones.

El TS considera que, efectivamente, la entidad no puede ser demandada por nulidad dado que su actuación se limitó a la de mera intermediación, no resultando aplicable en este caso la doctrina esgrimida por el propio TS en supuestos de comercialización irregular de productos financieros complejos, porque las acciones no lo son y porque en este caso la posición de Bankia respecto a la operación se asemeja más a la de un agente que a la de un distribuidor: «Este tribunal, en diversas sentencias, ha flexibilizado este requisito de la legitimación pasiva en acciones de anulabilidad por error vicio del consentimiento, al reconocérsela a las entidades financieras que han comercializado entre sus clientes productos de inversión (por ejemplo, sentencias 769/2014, de 12 enero de 2015 (RJ 2015, 608); 625/2016, de 24 de octubre (RJ 2016, 4964); 718/2016, de 1 de diciembre (RJ 2016, 5848); 477/2017, de 20 de julio (RJ 2017, 3653); y 10/2019, de 11 de enero (RJ 2019, 19))./ Pero, aparte de que dicha jurisprudencia se ha aplicado a productos financieros complejos, entre los que no se encuentra la compraventa de acciones que cotizan en bolsa, la razón por la que hemos reconocido en estos casos legitimación pasiva al banco intermediario ha sido que el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión

entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite –como sí sucede en la compraventa bursátil de acciones cotizadas-, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto financiero que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente».

Sin perjuicio de ello, el TS deja abierta la vía de la acción de responsabilidad, en su caso: «Aun cuando se considerase que Bankia había incurrido en un defectuoso asesoramiento o que debía responder por la inexactitud del folleto, ya que las adquisiciones se realizaron dentro de su periodo de vigencia, tampoco tendría legitimación pasiva respecto de una acción de anulabilidad de la compra de acciones por error vicio del consentimiento, sino, en su caso, en una acción de indemnización de daños y perjuicios». Seguramente, el fundamento jurídico de tal responsabilidad y de la correspondiente acción debería de haberse buscado en el art. 35ter.2 LMV –actual art. 124.2 TRLMV-, que establece una consecuencia jurídica sustancialmente idéntica al art. 28ter.3 –actual 38ter.3 TRLMV-, aunque en relación con quienes adquieren las acciones en mercado secundario, por la difusión de información que no ofrezca una imagen fiel del emisor.

§ 17 Unos meses después apareció otra sentencia plenaria sobre el **Caso Bankia**, la *STS, Pleno, de 2 de julio de 2019* (RJ 2019, 2651). Esta nueva sentencia abre una vía complementaria, no sólo por estimar **la acción de responsabilidad**, sino por reconocer dicha consecuencia **en favor de una sociedad de capital** que había adquirido las acciones en el contexto de sus actividades mercantiles (recordemos que, como se ha indicado antes, hasta el momento el TS sólo había amparado a personas físicas suscriptoras del tramo minorista en sus conocidas SSTS, Pleno, de 3 de febrero de 2016 [RJ 2016, 1] y [RJ 2016, 2]). El hecho de que se trate de un empresario mercantil no es óbice para que el alto Tribunal estime la demanda en este caso, con fundamento, como en aquéllos, en las inco-recciones del folleto informativo.

La demandante había adquirido participaciones preferentes y obligaciones subordinadas de Bankia. En marzo de 2012 la entidad le propuso canjear los títulos adquiridos por acciones, lo que fue aceptado por aquélla librándose las correspondientes órdenes de suscripción. La oferta de canje se basó en un folleto denominado de «recompra y suscripción», que acompañaba la información financiera de la entidad (Grupo Bankia), consolidada a diciembre de 2011, con unos beneficios antes de impuestos de 384 millones de euros y, después de impuestos, de 307 millones de euros; e incluía, igualmente, información de los resultados contables de los ejercicios 2009 y 2010, con importantes beneficios declarados. Previamente, el 8 de marzo de 2012, Bankia había depositado en la CNMV un documento titulado «Oferta de Recompra de Banco

Financiero y de Ahorros, S.A. («BFA») y Oferta Pública de Suscripción de Bankia, S.A. («Bankia»)), en el que se establecían los mecanismos de cálculo del precio de canje título/acción. Tras la crisis de Bankia la demandante acabó vendiendo los títulos entre octubre y noviembre de 2013 con una importante merma de su valor y, a continuación, entabló la demanda de la que trae causa esta sentencia, por incumplimiento de los deberes de diligencia, lealtad e información, solicitando que se condenara a la entidad a indemnizarla por la diferencia entre la cantidad invertida y lo obtenido por la reventa de las acciones entregadas por vía de canje.

El TS, con el precedente de sus sentencias de febrero de 2016, acoge la pretensión en base a las mismas inexactitudes de las cuentas de la entidad que se plasmaron en el folleto de emisión de julio de 2011 y que se reprodujeron asimismo en el de canje de marzo de 2012: «Para analizar la responsabilidad de Bankia, debemos partir de nuestras sentencias 23/2016 (RJ 2016, 2) y 24/2016 (RJ 2016, 1), ambas de 3 de febrero, en las que concluimos que el folleto informativo regulado en los arts. 26 y ss. de la LMV y 16 y ss. del RD 1310/2005 de 4 de noviembre, con el que Bankia realizó su Oferta Pública de Suscripción (OPS), contenía información económica y financiera que poco tiempo después se reveló gravemente inexacta por la propia reformulación de las cuentas por la entidad emisora y por su patente situación de falta de solvencia. Esto determinó que los pequeños inversores adquirentes de las acciones ofertadas pudieran hacerse una representación equivocada de la solvencia de la entidad y, consecuentemente, de la posible rentabilidad de su inversión, y se encontraron con que realmente habían adquirido valores de una entidad al borde de la insolvencia, con unas pérdidas multimillonarias no confesadas (al contrario, se afirmaba la existencia de beneficios) y que tuvo que recurrir a la inyección de una elevadísima cantidad de dinero público para su subsistencia. Lo que provocó un error excusable en la suscripción de las acciones, que vició su consentimiento./ Pues bien, en el caso que ahora enjuiciamos resulta de especial relevancia que precisamente esas mismas cuentas que sirvieron de base al folleto de la OPS fueron en las que se basó Bankia para ofertar a Ferrer Morell la recompra y amortización de las participaciones preferentes y la deuda y obligaciones subordinadas./ Con fundamento en tales cuentas se realizó el canje y amortización de los títulos preexistentes con un contravalor (el de las acciones entregadas a cambio) que distaba mucho de la realidad. Y ello porque, al intervenir el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), hubo que fijar el valor real de la acción en una suma muy inferior».

Como se ha indicado antes, en estos casos de venta no directamente subsumibles en la Oferta Pública de Suscripción el fundamento jurídico de la responsabilidad de la entidad y de la correspondiente acción debería de buscarse en el art. 35ter.2 LMV –actual art. 124.2 TRLMV –, que establece una consecuencia jurídica sustancialmente idéntica al art. 28ter.3 LMV –actual 38ter.3 TRLMV –, antes que en los preceptos generales del

Código Civil. Sin embargo, en la sentencia ahora comentada de nuevo aparece el art. 1.101 CC como fundamento del Fallo, por congruencia con el suplico de la demanda y presumiblemente para soslayar un eventual problema de prescripción, pues la acción basada en la norma especial prescribe a los tres años desde que el reclamante hubiera podido tener conocimiento de que la información contenida en el folleto no proporcionaba una imagen fiel del emisor.

- § 18 Finalmente, también en relación con el caso **Bankia**, encontramos la STS de 4 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4343). El supuesto litigioso viene dado por una acción de nulidad por vicios del consentimiento entablada por una S.L. suscriptora de acciones de Bankia por un importe de 250.000€. El dinero utilizado para desembolsar las acciones provenía de un depósito a plazo cuyo saldo estaba pignorado en favor de Bankia en garantía de la devolución de un préstamo concedido previamente a la suscriptora. Al suscribir las acciones, pasaron a ser pignoradas en sustitución del depósito, tal y como se había acordado entre las partes. Sustanciado el litigio, el Juzgado declaró la nulidad de la suscripción y ordenó la devolución de las contraprestaciones en aplicación del art. 1.303 CC, con la reconstitución del depósito pignorado en garantía del préstamo en los mismos términos que estaba antes de que se produjera el negocio anulado. Precisamente es éste el motivo que impulsa el recurso de casación planteado por la demandante, que solicitaba la aplicación al supuesto del «principio de propagación de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guarden cierta relación con el inválido cuando tienen su causa precisamente en el primeramente concertado». Además, se solicita por vía de recurso extraordinario por infracción procesal la revisión del fallo de la Audiencia que había declarado, de forma incongruente con el recurso de apelación, que se incluyeran en el depósito pignorado los intereses procesales derivados de la declaración de nulidad.

El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por incongruencia de la sentencia de la Audiencia en el punto relativo a la pignoración de los intereses, pero no así el de casación, confirmando en esto la sentencia de instancia: «si se declara la nulidad del negocio de adquisición de las acciones por error vicio, el efecto restitutorio previsto en el art. 1303 CC debe conllevar la recíproca restitución de las prestaciones, lo que supone devolver la suma invertida en las mismas condiciones, esto es, con el gravamen a favor del banco que garantizaba la devolución de aquel préstamo anterior».

2. CONTROL DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

Dejando ya de lado las sentencias que tienen por objeto la impugnación de contratos de colocación de productos financieros, situados por tanto en la esfera de la actividad parabancaria de las entidades de crédito, pasamos

ahora a abordar el otro gran grupo de casos relacionados con la contratación bancaria típica que ha ocupado una buena parte de los esfuerzos de nuestros órganos jurisdiccionales, los litigios de impugnación de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas incluidas en contratos bancarios, generalmente de préstamos hipotecarios y personales.

En este campo la creciente proliferación de sentencias ha sido también exponencial en los últimos años, primero centradas en una cláusula particular, como es la cláusula suelo, y luego diversificadas en otras distintas, como la de interés por demora, la de vencimiento, la de imputación de gastos o la de conversión en hipotecas multidivisa. Con motivo de estas sentencias se ha generado una interesante jurisprudencia acerca del control de transparencia en condiciones generales de la contratación, llamada a ser utilizada en otros sectores económicos distintos del financiero, en los que pueden plantearse problemas similares.

La tendencia descrita se ha mantenido en 2019 y 2020 con la aparición de múltiples pronunciamientos sobre la materia, que pasamos a exponer de forma ordenada, en función de las cláusulas cuya vigencia se ve afectada.

2.1. Aspectos generales

§ 19 Destacamos, en primer lugar, aquellas sentencias que abordan **cuestiones generales** u ofrecen un tratamiento de alguna cuestión de interés transversal, antes de detenernos en los distintos grupos de casos particulares. La primera de ellas, la STS de 11 de abril de 2019 (RJ 2019, 1364) **rechaza la declaración de nulidad** de diversas cláusulas contenidas en una escritura de préstamo hipotecario, entre las cuales aparecía de la interés de demora, la de vencimiento anticipado y la de imputación de gastos al prestatario, con fundamento en la imposibilidad de aplicar al supuesto las reglas sobre abusividad de las cláusulas contractuales, **por no actuar el prestatario como consumidor en el contrato**. El pronunciamiento se hace eco de las **pautas marcadas por el TJUE para delimitar dicho concepto**: «(i) El concepto de «consumidor» debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras./ (ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional./ (iii) Dado que el concepto de «consumidor» se define por oposición al de «operador económico» y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente,

ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de «consumidor»./ (iv) Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato».

La Sentencia, además, aclara el concepto de comerciante o empresario, para rechazar la trascendencia del requisito de la licencia fiscal esgrimido por la demandante en su escrito de oposición al recurso: «en nuestro Derecho, la cualidad de comerciante o empresario individual no deriva de la obtención de determinadas licencias o la superación de concretos requisitos administrativos. Al contrario, del art. 1 CCom se infiere que basta con el cumplimiento de dos requisitos no formales: tener capacidad y ejercer habitualmente la actividad; a los que la jurisprudencia, desde la conocida sentencia de esta sala de 25 de marzo de 1922, ha añadido el de actuar en nombre propio (sentencia 353/1989, de 27 de abril, y las que en ella se citan). Como estableció la sentencia 314/1987, de 22 de mayo, «el rol de comerciante [viene delimitado] por el dato puramente objetivo del ejercicio de actos de comercio». Y es claro que la explotación de una taberna o bar supone un acto empresarial./ Es decir, la calificación de una persona como empresario individual no se basa en un dato o requisito formal, sino en la realidad efectiva de los tres requisitos jurídico-materiales antes expuestos./ Que la prestataria tenga la profesión de traductora no impide que, simultáneamente, se dedique a una actividad empresarial, como es la explotación de un negocio de bar. Máxime cuando dicha simultaneidad no constituye prohibición o impedimento para el ejercicio del comercio, conforme a los arts. 13 y 14 CCom».

- § 20 En segundo lugar, la STS de 23 de enero de 2020 (RJ 2020, 57) matiza el papel del juez en la **declaración de oficio del carácter abusivo** de las cláusulas contractuales no negociadas. En el caso, la parte demandante había solicitado la declaración de nulidad de varias cláusulas contenidas en un préstamo hipotecario; en particular, la de interés variable, por entender que contenía una cláusula suelo (al fijar un diferencial sobre un tipo de referencia), la de interés de demora y varios apartados de la estipulación por la que se fijaban las comisiones a percibir por el banco. La demanda fue estimada en parte, declarándose la nulidad de diversas cláusulas, aunque no la que contenía la pretendida cláusula suelo, pues la misma se limitaba a fijar el diferencial que debía aplicarse sobre el tipo de referencia. Ello dio pie a que no hubiera una condena a la devolución

de cantidad alguna por parte del banco. En su posterior recurso de apelación los demandantes alegaron, entre otras cuestiones, la necesidad de que el juzgador apreciara de oficio el carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato, como la de vencimiento anticipado, cuya validez no había sido impugnada en la demanda. El rechazo de esta alegación por la Audiencia propició el recurso de casación, que se centra precisamente en la cuestión del contenido y límites de la actuación de oficio del órgano jurisdiccional en este campo. Así, en el encabezamiento del único motivo del recurso se denuncia la «infracción del artículo 93 de la Constitución y artículos 3, apartado 1, 4, apartado 1, en relación con el artículo 6 de la Directiva 93/13 (o subsidiariamente en relación con dicho precepto legal comunitario) por inaplicación del derecho comunitario europeo y de la Jurisprudencia del TJUE y de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida (entre otras) en la Sentencia del Pleno núm. 705/2015, de 23 de diciembre (RJ 2015, 5714) relativa a la necesidad de que el Juzgador aprecie, incluso de oficio, en cualquier procedimiento y en cualquier fase del mismo, la existencia de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y usuarios por tratarse de cuestiones de orden público».

Es su sentencia el TS comienza afirmando la legitimidad –y la obligación– que tienen los órganos jurisdiccionales de actuar de oficio en el campo del control de las cláusulas abusivas, cuando los contratos que las contienen se hayan celebrado entre un empresario o profesional y un consumidor, y repasando su doctrina anterior sobre este punto, en particular la contenida en la sentencia de 705/2015 que había sido citada en el motivo de casación. A modo de colofón, el TS señala lo siguiente: «tanto el TJUE como los tribunales nacionales [han] declarado la procedencia de apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores en el proceso monitorio, cuando la resolución que acuerda el requerimiento de pago solicitado por el empresario o profesional se basa en la aplicación de una cláusula no negociada, o en el proceso de ejecución de títulos no judiciales, cuando el despacho de ejecución se basa en la aplicación de una de tales cláusulas. Si la pretensión para cuya estimación es preciso aplicar o tomar en consideración una cláusula no negociada se ha formulado en un juicio declarativo ordinario, también habrá de valorarse si esa cláusula es abusiva y, si lo fuera, apreciar esa abusividad aunque no haya sido expresamente postulada por el consumidor./ 10.– Como ha puesto de relieve la jurisprudencia tanto nacional como comunitaria, la apreciación de oficio de la nulidad de tales cláusulas tiene por fundamento la superación del desequilibrio real existente entre el consumidor y el empresario o profesional, que determina que el consumidor pueda desconocer la posibilidad de defender sus intereses con base en el carácter abusivo de una cláusula no negociada, así como coadyuvar al objetivo de política general relativo al efecto disuasorio frente a la utilización de las cláusulas abusivas, que resultaría debilitado si la pretensión del consumidor fuera desestimada (o, correlativamente, si la del empresario o profesional resultara

estimada) por la aplicación de una cláusula abusiva que no hubiera sido expresamente impugnada por el consumidor./ 11.– Tal apreciación de la abusividad de la cláusula no negociada ha de realizarse con respeto a los principios de audiencia y contradicción».

