

MERCADO DE CRÉDITO Y MERCADO DE VALORES

RAFAEL MARIMÓN DURÁ

Mercado de crédito y Mercado de valores

Revista de Derecho del Sistema Financiero 1

Marzo 2021

Págs. 411-444

SUMARIO: I. COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS. 1. *Swaps sobre tipos de interés o sobre inflación*. 2. *Participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, productos estructurados y otros productos de carácter complejo*. II. CONTROL DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS. 1. *Aspectos generales*. 2. *Cláusulas de imputación de gastos*. 3. *Cláusulas suelo*. 4. *Cláusulas de conversión en préstamos multividiva*. 5. *Cláusula de vencimiento anticipado*. III. OPERACIONES BANCARIAS. 1. *Cuenta corriente*. 2. *Operaciones bancarias activas o de financiación*. 2.1. Préstamo. 2.2. Descuento. 2.3. Leasing. IV. OTRAS CUESTIONES.

En la primera Crónica incluida en el número 0 de la Revista dimos cuenta de las distintas líneas de interpretación que marcan la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia bancaria y financiera, incidiendo en aquellos aspectos más recurrentes. Aunque decidimos acotar el análisis al año 2019 y a las sentencias publicadas en el primer trimestre de 2020, realizamos puntuales incursiones en sentencias más antiguas que sirvieron de precedente a las sentencias allí reseñadas, en aras a facilitar la comprensión del estado de la jurisprudencia.

El extenso periodo cubierto y la descripción de las principales líneas marcadas por el TS en los últimos años hicieron que aquella primera entrega fuese más extensa de lo deseable. En la presente se traen a colación las sentencias dictadas en un periodo menos amplio, que abarca el medio año siguiente (de abril a septiembre de 2020), y, además, no es ya necesaria la referencia a los *leading cases* de cada materia que el lector podrá consultar

en el número 0 de la Revista, por lo que esta nueva entrega es mucho más reducida. En ella se sigue la estructura básica que se utilizó entonces, agrupándose las sentencias en las mismas categorías o tópicos, que previsiblemente se mantendrán en los siguientes números¹.

Como en el número anterior comenzamos esta sección de la Crónica con las sentencias sobre productos financieros complejos, en sus distintas variantes, seguidas por las relativas al control de condiciones generales de la contratación en operaciones bancarias, tópicos que siguen teniendo el mayor peso en la jurisprudencia del TS en materia financiera, desde un punto de vista cuantitativo, aunque su interés va menguando, pues, con frecuencia, reiteran criterios ya consolidados. Pero en esta ocasión tenemos, además, algunas interesantes sentencias sobre la inadecuación de las acciones colectivas de cesación para controlar la falta de transparencia en los procesos de comercialización irregular de productos financieros, sobre las condiciones de validez de determinadas comisiones bancarias y sobre el establecimiento del momento de la consumación del contrato de préstamo, a los efectos de la fijación del *dies a quo* del plazo para interponer la acción de nulidad por vicios del consentimiento.

I. COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS

Como se ha dicho, el grupo más numeroso de sentencias es el relativo a las reclamaciones contra entidades de crédito y otras compañías financieras con motivo de los procesos de comercialización irregular de productos financieros complejos de diversa naturaleza. Las malas condiciones de transparencia con las que con frecuencia se llevó a cabo la colocación de estos productos en el mercado minorista hace unos años ha dado pie a la presentación masiva de demandas por los afectados y por las asociaciones de consumidores representativas de sus intereses, que siguen ocupando una buena parte de la tarea del TS, aun cuando ya empieza a menguar su cantidad si se la compara con la de ejercicios anteriores. Repetimos en este número el criterio de ordenación que seguimos en el anterior, diferenciando entre las sentencias referidas a productos de cobertura de riesgos (swaps) y las relativas a productos de ahorro-inversión (participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, productos estructurados, etc.), y, dentro de cada grupo, las que tienen como objeto principal las acciones de nulidad y las atinentes a acciones de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la Ley. Destacamos algunas novedades de interés, como la sentencia dictada con motivo de una acción colectiva o las relativas a obligaciones necesariamente convertibles y a cuotas participativas de cajas de ahorros.

1. Proyecto de I+D+i: “Nuevos retos de los mercados financieros: la regulación del shadow banking, del capital riesgo y las Fintech, la protección del cliente y el intercambio de información con trascendencia tributaria” (Der 2017-84218-C2-1-R), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

1. SWAPS SOBRE TIPOS DE INTERÉS O SOBRE INFLACIÓN

- § 1 Todavía sigue presentándose un número apreciable recursos en materia de **swaps sobre tipos de interés o sobre inflación**, favorecido por la reinterpretación del criterio de la consumación del contrato a los efectos del cómputo de la acción de nulidad por vicios del consentimiento, de la que dimos cuenta en el primer número de esta Crónica. Así, en este medio año han declarado la **nulidad del contrato**, aplicando la doctrina general, las *SSTS de 9 de junio de 2020 (RJ 2020, 1577, 2287 y 2038)* –las dos primeras ante demandas planteadas por personas físicas–, la *STS de 30 de junio de 2020 (JUR 2020, 205696)*; la *STS de 10 de junio de 2020 (RJ 2020, 1651)* y la *STS de 30 de junio de 2020 (RJ 2020, 2232)*, en relación con sendos swaps sobre inflación; la *STS de 23 de junio de 2020 (RJ 2020, 2173)*, en relación con un préstamo hipotecario con derivado implícito de efecto similar al del swap; la *STS de 7 de julio de 2020 (RJ 2020, 2302)* y las *SSTS de 21 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3307 y 3322)*. En la *STS de 23 de junio de 2020 (RJ 2020, 2173)* el TS aclara que «la entidad financiera demandada (BBVA) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible a los clientes (...) que permitiera conocer no sólo cómo funcionaba el producto, en este caso el derivado implícito, sino también los riesgos concretos que generaba, entre los que se encontraba el coste que podría llegar a suponer su cancelación. Para cumplir con esta exigencia no basta con que el derivado se hubiera concertado al amparo de un préstamo hipotecario y estuviera, por ello, documentado en escritura pública. Es necesario acreditar que, en atención a los conocimientos y experiencia de los prestatarios, al tiempo de realizarse esta contratación, se les explicó cómo funcionaría el derivado y los riesgos que entrañaba, lo que no consta acreditado en los autos».
- § 2 En muchos de los casos reseñados 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 a partir de entonces ya podía aquél ser consciente de que el contrato podía ocasionarle determinadas pérdidas patrimoniales. En bastantes ocasiones, la sentencia recurrida de la Audiencia acoge esta alegación con apoyo en las sentencias del TS en que se había seguido este criterio. Sin embargo, esta interpretación ya no tiene cabida en la actualidad con el **criterio de la total consumación del contrato para fijar el inicio del cómputo del plazo**, adoptado por el TS desde su Sentencia de Pleno de 19 de febrero de 2018 (RJ 2018, 539) y seguido por todas las posteriores. En la *STS de 9 de junio de 2020 (RJ 2020, 2287)* el TS pone de manifiesto su cambio de criterio en este punto: «La sentencia dictada por la Audiencia se apoya en la doctrina sentada por esta sala en sentencias núm. 769/2014 (RJ 2015, 608) y 489/2015 (RJ 2015, 5013), referida al momento inicial del cómputo

del plazo de caducidad en estos casos, que se fijaba en el momento en que podía entenderse que –racionalmente– la parte hubiera podido conocer la existencia del error. Pero es lo cierto que dicha doctrina, ante los inconvenientes prácticos e inseguridad que hipotéticamente podía generar en determinados casos, se amplió posteriormente entendiendo que el día inicial del cómputo de dicho plazo debía quedar establecido en el momento en que finaliza la relación contractual como fecha de consumación del contrato. Así se ha entendido a partir de la sentencia núm. 89/2018, de 19 febrero (RJ 2018, 539), seguida por otras como la núm. 202/2018, de 10 abril (RJ 2018, 1410), 579/2018, de 17 de octubre (RJ 2018, 4480) y 633/2019, de 25 noviembre (RJ 2019, 4877)». El cambio se justifica por la *STS de 10 de junio de 2020 (RJ 2020, 1651)* en los siguientes términos, para salir del paso de la acusación de falta de respeto a los principios de legalidad y de seguridad jurídica: «este tribunal no desconoce lo que dice la ley, sino que la interpreta y aplica, cumpliendo la función que le atribuye el art. 1.6 del CC de complementar el ordenamiento jurídico, estableciendo el art. 1301 del mismo texto legal que, en los casos de error, o dolo o falsedad de la causa, el cómputo del plazo empezará a correr “desde la consumación del contrato”, no desde las liquidaciones negativas, criterio que contempla este tribunal para otras relaciones contractuales distintas como las preferentes u obligaciones subordinadas; por el contrario, las permutas financieras (swaps) cuentan con un plazo fijo de extinción, con liquidaciones periódicas variables a favor de uno u otro contratante en función de la evolución de los tipos de interés, que sólo permiten tomar constancia real de las consecuencias económicas del producto suscrito en el momento de su consumación, no al tiempo de concertarlo, ni a partir del resultado negativo de un concreto periodo de liquidación».

En este punto destaca la *STS de 9 de junio de 2020 (RJ 2020, 1577)*, en un caso en que se contrató una **segunda hipoteca para hacer frente económicamente a la liquidación negativa derivada de la cancelación del swap**. A juicio del TS la fecha relevante para señalar el *dies a quo* del plazo de caducidad no era la de la cancelación de swap sino que había de posponerse hasta el otorgamiento de la segunda hipoteca: «consta acreditado que para hacer frente económicamente a la cancelación del swap se contrató una segunda hipoteca, que fue novada, por lo que estamos ante un único negocio jurídico, en cuanto el segundo es una renovación del primero, dado que la extinción pactada del primero fue un antecedente necesario para la contratación del segundo y de la novación, según negociaron las partes (...)./ Tanto el swap, como el préstamo hipotecario y su novación obedecen a una misma causa, encontrándose vinculados entre sí./ Por todo ello se confirma que el cómputo de la acción se inicia desde la novación de la segunda hipoteca».