Pero, dicho esto, a continuación se refiere al carácter excesivo o improcedente de la reclamación planteada por los recurrentes en el caso, al instar una especie de investigación del contrato por el juez para detectar el carácter abusivo de cláusulas cuya validez no se había puesto en tela de juicio en la demanda: «Es contrario a las exigencias de utilización racional de los medios de la administración de justicia, no guarda relación con la finalidad de la normativa nacional y comunitaria de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, y supone una degradación de la función de asistencia del abogado (que en nuestro ordenamiento jurídico es obligatoria en la práctica totalidad de los litigios), pretender que el juez que resuelve sobre una demanda de juicio declarativo en la que se solicita que se declaren abusivas y nulas algunas cláusulas no negociadas en un contrato celebrado con unos consumidores, no solo debe pronunciarse sobre la pretensión formulada en la demanda por los consumidores, sino que además tiene que realizar una especie de investigación en la relación contractual que une al consumidor con el empresario para descubrir si existen otras cláusulas potencialmente abusivas y pronunciarse sobre el carácter abusivo de cláusulas que nada tienen que ver con aquellas que el consumidor, en su demanda, con la asistencia y orientación profesional de su abogado, solicitó que se declararan abusivas y que, por tanto, son irrelevantes para la estimación de la pretensión formulada».

- § 21 Por su parte, la STS de 13 de marzo de 2019 (RJ 2019, 906) aplica las **reglas de interpretación** del art. 6 de la Ley 7/1998 para determinar el sentido de una cláusula por la que se establecía el sistema francés de cálculo de intereses en un préstamo hipotecario. El TS llega a la conclusión de que la cláusula no es oscura, razón por la cual no procede aplicar la regla *contra proferentem*: «4.– La sentencia recurrida no aprecia oscuridad alguna en la cláusula litigiosa, ni tampoco acoge la interpretación propugnada por los demandantes, relativa a que para el cálculo de los intereses remuneratorios debe descontarse el importe del último plazo o cuota final. Y explica detalladamente las razones por las que descarta dicha interpretación que, resumidamente, son: (i) el cuadro de amortización, referido a capital e intereses, incluye toda la vida del préstamo; (ii) carece de lógica que una cuota final de elevado importe –supone el 18,87% del capital prestado– no devengue interés, cuando se trata de un préstamo mercantil oneroso; (iii) la cláusula controvertida facilita la devolución del préstamo; (iv) la cuota final también devenga intereses, lo que denota que lo devenga todo el capital prestado./ 5.– Conforme a lo expuesto, ni la sentencia recurrida vulnera los preceptos legales citados, ya que la inexistencia de duda hace inaplicable la regla de interpretación *contra proferentem*, ni esta sala puede sustituir la función interpretativa propia del tribunal de instancia, cuando su labor hermenéutica ha sido ajustada a derecho».

- § 22 En la STS, Pleno, de 11 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3343) y la STS de 12 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4679) se plantea la procedencia del mandato de la Audiencia al registro de condiciones generales de inscribir aquellas que habían sido declaradas nulas. La cuestión se incluye entre los motivos de un recurso extraordinario por infracción procesal por entender el recurrente que dicho mandato pudiera implicar un caso de *reformatio in peius*, por cuanto tal inscripción no había sido solicitada en la demanda ni había sido incluida en el fallo de primera instancia. Frente a ello, opone el TS que, aunque la inscripción parece venir referida en el art. 20 de la Ley 7/1998 a los casos en que la nulidad haya sido declarada en sentencia firme, dicha norma no impide el acceso al registro de una resolución que todavía no ha adquirido la firmeza, si así lo decide el juez, «pues ello ni mejora ni empeora la situación jurídica de la parte condenada (predisponente de la condición general afectada), puesto que, en todo caso, lo hubiera acordado o no el tribunal en la sentencia de apelación, el pronunciamiento judicial debería tener acceso al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, por mandato legal, una vez que la sentencia hubiera quedado firme».
- § 23 Finalmente, las SSTS de 21 de mayo de 2019 (Cont.-Adm.) (RJ 2019, 2342), la STS de 23 de mayo de 2019 (Cont.-Adm.) (RJ 2019, 2079), con el precedente de la STS de 16 de septiembre de 2017 (Cont.-Adm.) (RJ 2017, 4672), declaran que la Administración pública competente «puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de los tipos infractores previstos en Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en relación con los artículos 82 y 85 a 90, sin necesidad de previa declaración judicial del orden civil». En ambos casos se ratifica la sanción aplicada por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aunque rebajando su importe en uno de ellos, tras haberse reducido la lista de cláusulas cuya abusividad se aprecia.

2.2. Cláusulas de imputación de gastos

- § 24 Comenzamos el análisis de las cláusulas en particular con la de **imputación de los gastos de formalización de los préstamos hipotecarios al adherente**, que han requerido una atención creciente del Tribunal Supremo desde que la cuestión se puso sobre el tapete a raíz de la STS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714), al declarar el carácter abusivo de la cláusula por la que se imputan indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de un contrato de préstamo hipotecario bancario, en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios. Tras aquella primera sentencia la cuestión entró en un limbo jurídico en el que las Audiencias Provinciales siguieron criterios dispares sobre la materia hasta que una sucesión de sentencias aparecidas en 2018 y 2019 contribuyó a aclarar la situación y fijar los criterios que luego ha seguido el TS de un modo uniforme.

La cuestión más debatida ha sido la relativa a la imputación de los gastos relativos al impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, materia sometida a repentinos cambios de interpretación entre las dos SSTS, Pleno, de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018, 966) y (RJ 2018, 1241), las SSTS de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 (Cont.-Adm.) (RJ 2018, 4082), (RJ 2018, 4599) y (RJ 2018, 4618), respectivamente), por las que la Sala 3ª enmendó su doctrina anterior, atribuyendo al prestamista la condición de sujeto pasivo del impuesto, y la STS, Pleno, de 27 de noviembre de 2018 (Cont.-Adm.) (RJ 2108, 5093), que volvió al criterio tradicionalmente seguido por la Sala 3ª del Alto Tribunal, de considerar que el pago del impuesto correspondía al prestatario. La cuestión levantó mucho revuelo en la opinión pública y propició una precipitada reforma legal. Se recordará que sólo dos días después de la votación de la última sentencia citada el Consejo de Ministros modificó la Ley del ITPAJD, a fin de asignar la condición de sujeto pasivo al prestamista y no al prestatario, mediante el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre. Es claro, pues, que en lo sucesivo el sujeto pasivo del IAJD en el caso de los préstamos hipotecarios será el prestamista, y será nula por ilegal o abusiva la cláusula mediante la que se imponga su pago al prestatario. Pero esta solución no sirve para los préstamos hipotecarios celebrados con anterioridad, que deberán seguir valorándose por los parámetros que marca la Sentencia plenaria de 27 de noviembre.

Con todo este acervo, y a la espera de que se pronunciase el TJUE sobre este punto, mediante la resolución de cuestiones prejudiciales que se le habían planteado sobre la materia, la Sala de lo civil del TS, reunida en Pleno, dictó en enero de 2019 cinco nuevas sentencias en las que ratificaba el carácter abusivo de la cláusula y trataba de aclarar a quién corresponde cada una de las impensas que se incluyen de ordinario en esta cláusula de imputación de gastos de constitución de un préstamo hipotecario. Se trata de las SSTS de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 90), (RJ 2019, 91), (RJ 2019, 92), (RJ 2019, 93) y (RJ 2019, 114). Así, partiendo de la declaración, contenida en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 y reiterada por otras posteriores, acerca del carácter abusivo de cargar al prestatario con todos los gastos derivados de la constitución del préstamo hipotecario, el TS pasa a discernir en estas sentencias cuál es la distribución de gastos que deriva de la aplicación de las normas existentes, diferenciando entre los distintos conceptos en particular.

- § 25 Dada la importancia del tema, reproduciremos a continuación las consideraciones que lleva a cabo el TS acerca de los distintos grupos de gastos, tomando como referencia la primera de las cinco sentencias de 23 de enero, la identificada con la referencia RJ 2019, 90, respecto de la cual las otras apenas presentan pequeñas diferencias, excepto la quinta, que, como veremos, introduce la cuestión de la comisión de apertura, aspecto éste que merece un tratamiento aparte.

En relación con el **pago de los impuestos** de TP y AJD, el TS ratifica el criterio seguido por la Audiencia, que no se aparta del establecido por

el Pleno de la Sala Primera en noviembre de 2018: «En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

«a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad 'Actos Jurídicos Documentados' que grava los documentos notariales»».

Como ya se ha indicado, esta situación ha cambiado desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, que atribuye al prestamista la condición de sujeto pasivo del impuesto. Pero esta solución no servirá para los préstamos hipotecarios celebrados con anterioridad por carecer la norma de efecto retroactivo.

Respecto a los **gastos notariales**: «1.– En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca– plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone: «La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista –por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2.– Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación.

3.– En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto.

4.– Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés».

Respecto a los **gastos de Registro de la Propiedad**: «1.– En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.– Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago

de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

3.— En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto».

Respecto a los **gastos de gestoría**: «1.— En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.

Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

2.— Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad».

- § 26 Sentadas estas bases, las Sentencias citadas luego pasan a fijar las **consecuencias de la apreciación de la nulidad de la cláusula en términos restitutorios**, atribuyendo al banco la obligación de reintegrar al prestatario las cantidades que éste tuvo que satisfacer indebidamente en concepto de gastos, a pesar de que consistieron en pagos a terceros: «El efecto restitutorio derivado del art. 6.1 de la Directiva y previsto en el art. 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que éste deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, tasador, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el art. 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 (RJ 2018, 1241) y 148/2018 (RJ 2018, 966), anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas».

Para fundamentar esta decisión el TS se apoya en la **doctrina del enriquecimiento injusto y del cobro de lo indebido**: «se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía».

- § 27 Las pautas marcadas por las sentencias del Pleno de la Sala 1ª de noviembre de 2018 y de enero de 2019 han sido seguidas por los pronunciamientos que han aparecido con posterioridad durante el resto de 2019 y los primeros meses de 2020, tales como la STS de 28 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2193), la STS, Pleno, de 11 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3343), la STS de 16 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4125), la STS de 12 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4679) y la STS de 12 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5211). En ellas, por tanto, encontramos ya un tratamiento uniforme de la cuestión que se articula en dos pasos o escalones diferenciados: en primer lugar, se declara abusiva, y por tanto nula, la cláusula por la que se atribuyen al prestatario todos los gastos derivados de la concesión del crédito y constitución de la garantía hipotecaria –o los de la subrogación en un préstamo preexistente-. Pero, tras afirmar esta declaración, como sus precedentes, estas sentencias consideran que es necesario acudir a las normas que regulan la imputación de cada uno de los gastos ocasionados por la operación para decidir si su atribución exclusiva al prestatario resulta lícita.

Entre todas ellas es necesario destacar la *STS, Pleno, de 11 de septiembre de 2019* (RJ 2019, 3343) que acoge un recurso extraordinario por infracción procesal y declara la nulidad de una cláusula a la que se remitía a otra previamente declarada nula, para especificar los **gastos relativos a la estipulación de un seguro de daños**, a pesar de que la anulación de aquella no había sido solicitada. Para ello se apoya en la jurisprudencia que afirma la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva, siempre que se respeten los principios de audiencia y contradicción: «no puede compartirse que la parte recurrente no se haya podido pronunciar sobre la validez de la cláusula 9ª e) y, por tanto, la resolución de la Audiencia Provincial haya vulnerado los principios de audiencia y contradicción. Como quiera que la remisión en la condición general 5 e) a la condición general 9 e) es expresa, resulta claro que la declaración de nulidad de la primera iba a afectar a la segunda, que no es sino una especialidad de aquella, al referirse específicamente a una modalidad de gastos cargados sobre el prestatario, en este caso, los derivados de la suscripción del seguro a que se refiere la cláusula 9. Por lo que la parte demandada pudo conocer perfectamente la repercusión que

una anulación de la condición general sobre gastos podía a tener sobre el contrato de seguro, y pudo defenderse de las alegaciones efectuadas al respecto». La nulidad se refería no a la imputación de los gastos de aseguramiento en sí, sino a la necesidad de que la aseguradora elegida por el cliente fuera aceptada por el prestamista.

2.3. Cláusulas sobre comisiones bancarias

§ 28 La STS, Pleno, de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 114) pertenece al grupo de sentencias que versan sobre las cláusulas de imputación de gastos al prestatario, pero merece reseña específica por centrar su análisis en la determinación de la **licitud de la cláusula por la que se establece una comisión de apertura**, impugnada por el demandante junto con las restantes.

A juicio del TS, la comisión de apertura forma parte de la retribución de la entidad de crédito y trae causa de un conjunto de operaciones previas a la concesión del préstamo: «La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo./ Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura».

En definitiva, como parte del precio, la comisión de apertura puede ser fijada libremente por las partes, correspondiendo a las normas tan solo establecer las condiciones para que dicha fijación se lleve a cabo de forma transparente. Por otra parte, entiende el TS que no resulta procedente exigir a la entidad de crédito que pruebe en cada caso que el importe de la comisión resulta proporcionado con el conjunto de tareas desarrolladas para la concesión de crédito, porque ello supondría un control del precio, excluido por el art. 4.2 de la Directiva de cláusulas abusivas, además de plantear evidentes problemas prácticos por la existencia de costes fijos cuya repercusión es problemática.

En la valoración del TS, al menos en este caso no se suscitaban dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula: «Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos

hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato».

- § 29 También en sede de comisiones, la STS de 25 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4140) estima la acción colectiva de cesación planteada por una asociación de consumidores contra el uso de la **cláusula que impone la comisión por reclamación de impagos** por parte de una entidad de crédito en sus operaciones de préstamo, crédito y cuenta corriente.

Tras ser estimada la pretensión en primera instancia y en apelación, la entidad demandada plantea sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. En el primero de ellos alega falta de legitimación activa del demandante, por entender que carece de la representatividad necesaria para promover una acción en defensa de los intereses difusos de los consumidores. El motivo se desestima por considerar el Tribunal Supremo que la acción no se plantea en defensa de intereses difusos, sino en defensa de los intereses colectivos de un grupo determinado o determinable de afectados: «En este caso, la acción colectiva no se ejercita para la protección de intereses difusos, puesto que pretende la defensa de consumidores perfectamente identificados (o cuando menos, identificables), como son los suscriptores de los contratos bancarios de activo o pasivo en los que se incluía la posibilidad de cobro de la comisión de reclamación de posiciones deudoras./ Hemos declarado en las sentencias 473/2010, de 15 de julio (RJ 2010, 6049), y 861/2010, de 29 de diciembre (RJ 2011, 148), que, cuando los perjudicados por el hecho dañoso son un grupo de consumidores o usuarios fácilmente determinables, se excluye la exigencia de que la asociación tenga que estar representada en el Consejo de Consumidores y Usuarios, pues ni antes ni después de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, se requiere tal requisito para el caso de tutela de intereses colectivos, aunque sí cabe exigirla para la tutela de intereses difusos./ Como también decíamos en tales resoluciones, cuando se trata de contratos bancarios celebrados por la entidad bancaria demandada, «produce perplejidad que la misma, mediante su sistema informático, no pudiera determinar plenamente los afectados». Así como que es irrelevante, a efectos de la calificación de la acción colectiva como difusa, que pueda trascender indirectamente al mercado, porque lo determinante es que los consumidores o usuarios interesados son fácilmente determinables./ Tampoco es atendible el argumento de la

parte recurrente de que, al tratarse de una práctica y no de una cláusula, no es fácil determinar los consumidores afectados, puesto que en cualquier caso la práctica no se ejerce sobre personas ignoradas, sino sobre quienes han contratado productos bancarios con Kutxabank susceptibles del cobro de la comisión».

El segundo motivo del recurso por infracción procesal sí se estima, habida cuenta que la Audiencia no había respondido a la alegación planteada por el banco acerca de que la comisión de reclamación de impagos constituía una modalidad de cláusula penal. Pero la estimación del este motivo sólo produce el efecto de que dicha alegación pase a ser valorada por en el recurso de casación.

Entrando ya en este segundo recurso, la recurrente esgrime que la declaración de abusividad de la cláusula supone eximir de responsabilidad al deudor incumplidor por la producción de determinados daños (los originados por la reclamación) a la acreedora, al tiempo que deja sin efecto un pacto libremente asumido. Frente a ello, TS ratifica el criterio de la Audiencia acerca del carácter abusivo de la condición general, con apoyo a su falta de adecuación a la normativa de transparencia bancaria, que exige la acreditación de que las comisiones bancarias respondan a un servicio efectivamente prestado por la entidad y solicitado en firme por el cliente: «1.— La normativa bancaria sobre comisiones está constituida, básicamente, por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, por la Circular 5/2012 del Banco de España de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicio de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, y por la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, que regula la transparencia de los servicios de pago sujetos a la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago./ 2.— Conforme a esta normativa, para que las entidades puedan cobrar comisiones a sus clientes deben cumplirse dos requisitos: que retribuyan un servicio real prestado al cliente y que los gastos del servicio se hayan realizado efectivamente. Bajo estas dos premisas, las entidades bancarias no pueden cobrar por servicios que no hayan solicitado o aceptado los clientes, que deberán haber sido informados personalmente y por anticipado del importe que van a tener que pagar por ese servicio./ Según el Banco de España (Memoria del Servicio de Reclamaciones de 2009), la comisión por reclamación de posiciones deudoras compensa a la entidad por las gestiones efectivas realizadas para recuperar la deuda impagada por su cliente; debe estar recogida en el contrato; y para que sea acorde con las buenas prácticas bancarias debe reunir los siguientes requisitos mínimos: (i) el devengo de la comisión está vinculado a la existencia de gestiones efectivas de reclamación realizadas ante el cliente deudor; (ii) la comisión no puede reiterarse en la reclamación de un mismo saldo por gestiones adicionales realizadas por la entidad con el mismo fin, ni siquiera cuando, en el caso de impago en el tiempo, este se prolonga en

sucesivas liquidaciones; (iii) su cuantía debe de ser única, no admitiéndose tarifas porcentuales; (iv) no puede aplicarse de manera automática./ 3.– Si contrastamos la cláusula controvertida con dichas exigencias, se comprueba que, como mínimo, no reúne dos de los requisitos, pues prevé que podrá reiterarse y se plantea como una reclamación automática. Pero es que, además, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de una comisión./ Tal como está redactada, tampoco identifica qué tipo de gestión se va a llevar a cabo (lo deja para un momento posterior), por lo que no cabe deducir que ello generará un gasto efectivo (no es igual requerir *in situ* al cliente que se persona en la oficina para otra gestión, que hacer una simple llamada de teléfono, que enviarle una carta por correo certificado con acuse de recibo o un burofax, o hacerle un requerimiento notarial)».

En el segundo motivo del recurso de casación, la entidad recurrente niega que la comisión retribuya servicio alguno, por entender que su naturaleza es la propia de la cláusula penal, cumpliendo por ello una función resarcitoria del perjuicio que provoca el incumplimiento del cliente. Pero esta calificación es también rechazada por el TS: «La comisión objeto del litigio utilizada por la entidad recurrente ni contiene un pacto de pre-liquidación de los daños y perjuicios, ni sustituye su indemnización, que vendrá constituida por el pago de los intereses moratorios pactados (que no sean abusivos). Y si tuviera una finalidad puramente punitiva, contravendría el art. 85.6 TRLCU, según declaramos en la sentencia 530/2016, de 13 septiembre (RJ 2016, 4107)./ Como no parece que la entidad vaya a renunciar al cobro de los intereses moratorios por el abono de la comisión, en el mejor de los casos para la recurrente, si aceptáramos a efectos meramente dialécticos que la comisión es una cláusula penal, sería nuevamente redundante y, por tanto, incurriría en desproporción».

2.4. Cláusulas suelo

§ 30 En materia de **cláusulas suelo**, aprecian la **nulidad por no superar el control de transparencia**, con condena a la devolución del montante íntegro de los intereses indebidamente cobrados por la entidad desde el momento de la conclusión del préstamo y con imposición, en su caso, de las costas de las instancias al demandado, las SSTS de 11 de enero de 2019 (RJ 2019, 17) y (RJ 2019, 58), las SSTS de 15 de enero de 2019 (RJ 2019, 59), (RJ 2019, 83) y (RJ 2019, 104), las SSTS de 31 de enero de 2019 (RJ 2019, 240) y (RJ 2019, 246), la STS de 4 de febrero de 2019 (RJ 2019, 319), las SSTS de 5 de febrero de 2019 (RJ 2019, 305), (RJ 2019, 311) y (RJ 2019, 327), las SSTS de 4 de marzo de 2019 (RJ 2019, 624) y (RJ 2019, 627), la STS de 26 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1189), las SSTS de 27 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1212), (RJ 2019, 1222) y (RJ 2019, 1233), las SSTS de 4 de abril de 2019 (RJ 2019, 1252) y (RJ 2019, 1325), la STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019, 1371), la STS de 9 de abril de 2019 (RJ 2019, 1340), la STS

de 7 de mayo de 2019 (RJ 2019, 1931), la STS de 17 de mayo de 2019 (RJ 2019, 1960), las SSTS de 10 de junio de 2019 (RJ 2019, 2440) y (RJ 2019, 2448), las SSTS de 25 de junio de 2019 (RJ 2019, 2609) y (RJ 2019, 2619), las SSTS de 26 de junio de 2019 (RJ 2019, 2621) y (RJ 2019, 2629), las SSTS de 16 de julio de 2019 (RJ 2019, 2807), (RJ 2019, 2831) y (RJ 2019, 3001), la STS de 17 de julio de 2019 (RJ 2019, 2996), las SSTS de 18 de julio de 2019 (RJ 2019, 2836) y (RJ 2019, 3267), la STS de 11 de octubre de 2019 (RJ 2019, 3858), las SSTS de 5 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 4975) y (RJ 2019, 5260), la STS de 23 de enero de 2020 (RJ 2020, 69), la STS, Pleno, de 19 de febrero de 2020 (RJ 2020, 399), la STS de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 440) y las SSTS de 11 de marzo de 2020 (JUR 2020, 89483) y (JUR 2020, 89519). En ellas se reproducen los argumentos consolidados por la jurisprudencia en aplicación del control de transparencia, incidiéndose en la importancia de la información precontractual suministrada al prestatario a la hora de evaluar si se cumplen o no las exigencias que impone el control de transparencia material. Así, como indica por ejemplo la SSTS de 11 de enero de 2019 (RJ 2019, 17), «[l]a información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato./ El diferencial respecto del índice de referencia, y el TAE que resulta de la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece». Por su parte, la STS de 11 de octubre de 2019 (RJ 2019, 3858) recuerda que **la intervención del notario en la operación no exime al prestamista de las obligaciones de información contractual** para que el contrato se celebre con las adecuadas medidas de transparencia. Y la STS de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 440) reitera que **para superar el control de transparencia no basta la claridad gramatical de la cláusula ni que la oferta vinculante incluya una mención del tipo mínimo sin ningún tipo de resalte entre una amalgama de datos y sin advertencia alguna al consumidor acerca de la trascendencia económica que puede depararle la incorporación de la cláusula.**

La nulidad de la cláusula puede producirse igualmente en supuestos **de préstamos inmobiliarios a promotores con subrogación posterior de los adquirentes de las viviendas** tal como reflejan la STS de 14 de febrero de 2019 (RJ 2019, 539), en que la cláusula se incluyó en el

préstamo original, o la STS de 18 de febrero de 2019 (RJ 2019, 498), en que se introdujo en la propia escritura de subrogación. En este sentido, la STS de 23 de enero de 2020 (RJ 2020, 69), recuerda que «el préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador-consumidor deben tener un tratamiento diferente. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en la obligación personal derivada del préstamo hipotecario, con el consentimiento expreso o tácito del prestamista, es un negocio jurídico de consumo, está sometido al control de transparencia». Es posible asimismo que la cláusula se introduzca, como indica la STS de 27 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1201), en una escritura de **novación modificativa**, por lo cual debería ser éste el momento que deberían respetarse los deberes de información precontractual.

Por su parte, la STS, Pleno, de 12 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5000) aclara que la **extinción del préstamo hipotecario no impide la interposición de la acción de nulidad parcial**, con reclamación del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por el prestamista: «1.– No existe fundamento legal para afirmar que la consumación de un contrato impide el ejercicio de la acción de nulidad. Es más, el art. 1301 del Código Civil fija la consumación del contrato como término inicial del plazo para ejercitar la acción de nulidad por error, dolo o falsedad de la causa./ 2.– Otro tanto ocurre con la extinción del contrato. Si la acción ejercitada por los recurrentes hubiera ido dirigida exclusivamente a que se declarara la nulidad del contrato o de una cláusula, sin formularse una petición restitutoria, podría cuestionarse que exista un interés legítimo en obtener un pronunciamiento meramente declarativo en un contrato ya extinguido. Pero en el caso objeto del recurso, la finalidad de la demanda interpuesta por los hoy recurrentes fue obtener la restitución de lo indebidamente cobrado por la entidad financiera en la aplicación de la cláusula suelo. La solicitud en la demanda de un pronunciamiento judicial que declarara la nulidad de dicha cláusula ha de entenderse como un antecedente necesario para lograr el pronunciamiento que condena a la restitución de lo indebidamente cobrado en aplicación de la cláusula nula. Los prestatarios tienen un interés legítimo en obtener la restitución de lo que pagaron en aplicación de una cláusula que consideran nula de pleno derecho por ser abusiva./ 3.– En los contratos de tracto sucesivo, cuando la consumación del contrato coincide con el agotamiento o extinción del contrato, el término inicial de ejercicio de la acción de nulidad previsto en el art. 1301 del Código Civil para los casos de error, dolo o falsedad de la causa, coincide con el momento de extinción del contrato. Así lo hemos declarado en la sentencia 89/2018, de 19 de febrero. / 4.– Esto muestra que la extinción del contrato no es por sí misma un obstáculo para el ejercicio de la acción de nulidad del propio contrato o de alguna de sus cláusulas».

- § 31 En muchas de estas sentencias se aplica la corrección introducida por la STS de 24 de febrero de 2017 a instancias de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309) (caso Gutiérrez Naranjo), acerca del carácter *ex*

tunc de la declaración de nulidad (por ej., SSTs de 15 de enero de 2019 [RJ 2019, 83] y [RJ 2019, 104], las SSTs de 31 de enero de 2019 [RJ 2019, 240] y [RJ 2019, 246], la STS de 4 de febrero de 2019 [RJ 2019, 319], las SSTs de 5 de febrero de 2019 [RJ 2019, 305], [RJ 2019, 311] y [RJ 2019, 327], la STS de 26 de marzo de 2019 [RJ 2019, 1189], o las SSTs de 27 de marzo de 2019 [RJ 2019, 1212], [RJ 2019, 1222] y [RJ 2019, 1233], entre otras). Recordemos que durante más de tres años el TS mantuvo el criterio de condenar a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la aplicación de dicha cláusula, desde el 9 de mayo de 2013, fecha en que se emitió la primera sentencia plenaria sobre la materia, que tuvo el efecto de «abrir los ojos» sobre la posibilidad de que dicha cláusula no fuese transparente y pudiera ser declarada nula. Como es sabido, este criterio hubo de ser enmendado por el propio TS merced a la sentencia del TJUE en el caso Gutiérrez Naranjo, con motivo de planteamiento de varias cuestiones prejudiciales sobre la admisibilidad de dicha «retroactividad limitada», tal y como se refleja en este párrafo de una sentencia posterior: «La cuestión objeto de recurso ha sido resuelta por la Sala en la sentencia del Pleno 123/2017, de 24 de febrero (RJ 2017, 602), en la que modificamos nuestra jurisprudencia, en concordancia con la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309) (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15), una vez que dicha resolución consideró que: a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el período anterior al 9 de mayo de 2013».

La aplicación de esta nueva doctrina ha obligado posteriormente a casar muchas sentencias de Audiencias Provinciales que habían seguido el criterio anterior del TS. En algunas resoluciones la condena a la devolución de las cantidades recibidas en exceso por el banco se produce incluso sin haber sido pedida en la demanda, aun cuando en algunas ocasiones sí había sido solicitada en la audiencia previa, tras la advertencia del juez acerca de las consecuencias de la declaración de nulidad. Como excepción, la STS de 17 de julio de 2019 (RJ 2019, 2996) ciñe la obligación de devolución a las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula desde el momento de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, para ser congruente con el suplico de la demanda que articulaba la petición en tal sentido.

En punto a la condena de costas, es de destacar la STS de 16 de julio de 2019 (RJ 2019, 2807) que no decreta la misma en atención a que fue el banco quien con su recurso propició la revisión en casación de la sentencia de instancia, sentencia que había limitado temporalmente los efectos de la declaración de nulidad y frente a la cual el demandante se había quietado.

- § 32 En algunos casos, la declaración de **nulidad de la cláusula suelo se produce por no superar el control de incorporación**, que, como es sabido, se aplica tanto a las condiciones en contratos con consumidores como en las condiciones en **contratos entre empresarios o profesionales**. Así, la STS de 25 de enero de 2019 (RJ 2019, 137), declara nula la cláusula contenida en un préstamo para la adquisición de un local comercial destinado a la instalación de un negocio de peluquería, porque que «los adherentes no tuvieron la posibilidad de conocer siquiera la propia existencia de la cláusula litigiosa en el momento de prestar su consentimiento contractual». El mismo fallo alcanza la STS de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020, 944) por entender que el prestatario –no consumidor– no había tenido **«oportunidad real» de conocer que el préstamo estaba sujeto a una limitación de la variabilidad del interés**, como consecuencia de que el banco había incumplido los deberes de información que le imponía la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, pues no le había hecho entrega de la FIPER. Tal oportunidad real o posibilidad de conocimiento constituye uno de los requisitos que impone el control de incorporación en los arts. 5 y 7 LCGC: «para que una condición general de la contratación supere el control de incorporación debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad».
- § 33 En sentido inverso, la STS de 6 de mayo de 2019 (RJ 2019, 1893) **considera válida la cláusula**, por cuanto el **banco predisponente había prestado información clara acerca de su existencia con carácter previo** a la firma del contrato y en éste aparecía destacada en un recuadro dedicado a las observaciones de interés para el cliente que estaba situado justo antes de su firma. Lo mismo sucede en la STS de 12 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4528), en un supuesto en que la contratación vino propiciada por el padre del prestatario, ex subdirector de la oficina del banco prestamista y perfecto conocedor de las condiciones de la operación, que, además, participó como fiador de la operación. Por otra parte, la cláusula impugnada no venía enmarañada ni oculta, sino destacada dentro de la misma cláusula financiera sobre tipo de interés, en mayúsculas y negrita, y del mismo modo aparecía resaltada en la publicidad del banco.

También se considera válida en la STS de 26 de junio de 2019 (RJ 2019, 2630), en un caso en que se demostró que **había habido negociación entre las partes** en una escritura de modificación del préstamo para de subir la cláusula suelo y el diferencial, a cambio de obtener una ampliación del capital prestado y un periodo de carencia de 18 meses. Y lo mismo sucede en la STS de 16 de julio de 2019 (RJ 2019, 2799) por entender el Tribunal que había habido negociación entre las partes en una escritura de modificación del préstamo que sólo afectaba a la rebaja

de la cláusula suelo que se había venido aplicando antes de la modificación. Tampoco estima la nulidad la STS de 11 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5198), al considerar que la cláusula se había negociado por las partes en una escritura de novación, a instancias del prestatario, rebajándose el umbral del interés del 3'5 al 3%. Algo semejante ocurre en la STS de 17 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5120), con la diferencia de que en este caso la rebaja se había plasmado en un documento privado firmado entre las partes, no obstativa de la nulidad por abusiva de la cláusula inicial, pero sí de la condena a la devolución de las cantidades recibidas por el banco en virtud de lo acordado: «esta nulidad, sin perjuicio de que la cláusula afectada se tenga por no puesta, no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado. Con ello, no se merma el principio de efectividad del art. 6.1 de la Directiva, pues la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tiene en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada por las partes».

También desestima la pretensión de nulidad la STS de 3 de junio de 2019 (RJ 2019, 2181), pero en este caso **por no resultar de aplicación el control de transparencia**, al no actuar como consumidora la sociedad mercantil que había solicitado el préstamo para la construcción de una nave industrial. Del mismo modo procede la STS de 10 de octubre de 2019 (RJ 2019, 3851), en que se había solicitado el préstamo para adquirir un taller mecánico destinado a desarrollar en él su actividad empresarial, siendo «irrelevante que la empresa de la que era titular el demandante fuera pequeña o que la ejercitara a título personal y no bajo un amparo societario». Y en idéntico sentido se pronuncian la STS de 18 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4103), en relación con un préstamo hipotecario cuya finalidad era la financiación de la adquisición de un local comercial y un fondo de comercio, a fin de que el prestatario ejerciera su actividad de fisioterapeuta; la STS de 28 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4947) y la STS de 20 de enero de 2020 (RJ 2020, 66), respecto a sendos préstamos hipotecarios para la adquisición de licencias de taxi y auto-taxi; la STS de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 218), en relación con préstamo para adquirir un pabellón con la intención de dedicarlo a alquiler; y la STS de 27 de febrero de 2020 (RJ 2020, 515) y la SSTS de 20 de enero de 2020 (RJ 2020, 819), que tenían por objeto sendos préstamos para refinanciar deudas empresariales.

De interés resulta la STS de 20 de enero de 2020 (RJ 2020, 66), que, tras afirmar tajantemente que: «la aplicación de este control de transparencia material está vedado en la contratación entre empresarios», aclara que a ello no se opone la aplicabilidad al caso de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994: «si bien es cierto que el ámbito de aplicación subjetivo de la reiterada Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones

financieras de los préstamos hipotecarios, vigente en el momento de la celebración del contrato, se refiere y extiende a toda persona física que contrate con una entidad de crédito un préstamo que esté garantizado con hipoteca constituida sobre una vivienda, con independencia de que el prestatario sea o no consumidor, es igualmente cierto que la naturaleza jurídica de dicha Orden y las consecuencias de su incumplimiento vienen fijados en su artículo 2 que, sin perjuicio de lo establecido en la legislación general de defensa de los consumidores y usuarios –en los casos en que resulte aplicable–, reconduce los efectos de dicho incumplimiento al régimen sancionador previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que prevé tan sólo sanciones administrativas que no alcanzan a afectar, por sí solas, la validez y eficacia de los contratos. Todo ello sin perjuicio de las consecuencias que sobre la validez del contrato pueden derivarse del incumplimiento de las previsiones de la citada Orden ministerial en el marco del descrito control de transparencia material respecto de los contratos con condiciones generales de la contratación en que el adherente tenga la condición de consumidor, en los términos antes analizados». Entiende, además, el TS que la cláusula en cuestión supera el control de incorporación, que sí resulta aplicable en estos casos: «la cláusula litigiosa sí supera el control de incorporación, porque los adherentes tuvieron la posibilidad de conocerla, al estar incluida en la escritura pública y es gramaticalmente comprensible, dada la sencillez de su redacción. Se encuentra dentro de un epígrafe específico de la escritura pública, titulado «Tipo de interés variable», en un apartado propio. Por tanto, supera sin dificultad los umbrales de los arts. 5 y 7 LCGC».