En relación con ello, se suscita la cuestión de cómo ha de proceder el TS en aquellos supuestos en que la excepción de caducidad se estima

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 ésta proceda a enjuiciar los autos. Como ya hemos indicado en el número precedente de esta Crónica el criterio del TS en este campo no es uniforme, pues en algunas de sus de sus sentencias 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, mientras que en otras resuelve devolver las actuaciones a la Audiencia para no privar al juicio de una instancia en la que se pueda valorar adecuadamente la prueba. Por la primera opción se decantan, en este periodo, la *STS de 9 de junio de 2020 (RJ 2020, 2287)*, la *STS de 10 de junio de 2020 (RJ 2020, 1651)*, las *SSTS de 30 de junio de 2020 (RJ 2020, 2232)* y (*JUR 2020, 205696*) y (*JUR 2020, 205696*) y las *SSTS de 21 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3307 y 3322)*, en todos los casos con apoyo en la sentencia estimatoria de primera instancia. La segunda opción es la que escoge, en cambio, la *STS de 9 de junio de 2020 (RJ 2020, 2038)*. Lo mismo hace la *STS de 24 de junio de 2020 (RJ 2020, 2203)*, aunque en relación con la adquisición de un bono estructurado necesariamente convertible. Y la misma solución adopta la *STS de 29 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3644)*, a pesar de contar asimismo con una sentencia estimatoria de primera instancia, por entender que en este caso «no solo se plantean cuestiones de valoración jurídica sobre las que existe doctrina de la sala, sino también cuestiones, de modo relevante, sobre errores en la valoración de la prueba».

- § 3 Frente a las anteriores, la *STS de 9 de julio de 2020 (JUR 2020, 214496)* desestima el recurso planteado por el demandante por considerarlo **cliente profesional, capaz de comprender las características del negocio contratado** en los términos de la Ley del Mercado de Valores. El cliente era IICRE, una sociedad instrumental perteneciente al Colegio de Registradores de Madrid, que había obtenido financiación de tres entidades de crédito para acometer la construcción de un edificio donde se iban a ubicar los registros. En el marco del proyecto de financiación se habían incluido unos swaps sobre tipos de interés. El proceso de negociación se prolongó durante un largo periodo de tiempo, con varias reuniones y una comunicación fluida en la que participaron personas muy cualificadas por parte del cliente, que contaron, además, con un informe de viabilidad en el que preveía la contratación de las permutas: «En nuestro caso, la Audiencia concluyó que las entidades financieras cumplieron con las exigencias que en ese caso concreto se les imponía de suministrar la información necesaria a IICRE para que pudiera contratar los swaps conociendo en qué consistía este producto y los concretos riesgos que conllevaría esa contratación en atención a

varias circunstancias: i) las características del cliente, por las que la ley le atribuía en ese momento la consideración de inversor profesional, aunque no hubiera sido clasificado formalmente como tal; ii) la negociación previa a la contratación, que duró más de veinte meses, desde que en diciembre de 2006 la propia IICRE, a través del director que llevaba esta operación de financiación del proyecto de construcción de la sede de los registros en Madrid (en la calle Alcalá 540), presentó a las entidades de crédito demandadas un estudio de viabilidad en el que se mencionaba la contratación de las permutas financieras; iii) el que este director de IICRE (Sr. Alonso) contara con una preparación académica y experiencia profesional que le debía permitir estar en condiciones de entender como operaban las permutas financieras; iv) las propias preguntas que sobre estas permutas financieras formuló el Sr. Alonso con anterioridad a su contratación. Esta valoración jurídica de la Audiencia no nos parece que contradiga la normativa que se denuncia infringida, ni nuestra jurisprudencia, sino que se acomoda a ella./ Sin perjuicio de que no se cumplía el presupuesto para que se hubiera realizado el test de idoneidad, porque en la instancia ha quedado expresamente acreditado que no había habido actividad de asesoramiento, aunque hubiera sido necesario, no se hubiera conculcado la doctrina de la sala sobre la presunción del error, porque ha quedado acreditado que ni existió incumplimiento de los deberes de información, ni existió error excusable en la contratación de las permutas financieras».

- § 4 Pero de entre todas las sentencias sobre la materia de este periodo destaca la *STS de 7 de julio de 2020 (RJ 2020, 2298)*, en la que se valora la adecuación de una **acción colectiva promovida por una asociación de consumidores en la que se solicitaba la cesación** en el uso de unos determinados clausulados generales relativos a diversas modalidades de **swaps sobre tipos de interés**. En ella el TS desestima el recurso de casación planteado por la asociación demandante y confirma la sentencia desestimatoria de instancia. Entiende el alto Tribunal que el control abstracto que supone una acción de cesación en el uso de condiciones generales de la contratación no se cohonesta bien con los controles de transparencia de los procesos de comercialización irregular de productos financieros complejos, en los que, además del tenor del contrato, es necesario examinar el cumplimiento de obligaciones precontractuales de información, así como los conocimientos y experiencia de cada suscriptor en materia de contratación financiera, siguiendo los parámetros marcados por las normas de conducta de los mercados de valores a los que se someten estas operaciones: «Los contratos de permuta financiera de intereses o swap son contratos financieros complejos, sometidos a la normativa del Mercado de Valores (MiFID) que nada tienen que ver con clausulados mucho más sencillos como los relativos a la limitación de la variabilidad del tipo de interés. De hecho, en la práctica de los tribunales suele ser más frecuente enjuiciar este tipo de contratos desde el punto de

vista de la citada normativa MiFID y no desde la óptica de la protección de los consumidores. Así, verbigracia, en la sentencia 131/2017, de 27 de febrero (RJ 2017, 823), declaramos:/ “Realmente, lo que se plantea en el motivo es un problema conexo con la transparencia, que es la suficiencia de la información ofrecida al cliente sobre las características y riesgos del producto financiero ofertado por la entidad de servicios de inversión. Pero dicha cuestión no tiene su genuino campo de tratamiento en sede de condiciones generales de la contratación, sino en la normativa del mercado de valores, y específicamente [...] en la normativa MiFID”». En este sentido, el análisis «debería basarse en la utilización por el predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de ese tipo de contratos que, por sí mismas, determinarían la falta de transparencia, esto es, el incumplimiento de un deber de información precontractual. Desde el momento en que esta información no es sólo documental y, además, aunque se atienda al parámetro del consumidor medio, puede influir un determinado perfil del cliente que, sin dejar de ser consumidor, aparece necesariamente como conocedor de esa realidad contractual, resulta muy difícil llegar a concluir que con carácter general una determinada entidad financiera comercializó con falta de transparencia un producto».

En particular, no parece posible en sede de control de condiciones generales de la contratación realizar un análisis individualizado acerca de si la entidad financiera ha informado en la fase precontractual de determinados aspectos señalados por la jurisprudencia como esenciales, habida cuenta de las circunstancias particulares que pueden darse en cada caso: «Y considera que es imposible realizar un control abstracto de transparencia respecto de unas cláusulas que requieren un análisis individualizado de las circunstancias concurrentes en cada contrato. Lo que entronca plenamente con la propia naturaleza casuística de la contratación de productos financieros complejos, en la que influye la categorización del cliente, su experiencia previa, su nivel de conocimientos financieros y su disposición a la asunción de riesgos, hasta el punto de que antes de la contratación deben realizarse unos test –conveniencia e idoneidad– dirigidos a constatar tales circunstancias en cada caso individual./ Así, por ejemplo, destaca la sentencia recurrida que no es exigible de manera imperativa que en las condiciones generales conste el coste de cancelación, cuando ese dato no puede conocerse a priori. Y eso mismo lo ha establecido esta sala respecto de los contratos de swap, al decir que lo exigible es que se advierta de un posible elevado coste de cancelación, no que se cuantifique anticipadamente el mismo en el contrato [sentencias 491/2015, de 15 de septiembre (RJ 2015, 3993); 669/2015, de 25 de noviembre (RJ 2015, 5500); y 138/2017, de 1 de marzo (RJ 2017, 610)]./ Tampoco cabe hacer un control abstracto sobre la ausencia de unas hipotéticas simulaciones de evolución de los tipos de intereses, pues ello tendría sentido en cada contrato en particular, en función

de su fecha y duración, pero no puede controlarse preventivamente una simulación atemporal./ Igualmente carece de sentido hacer un control abstracto respecto de los tipos ofrecidos, cuando ello dependerá de cada contrato de permuta, o de los denominados “contratos espejo”, que también serán diferentes en cada relación contractual».

2. PARTICIPACIONES PREFERENTES, OBLIGACIONES SUBORDINADAS, PRODUCTOS ESTRUCTURADOS Y OTROS PRODUCTOS DE CARÁCTER COMPLEJO