Por su parte, la STS de 20 de enero de 2020 (RJ 2020, 819) se apoya en la presunción de ánimo de lucro y en el criterio de la mercantilidad por la forma de las sociedades de capitales para excluir la condición de consumidor y, con ella, la aplicabilidad del control de transparencia: «no cabe duda alguna de que una sociedad mercantil de responsabilidad limitada opera en el tráfico mercantil con ánimo de lucro, porque precisamente por tratarse de una sociedad de capital dicho ánimo se presume (arts. 116 CCom y 1 y 2 de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC)./ Igualmente, ha de tenerse presente que el criterio de la mercantilidad por la forma que impone el art. 2 LSC supone que toda sociedad de responsabilidad limitada será siempre mercantil y, por consiguiente, tendrá la consideración de empresario (arts. 1 y 2 CCom), con la correspondiente aplicación de su estatuto jurídico, inclusive el art. 4 TRLGCU. Puesto que, como también declaró la sentencia 1377/2007, la sociedad mercantil, al desarrollar una actividad externa con ánimo de lucro, integra «una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social»».

Y es asimismo reseñable la STS de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 218), que casa y anula la sentencia de la Audiencia, que había estimado el recurso de apelación de la demandante no consumidora aplicando el principio de la buena fe y por el carácter sorpresivo de la cláusula suelo.

Para revocar esta decisión el TS afirma que no se dan en el caso las reglas que el propio órgano jurisdicción ha establecido a tal efecto (aunque en *obiter dicta*), en sentencias previas como la de 30 de enero de 2017. En particular, no se aporta por el adherente no consumidor prueba de la concurrencia de circunstancias especiales en la negociación que hayan propiciado la introducción de la cláusula de forma abusiva: «como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente». La Audiencia había basado su decisión estimatoria en la existencia de desequilibrio en la posición contractual del adherente, sin que éste aportase ninguna prueba acerca de las condiciones especiales en que se había producido la negociación. Por ello, realmente, había aplicado un control de transparencia material, lo cual está vedado en este tipo de relaciones entre empresarios o profesionales. Por este motivo el TS casa y anula la sentencia desestimando la demanda.

- § 34 También en relación con las cláusulas suelo han aparecido varios pronunciamientos en que el TS ha procedido a **anular las sentencias de las Audiencias por incongruencia con la causa de pedir**, entrando posteriormente a desempeñar la función de instancia con un resultado desestimatorio. Así ocurre con la STS de 28 de enero de 2020 (RJ 2020, 114), en relación con un contrato de préstamo con finalidad mixta («para la adquisición de una vivienda, la refinanciación de varias operaciones y la adquisición de un local») en la que el interés empresarial no era marginal o residual, «[d]e donde resulta la improcedencia de los controles de transparencia y abusividad, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala»; con la STS de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 127), en que la Audiencia había apreciado que la cláusula no superaba el control de incorporación cuando esto no había sido solicitado, resultando igualmente inaplicable el control de transparencia al no ser un consumidor el prestatario; o con la STS de 27 de febrero de 2020 (RJ 2020, 515), en la que la Audiencia había considerado indebidamente que había habido «un abuso de la posición contractual del prestamista, contrario a la buena fe», que había frustrado «la legítima expectativa de los prestatarios al contratar un interés variable».

Podemos encontrar asimismo varias sentencias en las que el TS inadmite el recurso planteado por una de las partes por defectos procesales, al no citar o concretar la norma que se alegaba como infringida. Así ocurre en la STS de 27 de febrero de 2020 (RJ 2019, 592), la STS de 4 de junio de 2019 (RJ 2019, 2261), la STS de 5 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 4977), la STS de 18 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5123) y en la STS de 27 de

febrero de 2020 (RJ 2019, 592). Dado el momento procesal en que se aprecia, la causa de inadmisión se convierte en causa de desestimación.

2.5. Cláusulas de conversión en préstamos multidivisa

§ 35 En este periodo el TS ha dictado también varias **sentencias en las que se aplica el control de transparencia a hipotecas multidivisa**, que siguen, en lo esencial la doctrina sentada previamente por el STS, Pleno, de 15 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4730). Recordemos que esta sentencia cambió el criterio anterior de considerar las hipotecas multidivisa como negocios complejos sometidos a la Ley del Mercado de Valores, adaptándose de este modo a la vía interpretativa marcada por el TJUE en el caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14, para pasar, a continuación, a someter el clausulado del contrato al control de transparencia. El mismo proceso lógico se utiliza después por la STS de 31 de octubre de 2018 (RJ 2018, 4881) y se reitera por la STS de 14 de marzo de 2019 (RJ 2019, 924), ya dentro del periodo que nos corresponde examinar. Como ocurre en sus precedentes, esta sentencia afirma la inaplicación a las hipotecas multidivisa de las normas de conducta del mercado de valores y también la ausencia de sanción civil de la infracción de las normas de transparencia bancaria: «la Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito y la Orden de 5 de mayo de 1994 no prevén la nulidad de los contratos bancarios en cuya concertación el banco haya incumplido los deberes de información, sino sanciones administrativas».

Pero las consideraciones anteriores no impiden calificar el préstamo multidivisa como un negocio complejo ni tampoco extraer determinadas consecuencias de índole civil del incumplimiento por el banco de su deber de informar al cliente. Como afirma el TS, la dinámica propia de esta operación propicia unos potenciales resultados que no son los esperados por el consumidor medio que concierne un préstamo bancario, aunque éste se encuentre referenciado en divisas: «la percepción propia de un consumidor medio que concierne un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo./ Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, puede ocurrir que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se haya incrementado y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor».

Por eso, es necesario que el banco informe al cliente acerca de las peculiaridades del producto: «27.– Por estas razones, 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 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 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».

En este caso, se constata la falta de cumplimiento de este deber de transparencia y el daño para el consumidor debido al incremento de la deuda: «En el presente caso, este riesgo se materializó cuando los prestatarios optaron por cambiar la moneda nominal del yen al euro, ante el incremento constante del importe de las cuotas del préstamo, y al hacerlo consolidaron un capital pendiente de amortizar muy superior al que recibieron al contratar el préstamo, pese a haber estado pagando las cuotas de amortización durante varios años». Como consecuencia, al igual que en los casos precedentes antes citados, el TS certifica la nulidad parcial del contrato, eliminando la conversión en divisas y condenando a la entidad a recalcular la cantidad pendiente de pago en euros. Se entiende que esta opción no supone apartarse de lo pactado en el contrato, puesto que coincide con una de las posibilidades previstas desde un inicio: «Lo realizado en esta sentencia, como ya se hizo en las anteriores sentencias 608/2017, de 15 de noviembre (RJ 2017, 4730), y 599/2018, de 31 de octubre (RJ 2018, 4881), constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establecía desde un principio la posibilidad de que el capital esté denominado en euros, como de hecho lo estuvo a partir de un determinado momento) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias». Esta técnica permite salvar la pervivencia del contrato: «Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente».

La misma doctrina y técnica se aplican en otras sentencias posteriores de 2019, concretamente la STS de 17 de julio de 2019 (RJ 2017, 3420) y la STS de 14 de noviembre de 2019 (RJ 2017, 4651). Esta base interpretativa es asimismo compartida por la STS de 4 de junio de 2019 (RJ 2017, 2493), aun cuando en este caso no se decreta la nulidad de las cláusulas de conversión debido al mal planteamiento del recurso de casación, que incurre en causa de inadmisión por falta de concreción de la norma jurídica infringida.

2.6. Cláusula de fianza solidaria

§ 36 La extensa STS de 27 de enero de 2020 (RJ 2020, 145) lleva a cabo un repaso a la caracterización de la **fianza de un préstamo hipotecario** en la jurisprudencia, con motivo de la impugnación planteada por los fiadores solidarios de un préstamo hipotecario, interesando precisamente la declaración de «nulidad por abusiva» de la **cláusula por la que se establecía el afianzamiento**. Así planteada, la pretensión fue desestimada en primera instancia y en apelación, razón por la cual los fiadores interpusieron recurso de casación ante el TS.

A lo largo de la Sentencia y con un importante aporte de jurisprudencia tanto nacional como del TJUE, el ponente hace una extensa exposición sobre la naturaleza autónoma de la fianza respecto del préstamo, en el sentido de emanar de una relación jurídica distinta y separada de la de éste, aun cuando la conclusión de ambos contratos se lleve a cabo a través de un único instrumento y a pesar de que la fianza se configure con carácter solidario: «incluso en el supuesto de la impropia denominada «fianza solidaria» no existe una obligación única con pluralidad de deudores (en que se puedan entender refundidas la principal y la accesoría), sino que subsiste la concurrencia de dos vínculos obligatorios de naturaleza distinta». Ello no impide reconocer la interdependencia ente ambos contratos ni la relación de accesoriedad de la fianza respecto a la obligación garantizada.

La separación del contrato de fianza en relación con el de préstamo permite analizar de forma particular la condición en virtud de la cual actúa el fiador como tal. Así, puede ser considerado como profesional o bien como consumidor, si actúa, en este segundo caso, con un propósito ajeno a su actividad profesional y si no tiene vínculos funcionales con el empresario mercantil prestatario: «si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato diferente «ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal»». En consecuencia, concluye el Tribunal que la condición de consumidor debe apreciarse, no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza.

El hecho de que se pueda considerar como consumidor al fiador y que la fianza se articule como una operación distinta al préstamo, aunque se encuentre contenida formalmente en el mismo, permite que las condiciones que se refieren a la garantía puedan ser enjuiciadas bajo el prisma de los controles que establece la Ley de condiciones generales de la contratación y, en particular, bajo el paraguas del control de transparencia: «una vez deslindado, por razón de su autonomía propia, el contrato de fianza del contrato de crédito del que surge la obligación asegurada, ningún inconveniente hay para aplicar al fiador que actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial y que carece de vínculos

funcionales con la sociedad mercantil prestataria o acreditada el régimen jurídico de protección de los consumidores derivado de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, aunque no tenga tal carácter el deudor fiado, pues las normas uniformes sobre cláusulas abusivas deben aplicarse a todos los contratos celebrados, sean del tipo que sean, entre un profesional y un consumidor, pues, sin perjuicio de las posibles excepciones, el objeto del contrato carece de pertinencia para definir el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, al contrario que otras Directivas cuyo ámbito de aplicación es más específico (apartados 21 y 22 del ATJUE de 19 de noviembre de 2015)./ En consecuencia: a) los contratos de fianza también entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE; b) el fiador puede disfrutar de la protección propia de la citada Directiva incluso en el caso de que el contrato del que nace la obligación garantizada sea una operación mercantil, siempre que el fiador tenga la condición de consumidor, en los términos antes vistos (incluida la ausencia de vínculos funcionales con la sociedad avalada); y c) dicha protección se aplica tanto a la fianza simple como a la fianza solidaria pues, sin perjuicio de sus efectos, la solidaridad no funge ambos vínculos (el de la obligación principal y el de la fianza), ni convierte en consumidor al fiador que actúa fuera del ámbito de su actividad profesional o empresarial y que carece de los citados vínculos funcionales».

De ello no se deduce, sin embargo, que quepa impugnar la validez del contrato de fianza en sí mismo considerado por la eventual abusividad de la cláusula mediante la que configuran sus características, sin perjuicio de que quepa plantear si tal cláusula respeta o no las exigencias que impone el principio de transparencia material, con las consecuencias que ello pueda deparar: «con carácter general y desde un punto de vista dogmático, todo lo anterior vendría a avalar la tesis de la sentencia recurrida en el sentido de que no cabría pretender que el contrato de fianza en su totalidad (incluyendo por tanto las estipulaciones que definen sus elementos esenciales u objeto principal), con independencia de su mayor o menor extensión, tenga la consideración de mera cláusula, estipulación o condición general del contrato del préstamo o crédito hipotecario, incluso si se ha documentado conjuntamente en un mismo instrumento público, y en base a dicha pretendida naturaleza de mera cláusula contractual declarar su íntegra nulidad por abusiva, sobre la base de unas acciones que, en principio, están previstas legalmente no para obtener la nulidad íntegra de los contratos, sino para restablecer el equilibrio real de las prestaciones de las partes mediante la supresión de las cláusulas abusivas».

En otro orden de cosas, a juicio del TS no parece que en el caso particular haya existido una exigencia de aportación de garantías desproporcionadas, en los términos que establece el art. 88.1 TRLGDCU: «En el caso de la Litis se observa que la hipoteca constituida no cubría la totalidad de las responsabilidades derivadas del crédito por todos los conceptos, tanto por la limitación derivada del art. 114 LH, como por las impuestas

por la legislación del mercado hipotecario secundario (vid. art. quinto de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario), ni hay datos que permitan concluir que, atendida la solvencia personal de los deudores, o la alta improbabilidad de insuficiencia del valor de la finca hipotecada para cubrir la deuda, o la ausencia de disminución del tipo de interés pactado correlativa a la mayor garantía que representa la fianza (u otras ventajas reconocidas al deudor, como el largo plazo de amortización, o el derecho a realizar nuevas disposiciones de la parte del capital ya amortizado durante la vida del crédito, etc.), exista una desproporción entre las garantías pactadas y el riesgo asumido por el acreedor contraria a las exigencias de la buena fe». Por todo ello, se desestima el recurso de casación planteado por los fiadores.

Los criterios plasmados en esta sentencia son luego ratificados y aplicados por la STS, Pleno, de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020, 329), en la que se recalca la posibilidad de controlar la cláusula de afianzamiento sin que ello determine la desaparición de la fianza y que «lo determinante para la transparencia de una cláusula (pacto) de esta naturaleza es que el fiador comprenda su carga jurídica y económica, es decir, que sea consciente de que, si el deudor principal no paga, responderá en sus mismas condiciones y el acreedor podrá dirigirse contra él por la totalidad de la deuda pendiente». Dicho esto, parece que, también en este caso, las condiciones que caracterizan la fianza en el documento contractual superan dicho control: «las sentencias de instancia (en este punto, la de la Audiencia Provincial se remite a la de primera instancia) consideran que la redacción de la cláusula es fácilmente comprensible y que la fiadora era coprestataria solidaria con el otro demandado en otros dos préstamos con garantía hipotecaria, por lo que conocía la funcionalidad de la fianza solidaria, que, además, había sido condición esencial para que el prestamista concediera el crédito, por lo que la fiadora conocía que podrían dirigirse indistintamente contra el patrimonio del deudor y contra el suyo».

Al mismo resultado llega, en la práctica, la STS de 1 de julio de 2019 (RJ 2019, 3132), en que el TS desestima la demanda de nulidad por vicio del consentimiento planteada por los fiadores de un préstamo hipotecario en relación con la **cláusula de aval**, tras estimar el recurso planteado por el banco prestamista. El TS entiende que dicha cláusula, a pesar de ser un tanto reiterativa, resulta comprensible, en particular para un abogado en ejercicio como lo era una de las personas que habían promovido el litigio. Esta cualificación profesional impedía que el error, en su caso, fuera excusable.

2.7. Cláusula de vencimiento anticipado

§ 37 Respecto a la **cláusula de vencimiento anticipado** es de especial interés la STS, Pleno, de 11 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3343), que declara la nulidad de varias cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario, tras recabar la opinión del TJUE por medio de una cuestión prejudicial.

En relación con el vencimiento anticipado la sentencia aborda aspectos de tanta relevancia, como la fijación de los elementos que permiten determinar la validez o ineficacia de este tipo de pactos o el papel de la propia cláusula en el contrato, como elemento de carácter objetivo y necesario para la subsistencia del negocio, fijando además unas orientaciones jurisprudenciales de cara al futuro.

El punto de partida del razonamiento del alto tribunal viene constituido por la doctrina establecida por el TJUE en su Sentencia de la Gran Sala de 26 marzo de 2019 (TJCE 2019, 59) (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17), para dar respuesta a la cuestión prejudicial que le había planteado el propio TS. A juicio del TJUE: «Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales».

A continuación, el TS recuerda que, según el criterio establecido en su propia jurisprudencia, la posible abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite al banco anticipar el vencimiento y no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es *per se* ilícita. De este modo, en el contexto de los contratos con consumidores «y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en su redacción anterior a la ley 5/2019), los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89) (asunto C-415/11)».

Con estos parámetros el TS se centra en determinar si la cláusula de vencimiento anticipado es necesaria para la subsistencia del propio contrato, en la medida en que su completa desaparición puede traer consigo la nulidad total del negocio jurídico. Y llega a la conclusión de que la cláusula es necesaria por cuanto «el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a

cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco)». Con base en este argumento justifica el mantenimiento de la cláusula, desprovista ya de los elementos que la hacen abusiva y dentro de los parámetros que establece en la actualidad la normativa aplicable a los contratos de crédito inmobiliario, para conservar el propio contrato, dado que «no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa».