§ 5 En un segundo grupo, damos noticia de las sentencias sobre **nulidad de contratos de adquisición de participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, productos estructurados** y otros productos de carácter complejo. Se decantan por la declaración de nulidad por vicio del consentimiento la *STS de 26 de mayo de 2020 (JUR 2020, 164745)*, la *STS de 4 de junio de 2020 (RJ 2020, 2035)*, la *STS de 8 de junio de 2020 (RJ 2020, 1596)*, la *STS de 15 de junio de 2020 (RJ 2020, 2028)*, la *STS de 22 de junio de 2020 (RJ 2020, 2195)* y la *STS de 9 de julio de 2020 (RJ 2020, 2316)*, esta última en un supuesto bastante paradigmático: «En la documentación que consta en los autos figura que la propia entidad clasificó el perfil inversor del demandante como “conservador/muy conservador” y del hecho de que las órdenes de compra litigiosas se suscribieran al vencer otra emisión de la misma entidad no resulta que el cliente hubiera sido informado al contratar con anterioridad sobre los riesgos de falta de liquidez, ni de la posibilidad de pérdida de la inversión. En la contratación objeto de este procedimiento tanto las órdenes de compra como el documento denominado “instrumento financiero/servicio de inversión” (en el que se incluye un párrafo que hace referencia a la posibilidad de pérdida del nominal invertido) aparecen firmados el mismo día de la suscripción, y el folleto de la emisión firmado por el demandante en la última de sus hojas no lleva fecha de firma, de modo que no puede considerarse acreditado que la entidad informara con antelación al cliente de los riesgos de la contratación». La Sentencia recuerda que la declaración de nulidad trae consigo la condena al pago de los intereses de las cantidades entregadas por el cliente hasta el momento de la efectiva restitución y no hasta la interposición de la demanda. Por su parte, la *STS de 8 de junio de 2020 (RJ 2020, 1596)* recuerda: «que en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. La normativa del

mercado de valores da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos».

- § 6 De especial interés es la *STS de 22 de junio de 2020 (RJ 2020, 2195)*, referida a un supuesto de **bonos necesariamente convertibles en acciones de la propia entidad vendedora**, que sigue la senda que marcó en su día la *STS de 17 de junio de 2016 (RJ 2016, 4057)* en relación con el mismo producto. Como indica el TS, «los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada y, por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, con el valor que tienen en esa fecha, por lo que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales./ Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurría en el caso resuelto por dicha sentencia [la de 17 de junio de 2016 (RJ 2016, 4057)] y sucede también en éste, carácter subordinado». El producto se califica como complejo, por no obrar en la lista de «productos no complejos» de la LMV y por sus especiales características: «era un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitalizaba, siendo su principal característica que al inicio otorgaban un interés fijo, mientras duraba el bono, pero después, cuando el inversor se convertía en accionista del banco, la aportación adquiría las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trataba de un producto no solo complejo, sino también arriesgado». Por ello, la entidad financiera que los comercializaba estaba obligada «a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quedara claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tenía similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implicaba la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, podía suponer la pérdida de la inversión». En el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en acciones, «el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas acciones que cotizan en un mercado secundario; sino que dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión,

deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión». Dicha información no fue recibida por el suscriptor de los bonos, que incurrió en error excusable, sin que obstara para dicha apreciación su participación en el consejo de administración de distintas sociedades mercantiles, lo cual no acredita que tuviera conocimientos expertos en un ámbito tan específico como el de los mercados financieros ni los productos de riesgo, como tampoco su experiencia anterior en la inversión en productos no complejos, tales como fondos de inversión tradicionales y compraventa de acciones cotizadas, que representan riesgos distintos a los propios de los bonos necesariamente convertibles.

- § 7 También merece una mención especial un caso aparecido en este periodo sobre la comercialización de **cuotas participativas de cajas de ahorros**, el resuelto mediante la *STS de 2 de junio de 2020 (RJ 2020, 1526)*. La estructura de la demanda no difiere de los casos anteriores de venta de productos complejos entre los clientes minoristas, pues se solicita básicamente la **nulidad por vicios del consentimiento** debido al incumplimiento por la entidad de los deberes de información que le imponen las normas de conducta de los mercados de valores. En este caso, sin embargo existe un elemento diferencial en el que se centra el Tribunal Supremo y que supone, a la postre, la **desestimación de la demanda**: Se trata de un producto regulado por la Ley para el que existe una definición normativa de sus características y riesgos. Además, en el caso enjuiciado se daba la circunstancia de que el demandante era una persona dotada de especial cualificación jurídica. Todo ello hace que no se pudiera apreciar el carácter excusable del hipotético error.

La Audiencia ya había apreciado las circunstancias particulares que concurrían en el caso, como la especial cualificación del demandante y la caracterización legal del producto: «El actor sostuvo en su demanda que no se le dio una información clara, imparcial y no engañosa del producto de inversión, ni de los riesgos ni de la posibilidad de pérdida de la inversión. Es cierto que la condición de Notario de profesión no priva al actor de su calificación como consumidor y como contratante minorista, y de la protección que como tal se le debe otorgar por la entidad financiera, pero tampoco se puede ignorar esa circunstancia porque no puede valorarse de igual modo la excusabilidad del error en relación a un contrato financiero complejo de alto riesgo en el caso de un consumidor con escasa formación en comparación con el actor, a quien se le presumen unos elevados conocimientos jurídicos, y al menos los suficientes como para haber podido entender, empleando una diligencia media, la clase de producto que adquiriría y los riesgos que estaban asociados a esa operación, no solo porque se