En opinión del TS: «Parece claro que, si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato. Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario./ 9.– Estaríamos, pues, en el supuesto, al que se refiere la Abogada General del asunto *Perenicová*, en que procedería la nulidad total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas./ En tal caso, para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria –a las que hicimos referencia en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre (RJ 2015, 5714), y 79/2016, de 18 de febrero– y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al art. 1124 CC –sentencia de pleno 432/2018, de 11 de julio (RJ 2018, 2793)-, con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo), podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del art. 693.2 LEC (...). Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las sentencias 705/2015, de 21 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero./ 10.– Deben interpretarse conjuntamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y el ATJUE de 3 de julio de 2019 en el asunto C-486/16, con la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso C-415/11 (*Aziz*), y con nuestra jurisprudencia, de tal manera que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia./ Se trata de una interpretación casuística en la que habrá que ver cuántas mensualidades se han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor./ Y dentro de dicha interpretación, puede ser un elemento

orientativo de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos del art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), puesto que la STJUE de 20 de septiembre de 2018 (TJCE 2018, 226), asunto C-51/2017 (*OTP Bank Nyrt*) permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda)».

Las consideraciones anteriores se utilizan por el Pleno de la Sala 1ª del TS no solo para resolver el caso concreto, sino para fijar unas «pautas u orientaciones jurisprudenciales» sobre la materia: «Conforme a todo lo expuesto, procede aplicar las siguientes pautas u orientaciones jurisprudenciales a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente:/ a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite./ b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos./ c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación./ d. Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales (ATJUE de 3 de julio de 2019 (JUR 2020, 92986), asunto C-486/16). Solución que no pugna con el art. 552.3 LEC, puesto que no se trata de un segundo despacho de ejecución con fundamento en el mismo título, sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo)./ e. Debe entenderse que las disposiciones legales mencionadas en el apartado anterior son las contenidas en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al art. 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 y pueda haber alguna discordancia con la disposición transitoria primera 4ª de la Ley 5/2019. Y ello, porque:/ El art. 693.2 LEC, en su redacción anterior a la Ley 5/2019, era una norma de Derecho dispositivo, mientras que el art. 24 LCCI, al que ahora se remite, es imperativa./ La disposición transitoria primera 4ª LCCI, fruto de una enmienda transaccional en el Congreso y una enmienda en el Senado, optó por la retroactividad limitada para evitar que una sentencia del TJUE contraria al informe del Abogado General en la cuestión prejudicial que había presentado esta sala, pudiera hacer directamente aplicable el 693.2 LEC en su anterior redacción. Por lo que sería contradictorio que la voluntad del legislador se volviera en contra del consumidor, cuando lo que se pretendió es protegerlo más allá de lo previsto en el art. 693.2 LEC anterior a la reforma».

La doctrina marcada por esta sentencia se sigue luego estrictamente por la STS de 12 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4679), la STS de 12 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5211) y las SSTS de 14 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4725) y (RJ 2019, 5165), todas ellas dictadas con motivo de demandas planteadas por los prestatarios en las que se instaba la declaración de nulidad de las cláusulas en cuestión.

En sentido contrario, la STS de 1 de julio de 2019 (RJ 2019, 2674) **rechaza la declaración de nulidad** de diversas cláusulas contenidas en una escritura de préstamo hipotecario, entre la que se incluye la de **vencimiento anticipado**, con fundamento en la imposibilidad de aplicar al supuesto las reglas sobre abusividad de las cláusulas contractuales, **por no actuar el demandante como consumidor en el contrato** (se trataba del administrador que afianzaba un préstamo para financiar el circulante de la sociedad). Antes de tomar esta decisión el TS había estimado el recurso extraordinario por infracción procesal planteado por la entidad prestamista, declarando incongruente la sentencia de instancia que había apreciado la nulidad relativa en base a las normas generales sobre obligaciones y contratos, siendo que la demanda solicitaba dicha consecuencia con fundamento en las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

Posteriormente, la STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2019, 5389) vuelve con el problema de la **trascendencia sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria de la declaración de nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado**. En este caso los demandantes habían solicitado, junto a la declaración de nulidad de la cláusula, la del procedimiento de ejecución hipotecaria que había sucedido a la extinción anticipada del contrato instada por el banco en aplicación de la misma. El TS reitera en este caso el criterio pergeñado en su anterior Sentencia 463/2019, de 11 de septiembre (RJ 2019, 3343) –antes reseñada–: «los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida y la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo». En aplicación de esta doctrina confirma la sentencia de apelación que había mantenido la nulidad –declarada por el JPI– de la cláusula que permitía dar por vencido un préstamo hipotecario por el incumplimiento de una sola cuota comprensiva de devolución de capital y pago de intereses, al tiempo que la validez del procedimiento ejecutivo promovido por el banco tras el incumplimiento de cinco cuotas por el prestatario. El TS ratifica el criterio de la Audiencia de considerar justificada la pervivencia del procedimiento ejecutivo, tras ponderar la gravedad del incumplimiento en relación con las circunstancias del caso.

§ 38 Ya en 2020 han aparecido cuatro interesantes sentencias del Pleno de la Sala 1ª que analizan la licitud de la **cláusula de vencimiento anticipado**

en **préstamos personales**, una de ellas de 12 de febrero y las otras tres de 19 de febrero de 2020. Aparte de venir referidas a préstamos no dotados de garantía real estos cuatro casos presentan como peculiaridad –respecto a los vistos en los párrafos anteriores– que en ellos el litigio se suscita por la **reclamación judicial del prestamista de las cantidades debidas** por el prestatario, tras haber procedido a cerrar la operación anticipadamente. En cualquier caso, una parte de las bases dogmáticas para decidir acerca de la licitud de las cláusulas en cuestión coincide con las fijadas por el TS con respecto a los préstamos hipotecarios, *mutatis mutandis*, aunque con una diferencia sustancial en punto a la posibilidad de supervivencia del contrato sin la cláusula declarada nula.

La primera de estas cuatro sentencias es la STS, Pleno, de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020, 329), que evalúa la validez de varias cláusulas no negociadas de un préstamo personal, entre las que se encontraba la de vencimiento anticipado. En este caso la referida cláusula permitía dar por vencido el préstamo «por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente contrato, en especial, la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y/o de amortización y demás gastos que originen el préstamo». Es cierto, no obstante, que el banco sólo dio por vencida la operación y presentó una solicitud de juicio monitorio contra el prestatario, una vez que la misma presentaba un descubierto de más de trece cuotas.

Como consideración previa, el Pleno de la Sala comienza constatando que, aunque «los pronunciamientos previos de esta Sala sobre el vencimiento anticipado, sintetizados y sistematizados en la sentencia de pleno 463/2019, de 11 de septiembre, se han referido a préstamos con garantía hipotecaria, algunas de las consideraciones contenidas en nuestra jurisprudencia son también aplicables a préstamos personales como el presente». Así, con carácter general, la Sala «no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el art. 1256 CC (sentencias 506/2008, de 4 de junio (RJ 2008, 3196); o 792/2009, de 16 de diciembre (RJ 2010, 702))./ Es decir, la posible abusividad provendría de los términos en que la condición general predispuesta permita el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es, *per se*, ilícita». Pero, «parece evidente que una cláusula que permite el vencimiento anticipado por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de obligaciones accesorias, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves». Y, finalmente, concluye que «la abusividad de la cláusula no puede ser salvada porque no se aplicó en su literalidad y la entidad prestamista soportó un periodo amplio de morosidad antes de ejercitarla». Por todo ello, estima el recurso de los demandados condenándolos exclusivamente al pago de las cantidades adeudadas en el

momento de la demanda, con mantenimiento del contrato durante por el periodo restante de duración.

Partiendo de este precedente, la STS, Pleno, de 19 de febrero de 2020 (RJ 2020, 398) considera igualmente abusiva una cláusula redactada en términos similares en el marco de un préstamo a un consumidor para financiar un tratamiento dental. Además, aclara las consecuencias de la correspondiente declaración de nulidad de la cláusula, y reitera la **posibilidad del mantenimiento del contrato, a diferencia de lo que puede ocurrir en el caso de los préstamos hipotecarios**, con una fundamentación muy desarrollada: «3. En relación con las consecuencias derivadas de la apreciación de la abusividad de la cláusula, también debemos tener en cuenta que, a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, en los contratos de préstamo personal, la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato (sentencia 463/2019, de 11 de septiembre (RJ 2019, 3343)). Por ello, no podemos extraer las consecuencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en casos en que el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor (por todas, STJUE de 26 de marzo de 2019)./ 4. Por otra parte, también a diferencia de lo que sucede con los préstamos hipotecarios, respecto de los que existen normas legales que permiten el vencimiento anticipado –no solo como pacto, sino como previsión legal– (arts. 693.2 LEC y 24 LCCI), no hay una regulación equivalente para los préstamos personales o sin garantía». A pesar de la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión, el TS advierte que «la reclamación de cantidad formulada por el banco en su demanda de juicio ordinario puede prosperar respecto de las cuotas que, sin aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado, se encontraban vencidas e impagadas».

La misma doctrina aplican las otras dos sentencias plenarias, la STS, Pleno, de 19 de febrero de 2020 (RJ 2020, 399) y la STS, Pleno, de 19 de febrero de 2020 (RJ 2020, 397), en este segundo caso con la singularidad de tratarse de un préstamo para financiar una adquisición de un vehículo sometido a la Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de las ventas a plazo de bienes muebles, cuyo art. 10.2 otorga al financiador la facultad de exigir el pago de los plazos pendientes en caso de falta de pago de dos plazos. En este caso la estimación de la demanda queda reducida «al importe de los plazos impagados cuando se presentó la demanda, comprensivos del capital e intereses ordinarios».

2.8. Cláusula de interés de demora

§ 39 En lo relativo a la **cláusula de interés de demora, tanto en préstamos personales como hipotecarios**, el Tribunal Supremo ha mantenido en 2019 y lo que llevamos de 2020 el criterio muy consolidado ya de considerar «abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado». Este

criterio, permítasenos recordarlo, se estableció por primera vez para los préstamos personales en la STS de 22 de abril de 2015 (RJ 2015, 1360) y luego se reiteró en otras posteriores como las SSTS de 7 y 8 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 3976) y (RJ 2015, 3977). Por otra parte, según estas sentencias, la declaración de nulidad debe traer consigo la desaparición completa del interés de demora, habida cuenta de que no cabe su moderación judicial por constituir una infracción de la normativa sobre cláusulas abusivas, considerada como cuestión de orden público por el TJUE. Sin embargo, ello no impide que siga devengándose el interés retributivo hasta que el prestatario devuelva la cantidad prestada: «carece de lógica que el interés remuneratorio deje de devengarse cuando, transcurrido un cierto periodo de tiempo durante el que el prestatario se encuentre en mora, el prestamista haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado, porque el ejercicio de esta facultad no afecta a la función que tiene el interés remuneratorio de retribuir la prestación del prestamista de modo que, anulada la cláusula abusiva, el interés remuneratorio continúa devengándose respecto del capital pendiente de devolución». Esta doctrina fue ratificada posteriormente por el TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018.

Pocos meses después de su primera sentencia, el TS adoptó idéntico criterio para los préstamos hipotecarios en la STS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714), luego seguida por las SSTS de 18 de febrero de 2016 y 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 619) y (RJ 2016, 2300) o la STS, Pleno, de 28 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5101), a pesar de las diferencias que entre unos y otros había destacado en su primer pronunciamiento de 22 de abril de 2015, precisamente para justificar la fijación de un límite tan bajo para los préstamos personales.

- § 40 Este criterio se reitera ahora, en relación con los **préstamos hipotecarios** en la SSTS de 11 de enero de 2019 (RJ 2019, 20) y (RJ 2019, 58) y en la STS de 21 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1145), así como en las dos SSTS de 24 de abril de 2019 (RJ 2019, 1577) y (RJ 2019, 1745), en que se había establecido un tipo de interés de demora del 20% y del 25%, respectivamente. Lo mismo ocurre en la STS, Pleno, de 17 de abril de 2019 (RJ 2019, 1906), aunque en este caso con fundamento en el art. 10 de la antigua LGDCU, interpretado a la luz de la Directiva de cláusulas abusivas, antes de su transposición, utilizando para ello el criterio entonces vigente de la falta de «justo equilibrio de las contraprestaciones»: «Aplicada la citada normativa al caso de autos se puede deducir, sin dificultad, que no hay justo equilibrio entre las prestaciones, en concreto en lo que se refiere al recargo por mora, dado que se perjudica de manera desproporcionada al consumidor, aplicando un recargo (25%) que supera en más del doble al interés remuneratorio (11%), provocando una notoria asimetría, no justificada por el loable deseo de incentivar el cumplimiento, dada la insoportable carga económica que producía».

Posteriormente sigue el criterio general también la STS de 14 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 5165), en un caso en que el citado interés

alcanzaba el 19%, superando con mucho el límite de los dos puntos sobre el interés retributivo.

En sentido contrario, la STS de 1 de julio de 2019 (RJ 2019, 2674) **rechaza la declaración de nulidad** de diversas cláusulas contenidas en una escritura de préstamo hipotecario, entre la que se incluye la de **interés de demora**, con fundamento en la imposibilidad de aplicar al supuesto las reglas sobre abusividad de las cláusulas contractuales, **por no actuar el demandante como consumidor en el contrato** (se trataba del administrador que afianzaba un préstamo para financiar el circulante de la sociedad). Antes de tomar esta decisión el TS había estimado el recurso extraordinario por infracción procesal planteado por la entidad prestamista, declarando incongruente la sentencia de instancia que había apreciado la nulidad relativa en base a las normas generales sobre obligaciones y contratos, siendo que la demanda solicitaba dicha consecuencia con fundamento en las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

- § 41 Por lo que se refiere a los **préstamos personales**, la STS, Pleno, de 19 de febrero de 2020 (RJ 2020, 398) declara de oficio el carácter abusivo de una cláusula por la que se establecía un tipo del 19% para el interés de demora. Y lo mismo hace la STS, Pleno, de 19 de febrero de 2020 (RJ 2020, 399), pero a instancia de parte en este caso, respecto a un interés de demora del 17,5% sobre un interés inicial del 7,5%. En ambos casos se aplica la doctrina anterior, anulándose la cláusula de interés de demora, pero manteniendo el interés remuneratorio pactado en el contrato hasta la devolución del préstamo, o bien utilizando dicho tipo para practicar la liquidación del contrato.

En relación con la moderación judicial del interés de demora véase, además, la sentencias reseñadas en el § 45, dentro del epígrafe «A) Préstamo y apertura de crédito».

3. OPERACIONES BANCARIAS

Tras este extenso repaso de las sentencias sobre el control de condiciones generales de la contratación bancaria, fuente de una abundante aportación jurisprudencial del Tribunal Supremo, pasamos ahora a centrar nuestra atención en distintas cuestiones de interés que se han suscitado en relación con diversas operaciones bancarias.

3.1. Cuenta corriente

- § 42 La STS de 23 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2111) enjuicia un supuesto de **embargo judicial del saldo de una cuenta corriente**. El saldo provenía de una ayuda para pagar alquileres que una administración pública había concedido al titular de la cuenta. El TS considera que no procede decretar la nulidad de la declaración judicial de embargo por no haberse vulnerado ninguna norma jurídica: «En el caso presente no cabe admitir

la existencia de error judicial alguno a los efectos que ahora se interesan. En primer lugar porque lo embargado fue el saldo de una cuenta bancaria, lo que no supone infracción legal alguna sino, por el contrario, cumplimiento de la legalidad a efectos de hacer posible la ejecución de las sentencias. En segundo lugar porque el error ha de ser susceptible de causar un daño injusto en la parte que lo sufre y el supuesto daño no puede consistir en la aplicación de una cantidad embargada al pago de una deuda declarada en sentencia firme».

3.2. Operaciones bancarias activas o de financiación

A. Préstamo y apertura de crédito

§ 43 La STS de 18 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3590) enjuicia un supuesto **de inexistencia de un contrato, –realmente de varios contratos– celebrado con una entidad de crédito, por falta de consentimiento**. Las operaciones crediticias habían sido contratadas por el marido de la deudora, sin que ella conociera su existencia, con la participación de los empleados del banco. Éste posteriormente cedió los créditos derivados de tales operaciones a otra entidad, que fue demandada por la hipotética deudora al advertir ésta la existencia de su deuda, tras serle reclamada. En primera instancia y en apelación se declaró la inexistencia de los contratos por falta de consentimiento (*ex art. 1.261 CC*), pero se condenó a la devolución de las cantidades que se habían entregado las partes recíprocamente, por aplicación del art. 1.303 CC, sin que se entendiera aplicable al caso el art. 1.306 CC que permite soslayar la obligación de devolución en los contratos con causa torpe. Se consideraba improcedente la aplicación de esta última norma bajo la consideración de que las cantidades procedentes de las operaciones impugnadas fueron ingresadas en la cuenta de la demandante, sin que pudiera determinarse si fue ella o su marido quien dispuso del dinero mediante una serie de exacciones a través de una tarjeta de crédito, siendo, además, que en dicha cuenta se cargaban determinados gastos familiares.