pudo informar a través del folleto, sino que además la regulación de la cuotas participativas de las Cajas de Ahorros están reguladas en el RD 302/2004 de cuya lectura se puede desprender que guardan similitud con las acciones, su renta es variable y depende de la evolución y resultados de la Caja, lo que fácilmente pudo ser conocido por el demandante en el momento de contratar la suscripción y durante los días posteriores en que tenía la opción de desistir de la orden dada y por tanto de la compra de las cuotas participativas. En consecuencia, como es el demandante el que debió probar su error sobre la realidad de los riesgos de la inversión que contrató y sabía que por las características del producto existía ese riesgo, es decir, sabía cuál era la naturaleza de ellos por su componente aleatorio, no podemos apreciar error en el consentimiento y, en consecuencia, el recurso del Banco de Sabadell ha de ser estimado. También debe ser estimado el recurso de la Fundación CAM en tanto pretendió que la demanda fuera desestimada».

El TS ratifica posteriormente el criterio seguido por la Audiencia, confirmando su sentencia: «Esta sala ha declarado que, más allá de la información exigible, se ha de atender a las propias circunstancias que concurren en el contratante a efectos de determinar si el error que afirma haber padecido ha de calificarse de excusable o de inexcusable, para lo que se ha poner en relación dicha información con los conocimientos que sobre las circunstancias del contrato y las obligaciones que el mismo comporta ha de presumirse en el propio contratante. La afirmación de la parte demandante de haber sufrido el error no puede ser objetivada, pues depende de la representación que se hizo sobre las consecuencias del contrato, lo que queda en su ámbito interno; debiendo precisarse que el error no puede consistir en la creencia de que se iba a obtener un beneficio cuando, en realidad, se ha producido una pérdida, puesto que dicha pérdida –aunque no se la representara como posible el interesado– estaba comprendida en los riesgos propios del contrato y ello podía ser conocido por el demandante que obviamente no podía ser ajeno a que, de no existir tal riesgo, resultaría totalmente ilusorio el ofrecimiento de una rentabilidad del 7,5% como afirma en el hecho cuarto de la demanda».

- § 8 En relación con el **inicio del cómputo del plazo de la acción**, la STS de 4 de junio de 2020 (RJ 2020, 2035), la STS de 8 de junio de 2020 (RJ 2020, 1596) y la STS de 9 de julio de 2020 (RJ 2020, 2316) aplican la doctrina general emanada del TS en sendos supuestos de suscripción de **participaciones preferentes**, entendiendo que la consumación del contrato no puede considerarse producida antes de que el cliente esté en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consisten en las dificultades de la efectividad de un mercado de reventa y la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión por la falta de solvencia de la entidad emisora de los valores. En estos casos se aprecia que el cliente no pudo advertir su

error con la simple interrupción en la percepción de intereses sino únicamente cuando se publicó la Resolución del FROB con la correspondiente oferta de canje por acciones: «es difícilmente imaginable que la recurrente pudiera tomar conciencia de la verdadera naturaleza del producto y de que su inversión no fuera recuperable antes de que se publicara la mencionada Resolución de la Comisión Recтора del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) de 16 de abril de 2013, que daría lugar a la posterior oferta de canje de las participaciones preferentes por acciones de la entidad. Debe entenderse por tanto que no antes de dicho momento la actora pudo tener conocimiento de la existencia del error en las características del producto litigioso contratado». Distinto es el criterio que utiliza la *STS de 10 de junio de 2020 (RJ 2020, 1585)*, en relación con la suscripción por el cliente de una determinada **participación en un fondo de inversión**. Ante la dicotomía entre considerar como fecha relevante la de la entrega del folleto informativo, como alegaba la demandada, o la de la declaración de la pérdida del capital invertido, como pretendía la demandante, el TS considera adecuado el criterio utilizado por la Audiencia de entender que el cliente, que poseía otras inversiones de valor «no escaso», había tenido ocasión de conocer la naturaleza y los riesgos de su inversión en el fondo desde el momento que había comenzado a recibir del banco información fiscal en la que se ponía de manifiesto una minusvalía en un porcentaje superior al 50%: «Si la recurrente, según afirma, tomó conciencia de los riesgos del producto contratado cuando tuvo noticias de las pérdidas, no ofrece explicación convincente de por qué no tomó conciencia de ello en 7 años cuando de las informaciones fiscales se colegía el mismo dato, esto es, pérdidas». En relación con la adquisición de **bonos estructurados** la *STS de 22 de junio de 2020 (RJ 2020, 2271)* confirma la aplicación del criterio de la total consumación, al igual que había hecho antes la *STS de 9 de julio de 2019 (RJ 2019, 2793)*: «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». Y, finalmente, en referencia a la adquisición de **bonos necesariamente convertibles** en acciones de la propia entidad, la *STS de 22 de junio de 2020 (RJ 2020, 2195)*, antes reseñada, y la *STS de 24 de junio de 2020 (RJ 2020, 2203)* entienden que el cómputo del plazo de caducidad no se inicia en el momento en que el bonista recibe información fiscal relativa a la pérdida del valor de su inversión, sino cuando se produce la transformación forzosa, porque es entonces cuando «se materializa el riesgo y la inversión cumple su finalidad económica».