El posterior recurso de casación se plantea por la demandante, para solicitar la aplicación del precepto (el art. 1.306 CC) y la condena al cesionario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. El TS casa la sentencia acogiendo el primero de los dos motivos teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: «del art. 1306 CC resulta que, cuando la «culpa» o «causa torpe» esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido./ D) En el presente caso la regla debe aplicarse con las oportunas adaptaciones. Fundamentalmente porque, como se ha dicho, la demandante no fue parte en el contrato./ E) Debemos partir de los hechos probados y, en el caso, la sentencia recurrida

no declara probado que la demandante gastara el dinero, aun cuando se ingresaran las cantidades procedentes de los préstamos personales en su cuenta corriente./ La sentencia recurrida, para rechazar la alegación de falta de causa de los contratos, se limita a afirmar que existen «dudas respecto de la atención con dicho dinero a los gastos familiares»./ A juicio de esta sala, tales dudas no pueden perjudicar a la demandante, dada la participación significativa de los empleados de la entidad financiera en lo ocurrido. Es la entidad la única que debe soportar las consecuencias de una actuación fraudulenta que fue posible gracias a la inobservancia por la propia entidad de sus normas internas, que se dirigen a evitar el fraude a los clientes (...).

Por contra, el TS no condena al cesionario a resarcir los daños morales irrogados a la demandante y desestima la demanda en este punto: «Los daños morales padecidos por la actora, en cuanto pudieran imputarse a la negligencia de la entidad bancaria que tras permitir la actuación fraudulenta del marido decidió ceder los créditos impagados, no serían imputables a quien adquiere el crédito y, sin conocer su inexistencia, lo reclama».

§ 44 La STS de 18 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5125) retoma la clásica **diferenciación entre los contratos de préstamo y apertura de crédito**, con motivo de la impugnación de una cláusula de vencimiento anticipado. Los demandantes, recurrentes en casación consideraban que se trataba de una operación de crédito y no de préstamo, habida cuenta de su denominación (crédito con garantía hipotecaria), y que, en consecuencia, no existían cuotas mensuales cuya falta de pago pudiera dar lugar al incumplimiento alegado por el banco para dar por cancelada la operación, que tenía un plazo de duración de 25 años.

Antes de analizar la operación el TS recuerda las diferencias entre ambos contratos en los siguientes términos: «Los contratos bancarios de préstamo y apertura de crédito tienen en común que son contratos de activo y que sirven para la financiación del cliente, pero su concepto y funcionalidad son diferentes./ El de préstamo es un contrato por el que la entidad bancaria entrega una suma de dinero determinada, obligándose quien la recibe a restituir la totalidad del capital en las condiciones pactadas y a pagar los correspondientes intereses. A falta de una regulación específica del préstamo bancario de dinero, se le aplican los arts. 311 a 324 del Código de Comercio (CCom) y, supletoriamente, lo dispuesto en el Código Civil (CC)./ La apertura de crédito es un contrato atípico, aunque se le menciona en el art. 175.7 CCom. Conocido también como cuenta de crédito o línea de crédito, consiste en un acuerdo por el que una entidad de crédito (acreditante) se obliga a poner a disposición de un cliente (acreditado) un determinado capital por un cierto plazo, en forma de límite máximo; y con cargo al cual se obliga a entregar las cantidades que el cliente solicite, de acuerdo con los términos pactados, mediante el pago de una comisión de apertura y al tipo de interés pactado sobre las cantidades efectivamente dispuestas (sentencia 236/2004,

de 7 de abril (RJ 2005, 3845), y las que en ella se citan)./ Como establecimos en la sentencia 173/2018, de 23 de marzo (RJ 2018, 1513), lo más característico de la apertura de crédito es que no se entrega de una sola vez una cantidad de dinero, sino que únicamente se facilita su disponibilidad conforme el cliente lo vaya necesitando; y que los intereses se aplican sólo sobre las cantidades efectivamente retiradas. Por ello, supone una forma evolucionada del préstamo, basada en el concepto económico de «saldo fluctuante». La consecuencia es que en el préstamo el importe queda fijado en el momento inicial, mientras que en la apertura de crédito fluctúa en función de las disposiciones efectivamente realizadas».

Pero, tras establecer esta diferenciación, el TS interpreta que la operación en cuestión no consiste en un crédito, sino en un préstamo, a pesar de su nombre: «No obstante, como hemos declarado en múltiples resoluciones, los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son (irrelevancia del *nomen iuris*, por todas, sentencias 765/2010, de 30 de noviembre (RJ 2011, 1162); y 335/2013, de 7 de mayo (RJ 2013, 3935))./ Desde ese punto de vista, la calificación jurídica que hace la Audiencia Provincial es irreprochable, pues más allá de que el contrato se denominara de una manera o de otra, lo determinante es que la cantidad que constituía su objeto fue dispuesta (entregada) de una sola vez, en el mismo momento de la firma de la escritura, y los clientes fueron devolviéndola mediante cuotas mensuales periódicas de importe igual, que respondían a la previsión del cuadro de amortizaciones incorporado y pactado en el propio contrato./ Con lo que, con independencia del nombre que se diera al negocio jurídico, se trató de un préstamo y no de una apertura de crédito».

- § 45 También en el marco del préstamo bancario destacamos la STS de 17 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5351), que ventila un recurso de casación frente a la sentencia de instancia que había procedido a **moderar un interés de demora** del 27,5%. El préstamo en cuestión se había celebrado en 1992. En 1995 se cerró la cuenta y se instó un procedimiento ejecutivo contra la prestataria. En 2001 el prestamista alcanzó un acuerdo con la deudora por el que renunciaba a la ejecución, recibiendo una parte de lo debido, pero quedando insatisfechos algo más de cuatro millones de pesetas. Tras varias cesiones posteriores del crédito, éste llegó a alcanzar el saldo de más de 200.000€, por aplicación de la cláusula de interés de demora. Cuando esta cantidad fue reclamada por el último titular del crédito, el Juzgado estimó la correspondiente demanda, pero la Audiencia moderó dicho interés aplicando el legal del dinero incrementado en dos puntos, con base en la siguiente fundamentación: «La situación desde hace más de diecisiete años ha cambiado enormemente con los tipos de interés cada vez más a la baja, que obligan a la moderación, pues de lo contrario el prestamista aprovecharía la posición ganada por circunstancias meramente coyunturales para aplicarlas en tiempos que ya no se justifican, para la obtención de una ganancia extraordinariamente superior al perjuicio verdaderamente sufrido o esperado, que destruye el equilibrio

de prestaciones en perjuicio del prestatario. Por lo tanto, convenimos en moderar el importe de los intereses moratorios en el interés legal del dinero establecido para cada anualidad, desde la expresada fecha de 15 de noviembre de 2001, y sin que pueda aplicarse anatocismo». Finalmente, el TS desestima el recurso contra la sentencia de instancia por considerar que no se había producido un error judicial como pretendía la recurrente.

También en relación con el interés penalizador encontramos la STS de 5 de marzo de 2019 (RJ 2019, 718) y la STS de 27 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1200), que rechazan la aplicación de la Ley Azcárate de Usura a unos préstamos hipotecarios con intereses de demora muy elevados del 29% y del 30%, cuando los retributivos eran del 8% y del 10%, respectivamente: «1.- Como regla general, la jurisprudencia de esta sala, representada, verbigracia, por las sentencias 869/2001, de 2 de octubre (RJ 2001, 7141); 430/2009, de 4 de junio (RJ 2009, 4747); y 709/2011, de 26 de octubre (RJ 2012, 1126), considera que, dada la distinta naturaleza de los intereses remuneratorios y los moratorios, a éstos últimos no se les debe aplicar la Ley de Usura, pues cuando en ella se habla de intereses se hace referencia a los retributivos, ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y conmutativa, en la que el interés remuneratorio es el precio del préstamo (sentencia 44/2019, de 23 de enero (RJ 2019, 114)). Mientras que los intereses moratorios sancionan un incumplimiento del deudor jurídicamente censurable, y su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido, como para constituir un estímulo que impulse al deudor al cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le producirían el impago o la mora./ 2.- No obstante, en algún caso (sentencias 422/2002, de 7 de mayo (RJ 2002, 4045), y 677/2014, de 2 de diciembre (RJ 2014, 6872)), también se han reputado usurarios los intereses moratorios, pero no aisladamente considerados, sino como un dato más entre un conjunto de circunstancias que conducen a calificar como usurario el contrato de préstamo en sí: la simulación de la cantidad entregada, el plazo de devolución del préstamo, el anticipo del pago de los intereses remuneratorios, el tipo de tales intereses remuneratorios, etc.».

En los casos enjuiciados por estas sentencias no se aplica la excepción a la regla general, porque la parte demandante no acredita alguno de los hechos a partir de los que se denuncia el carácter usurario de los préstamos, en particular, el haber recibido una cantidad inferior al importe nominal del préstamo: «Como quiera que las circunstancias fundamentales en que se basaba la pretensión de calificación de usurario del préstamo eran que se había recibido una cantidad sensiblemente inferior a la que figuraba en el documento público y que ello había disparado los intereses remuneratorios reales a una cifra astronómica, y no han quedado probadas, el dato del interés moratorio, en sí mismo y aisladamente

considerado, no es suficiente para declarar la nulidad de la totalidad del préstamo como usurario».

- § 46 Por su parte, la STS de 17 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5207), valora las consecuencias de la **falta de subrogación del adquirente de un inmueble en el préstamo previamente concedido por el banco al promotor**, en el marco de un contrato de compraventa. La subrogación, que había sido ofrecida por el vendedor al comprador, como forma de pago del inmueble, no se produjo finalmente al ser denegada por el banco. Este hecho permitió al comprador oponerse a la demanda de reclamación de pago del vendedor, alegando imposibilidad de cumplimiento por circunstancia sobrevenida, al tiempo que plantear una reconvencción en el sentido de instar la resolución del contrato de compraventa y la devolución de las cantidades entregadas a cuenta. El TS acoge la pretensión del demandado aplicando su jurisprudencia anterior que se puede sintetizar en dos frases: «Con carácter general, en supuestos de dificultad de financiación del comprador, esta sala ha reiterado que la imposibilidad liberatoria prevista en los arts. 1181 y 1184 CC no es aplicable a las deudas de pago de dinero (...)/ Pero cuando el riesgo de la falta de financiación ha sido asumido contractualmente por el vendedor, la denegación de la subrogación supone un incumplimiento del vendedor que permite al comprador resolver el contrato».
- § 47 La STS de 15 de enero de 2020 (RJ 2020, 652) niega al arrendatario que ejerce el derecho de retracto legal del art. 1.521 CC la posibilidad de subrogarse en la posición de deudor hipotecario, sin el consentimiento del acreedor, a los efectos de realizar el pago. El supuesto deriva de la compraventa de un inmueble, grabado con una hipoteca y arrendado a una persona física. Tras enterarse de la transmisión del inmueble, la arrendataria quiso ejercer el derecho de retracto sobre el mismo, pero con la pretensión de subrogarse en la posición de deudora hipotecaria para realizar el pago en los mismos términos que la sociedad que había adquirido el inmueble. Presentada la correspondiente solicitud a la adquirente, ésta no contestó, razón por la cual la arrendataria entabló demanda solicitando se declarara su derecho de retracto con la apuntada subrogación, así como la condena a la adquirente a pasar por dicha declaración. La demanda fue estimada en primera instancia y en apelación, ante lo cual la sociedad adquirente planteó recurso de casación.

La cuestión fundamental que se plantea en el litigio reside en determinar si resulta procedente el ejercicio del derecho retracto, no mediante el pago del precio, sino mediante la subrogación en el préstamo y la responsabilidad hipotecaria, y ello sin el consentimiento del prestamista. El Tribunal Supremo acoge el recurso del adquirente frente a la sentencia de instancia, destacando, sobre todo, la imposibilidad de que la subrogación instada se opere sin el consentimiento del acreedor, para quien la identidad del deudor no resulta indiferente: «El hecho de que la finca

vendida esté hipotecada no excluye, en principio, la posibilidad de ejercitar el retracto legal. Sin embargo, en atención a la particularidad de la venta de una finca hipotecada y a la existencia de una deuda asegurada, deben tenerse en cuenta todos los intereses en juego. Junto al interés del retrayente están también el del acreedor hipotecario (por lo que se refiere a las cualidades personales del deudor, o a la procedencia, en su caso, de un pago anticipado); el del comprador, que adquiere la finca gravada y que, además, se convertirá en deudor si asume la deuda; y el del deudor enajenante, que solo dejará de ser deudor si lo consiente el acreedor (...)/ El consentimiento del acreedor es preciso porque se crea un nuevo vínculo en el que el nuevo deudor responderá con todos sus bienes, presentes y futuros. A la idea tradicional de que al acreedor no le resulta indiferente la persona del deudor, ni siquiera cuando existe una hipoteca, debe añadirse ahora, desde una perspectiva más amplia, que las actuales exigencias legales de concesión de crédito de forma responsable imponen a las entidades financieras la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario».

- § 48 Por su parte, la STS de 16 de enero de 2020 (RJ 2020, 930) aborda un supuesto de declaración de **nulidad de una compraventa de dos naves industriales y del préstamo mediante el que se financió su adquisición por el comprador, por causa de las incorrecciones constatadas en el informe de tasación**, realizado por una entidad vinculada societariamente con el banco. El informe de tasación había silenciado información relevante acerca de la inexistencia de determinados elementos esenciales en las naves, que las hacían inhábiles para el uso al que iban a ser destinadas, propiciando con ello el error en la voluntad contractual del adquirente: «si la tasación se hubiese efectuado conforme a derecho y conforme a una buena praxis profesional (lo que no ocurrió) la parte compradora habría conocido la imposibilidad de adscribir los bienes al uso industrial (por carecer de instalación eléctrica definitiva), y causa determinante de la ignorancia de la parte demandante fue el deficiente informe de tasación, efectuado por Sivasa, entidad tasadora a la que por cierto había abonado sus honorarios profesionales, si bien había sido designada por el Banco de Santander, entidad a la que estaba vinculada societariamente (hecho probado y no contradicho)/ (...) Por ello debemos declarar que el error en el que incurrió el comprador estuvo causado, también, por la sociedad tasadora, en cuanto incumplió trascendentalmente las obligaciones profesionales que le afectaban, por lo que le deben afectar las consecuencias indemnizatorias derivadas de su propio incumplimiento, acción indemnizatoria que se ejercitó expresamente en la demanda (arts. 1101 y 1103 del C. Civil)».

Además, la nulidad de la compraventa por vicio del consentimiento arrastra consigo –o se extiende sobre– el préstamo hipotecario, negocio conexo o coligado con aquella, sin el cual no habría podido completarse la adquisición, siendo además que el banco no puede desligarse de la misma, por ser responsable de la actuación de la sociedad tasadora: «De

las consecuencias de dicho error no puede desligarse el Banco demandado, en cuanto responsable de la sociedad de tasación que él había designado y a la que estaba vinculado societariamente./ Tanto el negocio jurídico de compraventa como el de préstamo hipotecario eran negocios coligados (sentencia 39/2013, de 13 de febrero (RJ 2013, 2012)) en cuanto al fin económico a conseguir pues sin el préstamo era imposible completar el pago del precio ambos formalizados en unidad de acto, tiempo y ante el mismo notario, conexión que determina también la nulidad del préstamo en cuanto el Banco no era inmune a la negligencia en la tasación efectuada por una tasadora de la que debía responder y que el Banco impuso, estando tasadora y Banco ligadas societariamente (sentencia 375/2010, de 17 de junio (RJ 2010, 5407), sobre nulidad de negocios vinculados)./ No cabe la invocación por el Banco del art. 34 de la Ley Hipotecaria, pues la causa de nulidad no procede de errores en la titularidad sino en el error padecido por el comprador y prestatario, en cuya causación no era un extraño el Banco en cuanto debe responder de la negligencia de la tasadora que él mismo designó y con la que societariamente estaba ligado./ En este sentido establece el art. 12.3 del RD 775/1997, de 30 de mayo, sobre el régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación:/ «Con independencia de las sanciones que procedan con arreglo a lo dispuesto en la disposición adicional décima de la Ley 3/1994, de 14 de abril, cualquier responsabilidad de orden civil que pudiera derivarse de la valoración recaerá sobre la entidad de crédito o sobre la sociedad de tasación en cuyo nombre se efectúa, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los profesionales que hayan realizado la tasación».

Finalmente, la sentencia del TS confirma asimismo la condena al banco a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el adquirente, tal y como habían sido fijados en la instancia.

- § 49 Por último, en este apartado, reseñamos la STS de 26 de febrero de 2020 (Cont.-Adm.) (RJ 2020, 842) y la STS de 4 de marzo de 2020 (Cont.-Adm.) (RJ 2020, 904) que, en relación con sendas escrituras de modificación de créditos y de préstamos hipotecarios sometidas a la Ley 2/1994, indican que la **exención del impuesto de AJD**, contemplada en dicha Ley para los supuestos de modificación que produzcan una alteración del tipo de interés y/o del plazo, no se ve impedida por la inclusión de otras cláusulas distintas de aquéllas. Por otra parte, a los efectos de determinar si estas otras cláusulas quedan o no sujetas al impuesto habrá de comprobarse si cumplen los requisitos de inscribibilidad y de contenido «valuable» (sic) económicamente. Así, y a título de ejemplo, la alteración de la cláusula sobre vencimiento anticipado cumpliría el requisito de la inscribibilidad, pero no el del contenido valuable, por lo que no quedaría sujeta (STS de 4 de marzo de 2020 [Cont.-Adm.] [RJ 2020, 904]). En cualquier caso, como se ha dicho, la presencia de esta cláusula en la escritura de modificación no impediría que se aplicase la exención a la alteración del tipo de interés o el plazo.

B. Descuento

§ 50 La STS de 13 de febrero de 2019 (RJ 2019, 543) enjuicia un supuesto de **descuento de unos pagarés** por una compañía financiera. La firmante de los pagarés quiso oponer a la descontante la compensación de la deuda frente al descontatario con un crédito propio, pero esta oposición no pudo ser eficaz por aplicación de las normas que certifican el **carácter abstracto de la puesta en circulación de los títulos valores de pago**, excediendo de los márgenes permitidos al juicio especial cambiario: «La verificación de la procedencia de estas compensaciones, tal y como ha sido planteada por la demanda de oposición, excede de lo que puede ser objeto de conocimiento del juicio cambiario. Exige entrar a analizar distintas vicisitudes del contrato de ejecución de obra y liquidar esta relación contractual entre comitente (firmante del pagaré) y contratista (persona a favor de quien se emitió el pagaré), que introduce una complejidad y extensión excesivos para el ámbito de este juicio especial».

C. Leasing

§ 51 La STS de 24 de abril de 2019 (RJ 2019, 1583) considera que no hay retraso desleal en el ejercicio de las acciones de **reclamación contra una compañía de leasing por las cantidades percibidas de más en concepto de intereses**. En el contrato existía una cláusula de revisión de los intereses para actualizar el precio de la financiación, cuya interpretación había dado lugar a discrepancias entre las partes. Después de varias reclamaciones ante el Defensor del Cliente y ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, el arrendatario interpuso su demanda cuando estaba a punto de agotarse el plazo de prescripción de 15 años. Tras no apreciar en estos hechos la existencia de retraso desleal, el TS pasa a asumir la función de instancia y realiza una interpretación integradora de la cláusula discutida, dictaminando la aplicación del interés inicialmente pactado en el contrato para resolver la disputa.

D. Crédito «revolving» mediante tarjeta

§ 52 La STS, Pleno, de 4 de marzo de 2020 (RJ 2020, 407) declara **usurario un contrato de crédito revolving mediante el uso de tarjeta**. En el supuesto se había aplicado al consumidor titular de la tarjeta un tipo de interés inicial para pagos aplazados y disposiciones a crédito del 26,82% TAE, que en el momento de interponer la demanda era del 27,24% TAE, en tanto que el tipo medio para este tipo de operaciones rondaba el 20%, según las estadísticas publicadas por el Banco de España.

Al tratarse de un elemento esencial del contrato el tipo de interés remuneratorio no puede ser objeto de control directo por medio de las normas sobre condiciones generales de la contratación, pero sí puede ser considerado usurario, en su caso, si se dan las condiciones que impone a tal efecto la Ley de 23 de julio de 1908. Como recordó la Sentencia anterior del TS sobre la materia, la STS, Pleno, de 25 de noviembre de 2015,

los requisitos objetivos que requiere la Ley para considerar usurario un contrato de préstamo son que el interés pactado sea notablemente superior al interés del dinero al tiempo de la estipulación del contrato y que sea manifiestamente desproporcionado en relación con las circunstancias del caso. El foco principal del litigio se centra en la determinación de la concurrencia de estos requisitos.

En primera instancia el Juez había estimado la demanda en sentencia que fue confirmada por la Audiencia, utilizando como criterio cuantitativo para determinar si el interés establecido en el contrato era notablemente superior al normal los índices medios publicados por el Banco de España. En casación el demandado alega que el índice que ha de utilizarse es el propio de las tarjetas de crédito, que es más elevado que el de las operaciones de crédito al consumo en general.

El TS llega a esta consideración también, por lo que parece sintonizar en esto con la tesis del recurrente: «Para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y *revolving*, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuales el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio. (...) En consecuencia, la TAE del 26,82% del crédito *revolving* (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24%, ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* de las estadísticas del Banco de España, que, según se fijó en la instancia, era algo superior al 20%».

Sin embargo, esto no impide luego al TS llegar a la determinación de que el tipo aplicado es notablemente superior al normal del dinero: «6.– El tipo medio del que, en calidad de «interés normal del dinero», se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de «interés normal del dinero», menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito *revolving* pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%/7.– Por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre

en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de «interés normal del dinero» y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como «notablemente superior» a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes./ 8.– Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito *revolving*, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor «cautivo», y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio».

Por otra parte, el TS considera que «no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil (en ocasiones, añadimos ahora, mediante técnicas de comercialización agresivas) y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y *revolving* no puede fundarse en esta circunstancia». Todo ello conduce a la desestimación de recurso de casación, con la confirmación de la sentencia de instancia estimatoria de la demanda.

3.3. Garantías

A. Garantías en las operaciones bancarias

§ 53 En el campo de las **garantías para el aseguramiento de las operaciones bancarias**, tres SSTs de 20 de marzo de 2019 (RJ 2019, 942), (RJ 2019, 945) y (RJ 2019, 1139), las dos SSTs, Pleno, de 17 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3634) y (RJ 2019, 3750) y la posterior STS de 30 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3681) fijan como jurisprudencia el criterio que habían avanzado anteriormente la STS de 13 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5407). En todos estos casos se estiman sendas **tercerías de mejor derecho presentadas por los acreedores pignoratícios** –entidades de crédito– que tenían contragarantizado su aval –o garantizada su póliza de crédito, en alguno de los casos– mediante unos depósitos de los clientes avalados –o acreditados–. En todos los supuestos el correspondiente depósito, o más propiamente el derecho de crédito derivado del mismo,

había sido embargado a solicitud de la AEAT. Las correspondientes sentencias de instancia habían desestimado la tercería bajo la consideración de que el crédito del acreedor pignoraticio no estaba vencido ni era exigible. Frente a ello, el TS en sus dos sentencias plenarias aclara que «la preferencia de cobro de la prenda constituida en garantía de una obligación futura puede hacerse valer frente a un tercero que embarga con posterioridad el depósito pignorado, aunque la obligación garantizada no haya nacido todavía. El nacimiento de la obligación (*obligatio existit*) permite que pueda haber incumplimiento, presupuesto necesario para ejecutar la garantía. Pero también antes de que nazca la obligación garantizada como futura, esto es, en el periodo entre la constitución de la garantía y el nacimiento de la obligación (*obligatio pendens*), la prenda asegura la preferencia de cobro frente a cualquier garantía o embargo constituido sobre el depósito pignorado con posterioridad./ Por ello también en un caso como el presente, el acreedor pignoraticio tiene derecho a hacer valer su preferencia de cobro en una tercería de mejor derecho frente al tercero que embargó el depósito pignorado» (SSTS, Pleno, de 17 de septiembre de 2019 [RJ 2019, 3634] y [RJ 2019, 3750]).

En consecuencia, en estos casos lo obtenido por la realización de los derechos embargados por la AEAT, sobre los que el tercerista tiene un derecho de prenda, debe quedar pendiente de que el crédito garantizado pase a ser cierto, líquido, vencido y exigible, para satisfacer entonces ese crédito hasta el alcance de la garantía, y después el sobrante, en su caso, podrá destinarse a satisfacer el crédito de la AEAT. Pero si, durante la pendencia de la tercería, el crédito del acreedor pignoraticio se convirtiera en cierto, líquido y exigible, la estimación de la tercería daría lugar a que, en las condiciones previstas en el art. 616.1 LEC, se pagara este crédito con lo obtenido por la realización

- § 54 También es de interés este campo la STS de 19 de febrero de 2019 (RJ 2019, 502), aunque se desarrolle en el marco de una operación no bancaria. En ella el TS exime de la obligación de pago a los fiadores o avalistas de un préstamo comercial que se habían allanado a la demanda planteada por el acreedor, antes de que se desestimara su pretensión contra el prestatario por no quedar acreditada la entrega del dinero prestado. Entiende el TS que en este caso **la inexistencia de la obligación garantizada determina la de la propia fianza**, al no haber «ninguna abstracción de la garantía similar a la que podría darse en otras fórmulas de afianzamiento».

En relación con las garantías de las operaciones bancarias véanse, además, las sentencias reseñadas en § 34, dentro del epígrafe «2.6. Cláusula de fianza solidaria».

B. Garantías bancarias

- § 55 Ya en el terreno de las garantías emitidas por entidades de crédito, la STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019, 1281) interpreta que **la garantía objeto del litigio no constituye un aval a primer requerimiento, sino una garantía**

accesoria y causalizada, por la referencia al negocio subyacente a cuyo incumplimiento se encuentra vinculada su ejecución: «los avales prestados por Caja Duero no se limitan a establecer la exigibilidad abstracta y autónoma propia de un aval a primer requerimiento, sino que «causalizan» la garantía, al vincularla expresamente al contrato de 29 de diciembre de 2010, que se incorpora mediante copia a los avales. De esta manera, nos encontramos ante una garantía accesoria a un contrato principal, que se asemeja más a una fianza ordinaria que a un aval a primer requerimiento».

En relación con las garantías bancarias véanse, además, las sentencias reseñadas en el § 62, dentro del epígrafe «4.1. Responsabilidad de las entidades de crédito en relación con la Ley 57/1968».

3.4. Cesiones de créditos

§ 56 En materia de **cesión de créditos bancarios** encontramos varias sentencias dignas de reseña en este periodo. La STS de 13 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3588), declara que **no es posible ejercitar el retracto que prevé el art. 1.535CC cuando el crédito cedido deja de ser litigioso**, por haber recaído sobre el mismo sentencia firme. En este caso el crédito había sido cedido por la entidad prestamista a un tercero cuando, tras el incumplimiento del prestatario y la consiguiente reclamación judicial, había recaído la sentencia firme condenatoria, ésta se encontraba en fase de ejecución y las partes habían llegado a un acuerdo sobre su pago fraccionado que se estaba cumpliendo.

También trata la problemática relativa a la **cesión de créditos bancarios** la STS de 18 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3590), antes reseñada en relación con un supuesto de inexistencia de contrato [en *supra* A) Préstamo y apertura de crédito]. Recordemos que en el caso se había producido una cesión de los créditos originados contra la demandante por unas operaciones celebradas fraudulentamente en su nombre por su marido y que, tras declarar la inexistencia de dichos contratos, el TS acaba desestimando la pretensión indemnizatoria instada contra el cesionario, por entender que el eventual daño no le era imputable, al no haber participado en la conclusión de los negocios.

§ 57 Pero de especial interés resulta la STS de 5 de marzo de 2020 (JUR 2020, 85237), que delimita la **noción de «crédito litigioso» a los efectos del art. 1.535 CC, en relación con el derecho de retracto del deudor cedido**. En el supuesto litigioso el deudor cedido había presentado demanda de anulación de la cláusula suelo contenida en unos préstamos celebrados con la entidad de crédito originadora. Con posterioridad, ésta celebró con una tercera entidad una operación de cesión de una amplia cartera de créditos, entre los que se encontraban los derivados de los préstamos con el demandante.

En su demanda el deudor cedido plantea, entre otras pretensiones, acción declarativa contra el cedente y el cesionario con el fin de obtener

el reconocimiento de su derecho de retracto con fundamento en el art. 1.535 CC. La petición es parcialmente estimada en primera instancia mediante sentencia luego confirmada en apelación, frente a lo cual tanto el demandante como la cesionaria plantean recurso ante el TS. La sentencia del TS realiza un extenso excursus sobre el origen histórico de la norma en cuestión y sobre la figura que incorpora (el «retracto anastasiano»), que, no obstante su interés, no puede reproducirse en este momento, pero focaliza la atención en particular en la interpretación del término «crédito litigioso», a los efectos de resolver los recursos planteados. En concreto, lo que se discute es la posibilidad de subsumir el supuesto en la norma, por cuanto la cualidad de litigioso del crédito cedido venía justificada por el demandante únicamente en el hecho de que sobre el préstamo pendía una posible declaración de nulidad parcial, por la impugnación de la cláusula suelo que él mismo había promovido antes de que se produjera la cesión.

En este punto, el TS se decanta por la interpretación mayoritariamente seguida en sus propios antecedentes de aplicar un criterio estricto o restringido para calificar un crédito como litigioso, que excluye supuestos como el que ahora se plantea: «la posible existencia de un pleito que verse sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes a que se refiere la sentencia 149/1991, de 28 de febrero, necesitará para generar el derecho previsto en el art. 1.535 CC afectar también a la propia existencia o exigibilidad de la obligación (vid. sentencia 463/2019, de 11 de septiembre (RJ 2019, 3343))./ No es lo que sucede en el presente caso en que lo debatido en el litigio proyectado sobre el crédito cedido se refiere a una cláusula de limitación de la variación a la baja del tipo de interés remuneratorio pactado (cláusula suelo), cuya eventual nulidad no afecta a la subsistencia ni a la exigibilidad del resto de las obligaciones derivadas del préstamo (devolución de capital conforme al régimen de amortización pactado y pago de los intereses remuneratorios calculados sin la citada limitación). A ello se une, como factor no determinante pero sí coadyuvante, el hecho de que el promotor de la acción judicial fue el deudor cedido frente a la entidad cedente, acción cuyo objeto es la restitución de las cantidades cobradas indebidamente por la entidad cedente (Bankia) en aplicación de la cláusula suelo debatida, así como la declaración de nulidad de la misma estipulación, sin que, por otra parte, conste la subrogación procesal pasiva en dicho pleito del fondo cesionario (Burlington Loan Management Ltd.). Situación que, como antes se dijo, no se corresponde con la tipología general del supuesto de hecho subsumido en el ámbito del art. 1.535 CC».

4. OTRAS CUESTIONES

4.1. Responsabilidad de las entidades de crédito en relación con la Ley 57/1968

§ 58 Sobre la responsabilidad de las entidades de crédito por las obligaciones asumidas en el marco de la Ley 57/1968, en relación con la

devolución de las cantidades entregadas a cuenta por la adquisición de viviendas, han aparecido varias sentencias reseñables, que han seguido concretando y matizando las diversas cuestiones que presenta la Ley en su aplicación práctica.

Sabido es que el riesgo o daño frente al que el comprador de la vivienda resulta protegido mediante esta norma es el de la pérdida de las cantidades entregadas a cuenta en aquellos casos en que, por cualquier causa ajena a su voluntad, no recibe el inmueble. De este modo, en caso de que el promotor no entregue la vivienda debidamente acabada dentro del plazo previsto se da la condición para que el adquirente pueda instar la resolución del contrato, con devolución de las cantidades anticipadas.

El sistema de protección que establece la Ley gira alrededor de dos obligaciones fundamentales que se imponen al promotor. En primer lugar, se le exige que garantice la devolución de las cantidades percibidas, más un determinado interés, mediante seguro o aval bancario, para el caso de que la vivienda no se entregue *por cualquier causa* dentro del plazo convenido. En segundo lugar, se le obliga a percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, mediante su depósito en una «cuenta especial» con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

De la devolución de estas cantidades se hace responsable la entidad depositaria, según la interpretación de la Ley que ha llevado a cabo la jurisprudencia, así como la entidad garante, en virtud del aval prestado para asegurar dicha devolución. Ello ha hecho que las principales cuestiones que se suscitan en aplicación de la norma giren en torno a la extensión y límites de la responsabilidad.

Algunas de las sentencias aparecidas en el periodo presentan interés desde el punto de vista de la determinación del sujeto tutelado por la norma (el consumidor adquirente de una vivienda –§ 59-) y del elemento que permite activar la protección legal (la falta de entrega del inmueble por cualquier causa –§ 60-). Otras permiten aclarar algunos aspectos concretos de la responsabilidad en que incurre el banco depositario de las cantidades entregadas a cuenta –§ 61-, o bien del banco garante de su devolución en caso de incumplimiento del promotor –§ 62-.

- § 59 En cuanto al sujeto tutelado, la STS de 4 de marzo de 2020 (RJ 2020, 739) aclara que **la Ley 57/1968 no ampara a los adquirentes de viviendas que no sean consumidores**. El demandante en este caso no reunía tal condición, habida cuenta de que se trataba de una sociedad limitada. Además, en el aval prestado por la entidad de crédito demandada se especificaba con claridad que la garantía se prestaba para cubrir la devolución de las cantidades anticipadas «a los efectos de lo dispuesto en la Ley 57/1968», a «terceros adquirentes de las viviendas que no sean de protección oficial,

destinadas a domicilio o a residencia familiar». En interpretación contractual el demandante quedaba, pues, excluido de la cobertura del aval.

- § 60 La falta de entrega es el elemento legitimador de la acción resolutoria prevista por la Ley y suele funcionar con cierta automaticidad. Sin embargo, en ocasiones dicha legitimación se discute o incluso se deniega por las circunstancias concurrentes. Así, la STS de 7 de mayo de 2019 (RJ 2019, 1881) desestima la pretensión resolutoria planteada por el adquirente, por considerarla de carácter oportunista y de mala fe, no siendo suficiente el incumplimiento alegado por el demandante para fundamentar la resolución.

A distinto resultado se llega, en cambio, en la STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2020, 2). En este caso, tras la falta de entrega de la vivienda y una vez el promotor se había declarado en concurso, las partes habían concluido un acuerdo de resolución de la compraventa por «mutuo acuerdo», en virtud del cual la vendedora reconocía un crédito ordinario en favor de la compradora por el importe de las cantidades anticipadas. Pero, a juicio del Tribunal Supremo, este acuerdo no era impeditivo de la reclamación del demandante, precisamente porque se había alcanzado una vez producido ya el incumplimiento del promotor: «cuando compradora y promotora decidieron suscribir el acuerdo resolutorio, el contrato ya había sido incumplido por la promotora, y al no devolver esta las cantidades anticipadas tiene que hacerlo su avalista en virtud de una garantía que seguía vigente, tal y como ha reiterado recientemente la sentencia 459/2019, de 22 de julio (RJ 2019, 3268), en un caso similar».

- § 61 En relación con la **responsabilidad de la entidad depositaria**, la STS de 9 de julio de 2019 (RJ 2019, 2796) aclara que su obligación de reembolso, a diferencia de la que asume el banco garante, se ciñe a las cantidades ingresadas en la cuenta especial, o en cualquier otra cuenta, tanto por el promotor como directamente por los adquirentes de las viviendas, sin extenderse a cualesquiera otras cantidades que éstos hayan podido entregar a aquél y que no hayan sido objeto de depósito en la entidad. Esta consecuencia es perfectamente congruente con los criterios fijados en los últimos años por el TS sobre la responsabilidad legal de dicha entidad: «1.^a) Interpretando el art. 1-2.^a de la Ley 57/1968, esta sala ha fijado y reiterado, en sus sentencias (...), la siguiente doctrina jurisprudencial:/ En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad./ 2.^a) De esta doctrina se desprende, por tanto, que la ley solo responsabiliza a las entidades de crédito no avalistas de los anticipos que se ingresen o transfieran a una cuenta del promotor en dicha entidad, de modo que mientras el garante (avalista o asegurador) normalmente responde

de todos los anticipos entregados por los compradores al vendedor, en cambio la entidad de crédito no garante solo responde de las cantidades que se entreguen o depositen en ella».

Por otra parte, la STS de 9 de julio de 2019 (RJ 2019, 2801) la STS de 9 de julio de 2019 (RJ 2019, 2801), la STS de 27 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4876) y la STS de 4 de marzo de 2020 (RJ 2020, 739) exoneran de responsabilidad a las entidades designadas como depositarias por la devolución de las cantidades ingresadas en una cuenta ordinaria del promotor por una persona jurídica distinta, sin dar noticia de que procedían de las entregadas por los adquirentes de las viviendas.

§ 62 Por lo que se refiere a la **responsabilidad del banco garante**, las líneas interpretativas seguidas por el TS han sido, en lo esencial, las siguientes:

- a) En primer lugar, según la STS de 28 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2169), **resulta irrelevante que el dinero entregado por el comprador se deposite en una cuenta distinta de la cuenta especial** que impone la Ley, a los efectos de la cobertura que presta el banco garante. No sólo eso, sino que, conforme establecen las dos SSTs de 8 de enero de 2020 (RJ 2020, 6) y (RJ 2020, 8), tampoco permite exonerar de responsabilidad al banco el hecho de que las **cantidades hayan sido entregadas directamente al promotor en efectivo**, si estaban contempladas en el contrato y el banco podía controlar su existencia: «En cuanto a la circunstancia de que los pagos se hicieran en metálico y no se ingresaran en cuenta alguna, las sentencias que invocan las demandadas-recurridas no pueden interpretarse en el sentido que pretenden. Así, la sentencia 436/2016, de 29 de junio (RJ 2016, 3158), citada insistentemente, lo que precisó es que por cantidades entregadas en efectivo no podían entenderse cualesquiera pagos en efectivo del comprador al promotor, y partiendo de que la entidad avalista o aseguradora debe tener a su disposición los contratos y puede conocer el precio y la forma de pago pactada, exoneró a la avalista no porque las cantidades anticipadas se hubieran entregado en efectivo al promotor, sino porque fueron cantidades no previstas en el contrato, de tal manera que ni siquiera con la entrega de copia de los contratos podía la avalista evitar que escaparan a su control».
- b) En varias ocasiones se ha producido la situación de que **la entidad garante ha abierto una línea de avales generales al promotor, pero luego no ha emitido ni entregado certificados individuales de aval a los distintos adquirentes** de las viviendas. La cuestión que se plantea es, obviamente, si en tal caso dichos adquirentes tienen derecho a hacer efectiva la devolución con cargo a los avales generales. La respuesta depende de si la entidad avalista ha generado o no una expectativa o situación de confianza en los adquirentes de las viviendas de estar cubiertos por el aval, lo cual se determina en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Así, la STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2020, 2) afirma que en el caso en cuestión sí se había generado aquella situación de confianza: «pues dicha garantía estaba en vigor cuando venció el plazo para la entrega de la vivienda, se refería concretamente a la promoción de la vivienda comprada por la demandante («DIRECCION000») y, según su propio texto, constituía una garantía «de conformidad a lo establecido en la Ley 57/1968, de 27 de julio [...] para el caso de que no se produzca la entrega de dichas viviendas a los compradores por parte de LOS LAGOS DE SANTAMARÍA GOLF S.L y no les sea expedida la oportuna licencia de primera ocupación»./ Por tanto, se generó en los compradores la confianza en la garantía de sus anticipos conforme a la Ley 57/1968, como considera la jurisprudencia reseñada». Esta sentencia sigue, en lo esencial, el mismo criterio que con anterioridad habían utilizado otras sentencias del mismo periodo examinado, como la STS de 28 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2169) o la STS de 9 de julio de 2019 (RJ 2019, 2801).

La situación inversa se produce en otra sentencia del mismo día que la examinada en el párrafo anterior, la STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2019, 5391) . También en este caso la entidad de crédito había abierto una línea de avales con el promotor que luego no se tradujo en la emisión de certificados individuales para los compradores. Sin embargo, el TS declara que el banco no debe responder frente a los compradores de viviendas afectados por el concurso del promotor, habida cuenta de que no se ha generado dicha expectativa en los adquirentes: «la responsabilidad de la entidad avalista con base en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 57/1968, cuando no haya entregado certificados individuales a los compradores, se funda en haber generado en estos la confianza de que la devolución de sus anticipos estaba garantizada, confianza derivada de la mención de la propia Ley 57/1968 en los contratos de compraventa o en la póliza colectiva, de la concertación de la línea de avales expresamente para una determinada promoción o, en fin, de la entrega a los compradores de una copia de la póliza/ (...) en el presente caso no se da ninguna de las circunstancias capaces de generar, ya por el promotor, ya por la entidad con la que concertó la línea de avales, esa confianza en los compradores, pues en los contratos de compraventa, firmados en representación de los compradores por la apoderada de un despacho de abogados con forma de sociedad limitada, no se hizo referencia ni mención alguna a la Ley 57/1968 ni a la garantía de devolución de los anticipos; la cuenta identificada para hacer los pagos no se calificaba de especial ni en ella se ingresaron tampoco los anticipos, abonados por ese despacho de abogados en una cuenta de una sociedad diferente de la promotora en otro banco; y en fin, en la póliza de la línea de avales tampoco se mencionaba la Ley 57/1968 ni se especificaba que se concertaba para una determinada promoción, que, como resulta de otras sentencias de esta sala (p. ej. sentencia 411/2019, de 9 de julio (RJ 2019, 2801)), no fue la única emprendida por la sociedad vendedora»

- c) En cuanto a la **cobertura del el aval prestado** por la entidad de crédito para garantizar las cantidades entregadas a cuenta por el adquirente de la vivienda, la STS de 7 de mayo de 2019 (RJ 2019, 1882) afirma que, entre los riesgos cubiertos, se encuentra la **falta de cancelación de las cargas que el inmueble soporta**, antes de su entrega al comprador y del otorgamiento de la correspondiente escritura pública de venta y transmisión de la propiedad: «la promotora se obligó a entregar las viviendas libres de cargas, y aunque en el contrato y en comunicaciones posteriores entre las partes se admitió la posibilidad de que las compradoras se subrogaran en la hipoteca concedida por la avalista, en ningún caso las respectivas partes compradoras aceptaron que subsistieran a la firma de las escrituras las otras dos inscritas a favor de entidades distintas, como demuestra que las compradoras dirigieran requerimiento a la promotora para que procediera a cancelarlas antes del otorgamiento de las escrituras. Pese a ello, la promotora hizo caso omiso y abocó a las compradoras a una situación en que la entrega instrumental comportaba la asunción de una responsabilidad hipotecaria por importe superior a la parte del precio pendiente de pago./ (...) En definitiva, si el aval garantiza la devolución de los anticipos en caso de falta de terminación de la edificación dentro del plazo pactado, con mayor razón la habrá de garantizar cuando el vendedor supedita el otorgamiento de escritura pública al pago de un precio mayor que el estipulado o pretenda entregar la vivienda con cargas hipotecarias cuando se pactó libre de cargas. Por tanto, las razones de los compradores para resolver el contrato eran tan poderosas y evidentes que carecen de relevancia alguna las especulaciones de la sentencia recurrida acerca de su voluntad de desvincularse del contrato, pues nadie puede ser obligado a seguir contractualmente vinculado en condiciones más gravosas que las pactadas y, además, directamente relacionadas con el precio de las viviendas al que se aplicaban los anticipos cuya devolución garantizaba el banco codemandado».
- d) Varias sentencias declaran la **extensión de la responsabilidad del avalista sobre todas las cantidades entregadas por el comprador, con independencia de los límites que el aval pueda contener**. Así, aclara la STS de 27 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4864) que la entidad de crédito no puede limitar el importe del aval prestado por ser ello contrario a la Ley 57/1968, de carácter imperativo: «1.^a) El aval prestado por el banco demandado y entregado por la promotora al comprador en el mismo momento de la firma del contrato de compraventa no podía limitar su efectividad a la cantidad indicada como máxima garantizada, por impedirlo la Ley 57/1968 (a la que se remitía expresamente el art. 24.1 LVGA) según su interpretación jurisprudencial./ 2.^a) No es aceptable el argumento de que el banco se limitó a avalar la cantidad que le indicó la promotora por desconocer por adelantado la cantidad que el comprador iba a entregar a cuenta y si esta iba a ser superior, ya que ni respeta el hecho probado

de que el contrato de garantía entre promotora y banco se suscribió el mismo día 24 de noviembre de 2008 en el que se firmó el contrato de compraventa, ni se ajusta a la jurisprudencia de que, si no lo conoció, pudo y debió conocerlo, dado que la Orden de 29 de noviembre de 1968 se ha interpretado en el sentido de que recae en el garante ese deber y no pueden repercutirse en contra del comprador las consecuencias derivadas de incumplimientos que no le sean imputables». En la misma línea, la STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2020, 2) declara que **han de entenderse incluidos en la cobertura del aval también los intereses que generen las cantidades entregadas a cuenta.**

- e) Finalmente, la STS de 4 de marzo de 2020 (JUR 2020, 85151), aclara que el **plazo de prescripción de la acción de reclamación del pago del aval** no es el del art. 23 LCS, sino el general del art. 1.964.2º CC, reproduciendo la doctrina de la Sentencia anterior del Pleno, de 5 de junio de 2019: «En trance de sentar un criterio uniforme sobre el plazo de prescripción contra la entidad aseguradora bajo el régimen de la Ley 57/1968, esta sala considera que es el general del art. 1964 CC (para el presente caso, quince años)./ La razón fundamental es que el art. 1-1.ª de dicha ley prevé como garantías alternativas de la devolución de las cantidades anticipadas tanto el contrato de seguro como el aval solidario (art. 1– 1.ª), y no tendría ningún sentido que el plazo de prescripción de la acción de los compradores fuese distinto –y considerablemente más corto– en el caso del seguro que en el del aval, ya que ambas formas de garantía deben ser contratadas imperativamente por el vendedor en beneficio exclusivo de los compradores y el art. 7 de la propia Ley 57/1968 establece que los derechos de estos «tendrán el carácter de irrenunciables»». En este caso, sin embargo, el TS no puede entrar en el fondo y devuelve las actuaciones a la Audiencia, dado que tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación habían desestimado la demanda por entender que la acción estaba prescrita.

4.2. Inscripción en registros de impagados

- § 63 La STS de 20 de febrero de 2019 (RJ 2019, 810) versa sobre una reclamación de indemnización por el **daño causado por la inscripción indebida de un registro de impagados**. El litigio acaba con la condena a la entidad financiera únicamente por los **daños morales** ocasionados, dado que no se puede acreditar un daño patrimonial por falta de prueba de que la inclusión haya impedido a la afectada acceder a financiación u otros servicios. La inclusión causó trastorno o afección personal, pero no perjuicio a la actividad personal o profesional de la demandante, que no consiguió demostrar que había tenido que trasladar su residencia al extranjero por no conseguir financiación.

La misma temática aborda la STS de 25 de abril de 2019 (RJ 2019, 1746). En las sentencias de instancia se había discutido acerca de la licitud de

introducir los datos del deudor en el registro, habida cuenta de que antes de que ésta se produjera las partes habían llevado a cabo negociaciones para cancelar la de deuda por el procedimiento de la dación en pago y, además, el banco no había realizado el requerimiento de pago previo que exige la Ley. El TS entiende que, aunque la dación finalmente no se había aprobado, la mera existencia de la negociación hace más necesario el requisito del previo requerimiento de pago, puesto que el prestatario podría pensar legítimamente que el banco no iba a incluir sus datos en el registro hasta tanto no se frustrara el posible acuerdo. Partiendo de esta consideración, condena al banco a resarcir los daños morales ocasionados por la introducción de los datos, que considera ilícita. Para fijar la indemnización tiene en cuenta el tiempo durante el cual los datos estuvieron incorrectamente incluidos en el Registro, durante el cual se habían llevado a cabo varias consultas por otras entidades financieras con las que el damnificado tenía relación.

La cuestión se suscita, de nuevo, en la STS de 27 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3753). En este caso, la deuda que había motivado la inscripción había sido incluida en el plan de liquidación resultante de un procedimiento concursal. No obstante, se discutía si había sido objeto de cancelación o no por dación en pago del inmueble grabado en garantía. En cualquier caso, el TS entiende que la oposición a la inscripción por parte de los deudores concursados estaba justificada y de ello colige que la entidad de crédito debía de haber cancelado la inscripción, al tratarse de una deuda discutida y/o de carácter incierto. Por este motivo, estima el recurso de casación y devuelve las actuaciones a la Audiencia, aunque a los solos efectos de calcular el importe de la indemnización a cargo de la demandada.

4.3. Reestructuración de deuda para personas en riesgo de exclusión social

§ 64 A continuación reseñamos la STS de 9 de julio de 2019 (RJ 2019, 2809), relativa a un proceso de **reestructuración de deuda hipotecaria** amparado por el RDL 6/2012, de 9 de marzo, con las modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, **para personas que se encuentran en riesgo de exclusión social**. En este caso el prestatario que se encontraba en dicha situación planteó al banco prestamista una solicitud de reestructuración de la deuda unos meses antes del anuncio de la subasta del inmueble hipotecado. A pesar de estar adherido al Código de Buenas Prácticas y de que la solicitud respetaba todos los requisitos impuestos por la Ley, el banco no la atendió, exigiendo en cambio el cumplimiento de condiciones no acordes con la normativa reguladora de este procedimiento: «los demandantes presentaron a tiempo la solicitud de reestructuración de su deuda hipotecaria y su contenido se adecuaba a la previsión legal. El banco incumplió el deber legal de atender a esta solicitud y la rechazó por dos motivos que no justifican por sí mismos tal rechazo./ En primer lugar, objetó que con carácter previo debían pagarse todas las cuotas vencidas y pendientes de pago./ Respecto de esta primera objeción,

hemos de advertir que, si bien la mera reestructuración no conlleva la condonación de las cuotas vencidas y pendientes de pago hasta ese momento, su previo pago no constituye en la ley un presupuesto para la concesión de la reestructuración cuyo incumplimiento justifique el rechazo de la solicitud. En todo caso, la forma en que deben pagarse esas cuotas vencidas e impagadas forma parte de ese plan que la propia letra a) del apartado 1 del anexo prevé que el banco debe ofrecer [un plan] «en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las medidas contenidas en esta letra (...)»./ En segundo lugar, el banco objetó que debían alzarse antes los embargos que se habían trabado con posterioridad a la constitución de la hipoteca./ Esta segunda objeción tampoco resulta admisible, pues el plan de reestructuración no altera el rango registral de la hipoteca. En atención a las razones por las que se adopta la medida de reestructuración, en el marco de la normativa legal especial que pretende paliar los efectos de la crisis económica para las personas en el umbral de exclusión, y, por su propio contenido, no se altera el rango registral de la hipoteca, por lo que para preservar su garantía la entidad de crédito no tiene por qué exigir el levantamiento de los dos embargos».

Debido a su incumplimiento el banco resultó condenado a indemnizar los daños y perjuicios provocados, por no ser ya posible el cumplimiento *in natura* a la condena de hacer (otorgar la reestructuración de la deuda reclamada), pues la hipoteca había sido ejecutada y la vivienda adjudicada a un tercero.

4.4. Responsabilidad administrativa

§ 65 Finalmente, damos noticia de la STS de 1 de abril de 2019 (Cont.-Adm.) (RJ 2019, 1211) y la STS de 8 de abril de 2019 (Cont.-Adm.) (RJ 2019, 1304) que evacuan sendos recursos contra la **imposición de sanciones administrativas por el Banco de España** y el Ministerio de Economía y Competitividad a dos sociedades de garantía recíproca a causa del incumplimiento de los requisitos legales en materia de recursos propios.