§ 9 En sentido inverso, la *STS de 12 de junio de 2020 (RJ 2020, 1593)*, **desestima el recurso planteado por el demandante** en un supuesto de **bonos estructurados convertibles en acciones**. Comienza el TS recordando que lo que propicia el error invalidante no es el incumplimiento en sí de las obligaciones de información precontractual a cargo de las empresas de servicios de inversión, sino la representación mental equivocada del cliente sobre el objeto del contrato: «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo». En el caso en concreto, el TS considera que no se da el supuesto de error, habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el supuesto, como se desprende de los hechos probados: «1. Se contrataron productos financieros complejos (estructurados)./ 2. Tras los oportunos test, se calificó a los demandantes como inversores minoristas, con riesgo moderado./ 3. La inversión en los bonos estructurados (objeto de este procedimiento) ascendió a 3.500.000 euros, procedentes de la venta de un hotel./ 4. Once días antes de la firma de los contratos se firmaron precontratos que contenían plena información sobre los productos y sus riesgos./ 5. Los estructurados tenían como productos subyacentes, únicamente, acciones de Telefónica y de Iberdrola./ 6. El administrador principal de las dos sociedades demandantes tenía una amplia experiencia inversora, con una cartera en Suiza con productos por importe de 2.500.000 euros, que estaba integrada, en parte, por bonos estructurados».

Lo propio hace la *STS de 22 de junio de 2020 (RJ 2020, 2271)*, en un caso de suscripción de bonos estructurados en que el demandante con anterioridad tenía participaciones en «fondos de inversión, depósitos estructurados, productos de pasivo financiero estructurado, warrants y derivados, y [quedó acreditado] que al menos en los dos últimos años había operado con tales instrumentos». Por ello había sido calificado como inversor con perfil moderado, dispuesto a «arriesgar una parte del capital invertido (...) o la mínima especulación». A juicio del TS, «[e]sta experiencia no puede dejar de valorarse para constatar si el banco prestó la información adecuada para que el cliente a quien le

comercializaba estos productos estructurados estuviera en condiciones de comprender cómo funcionaban y los riesgos que entrañaban».

- § 10 Por lo que se refiere al problema de la **legitimación pasiva** en acciones de nulidad, la *STS de 15 de junio de 2020 (RJ 2020, 2028)*, la *STS de 1 de julio de 2020 (RJ 2020, 2234)* y la *STS de 7 de julio de 2020 (RJ 2020, 2328)* afirman que la ostenta la demandada en un supuesto de transmisión del negocio bancario entre entidades de crédito, al igual que hizo la *STS de 3 de febrero de 2020 (RJ 2020, 141)*, analizada en el número 0 de esta Crónica junto con otros pronunciamientos anteriores en el mismo sentido, bajo la consideración de que la transmisión del negocio justifica que los demandantes puedan ejercitar la acción de nulidad contra la cesionaria, sin que para ello obste que la cedente continúe existiendo.
- § 11 En la *STS de 22 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3736)* encontramos un interesante supuesto de **nulidad de pleno derecho** por haber actuado la entidad comercializadora del producto complejo sin la pertinente autorización administrativa previa y al margen de los requisitos impuestos por la legislación del mercado de valores y por la reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva. La finalidad de la operación era la de reducir la carga fiscal de la adquisición de unos inmuebles en España por unas personas jubiladas de nacionalidad británica que pretendían fijar su residencia en nuestro país, al tiempo que proporcionarles una cierta rentabilidad, por medio de un entramado de contratos de crédito y de inversión, cuya secuencia se describe en la Sentencia en los siguientes términos: «(i) SLMF concedía a los clientes un préstamo hipotecario (Premier Cash Release Mortgage) que gravaba su vivienda en España, por un importe que coincidía básicamente con su valor de tasación; (ii) aproximadamente el 85% del préstamo era invertido, a su vez, en un fondo de inversión denominado The Premier Balanced Fund PLC, reservado para inversores experimentados y gestionado por la entidad The Premier Group – (Isle of Man) Limited (PGIOM); (iii) SLMF retenía fiduciariamente las participaciones del fondo de inversión». Sin embargo, ni SLMF ni PGIOM tenían autorización para actuar en España, de lo cual no tuvieron información en ningún momento los clientes. La completa operación se realizó al margen de las normas reguladoras de los mercados de valores y las instituciones de inversión colectiva y acabó siendo declarada nula de pleno derecho por el órgano de instancia.

El recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia intenta deslindar las diversas operaciones incluidas en el negocio complejo, pretendiendo el demandado recurrente haber actuado como mero prestamista y con independencia de toda la actividad inversora posterior. Partiendo de esta premisa, rechaza la aplicación al préstamo de la normativa reguladora de los mercados de valores y mantiene su validez, alegación que

no es acogida por el TS: «La parte recurrente, al igual que ha pretendido en el recurso extraordinario por infracción procesal, intenta fragmentar el conjunto contractual ofertado a los clientes y colocarse como mera prestamista, ajena a los productos de inversión a los que se aplicaba, mayoritariamente, el importe de los préstamos./ Sin embargo, ello no es así, porque los préstamos no se concedían con la única finalidad de dotar de capital a los prestatarios, sino que estaban indisolublemente unidos a un negocio jurídico conexo por el cual el dinero obtenido con el préstamo se invertía casi en su totalidad en un fondo de inversión sugerido por la propia prestamista, quien, además, mantenía en régimen fiduciario la titularidad de las participaciones del fondo./ 2.– Desde ese punto de vista, SLMF cumplía no solo funciones de prestamista, sino también de entidad de servicios de inversión. El conjunto compuesto por el préstamo y su aplicación a un fondo de inversión constituye un instrumento financiero de los enumerados en el art. 2 LMV, en cuanto que dicho precepto incluye las participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva, así como las de las entidades de capital-riesgo y las entidades de inversión colectiva de tipo cerrado».

El alto Tribunal desestima igualmente el motivo del recurso fundamentado en la indebida aplicación al caso de la normativa reguladora de las instituciones de inversión colectiva: «2.– El art. 1 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, las define como:/ “aquellas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos”./ Es decir, para ser considerada entidad o institución de inversión colectiva se deben cumplir tres requisitos: (i) captación de fondos, bienes o derechos de terceros; (ii) gestionar tales fondos, bienes o derechos e invertirlos en otros bienes, valores o instrumentos financieros; y (iii) adjudicar un rendimiento al inversor en función del resultado colectivo./ 3.– La operación litigiosa responde a esas tres características:/ 1. SLMF captó fondos de los demandantes mediante la retención de la mayor parte del importe de los préstamos concedidos./ 2. Invertió tales fondos en un fondo de inversión, cuyas participaciones retuvo fiduciariamente./ 3. Supeditó el reparto de beneficios al resultado colectivo del fondo».

§ 12 En otro orden de cosas, estiman la acción de **responsabilidad derivada del incumplimiento** de las obligaciones derivadas de un correcto asesoramiento, las SSTS de 19 de mayo de 2020 (RJ 2020, 1086, 1088, 1097, 1098, 1100 y 1103), las SSTS de 1 de junio de 2020 (RJ 2020, 1333, 1334 y 1357), la STS de 2 de junio de 2020 (RJ 2020, 1597), las SSTS de 3 de junio de 2020 (RJ 2020, 1348, 1363, 1600), las SSTS de 15 de julio de 2020 (RJ 2020, 2360 y 2362) y la STS de 21 de julio de 2020 (RJ 2020,

2694). En estas sentencias la cuestión litigiosa que se revisa en casación es la relativa a la **necesidad de compensar el importe de la eventual pérdida con las cantidades recibidas por el cliente en concepto de rendimientos y, en su caso, las «rescatadas» por el canje de los títulos por acciones de la entidad y su posterior venta**. 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 (*SSTS de 19 de mayo de 2020 [Civil] [RJ 2020, 1085, 1096, 1101 y 1102]*, *SSTS de 1 de junio de 2020 [Civil] [RJ 2020, 1362 y 1364]*, *SSTS de 3 de junio de 2020 [Civil] [RJ 2020, 1807 y 2289]*, *SSTS de 18 de junio de 2020 [Civil] [RJ 2020, 2273, 2275, 2285 y 2288]*, y *STS de 15 de julio de 2020 [Civil] [RJ 2020, 2691]*).

- § 13 **No estima la pretensión resarcitoria la STS de 21 de septiembre de 2020 (JUR 2020, 279789)**, en un caso de la contratación de un bono estructurado de Lehman Brothers, por quedar acreditado que los suscriptores tenían conocimientos suficientes en materia financiera para entender los riesgos asumidos, así como que la entidad bancaria les había informado de forma adecuada, habiendo actuado además de forma diligente en la gestión de sus intereses en el proceso de recobro: «los actores contaban con previa experiencia inversora en productos similares, mediante la aceptación, en este aspecto, de la fundamentación de la sentencia del Juzgado. Igualmente se estimó acreditado que se les aportó documentación en la que se hacía referencia expresa a los riesgos de la inversión, y, dentro de éstos, de manera destacada, en negrilla y subrayado, de la posibilidad real de la pérdida de la totalidad de lo invertido, así como, en la precitada documentación, se analizaban distintos escenarios de mercado, con sus correlativas consecuencias económicas ejemplarizadas en distintos supuestos posibles de evolución del subyacente pactado como referente de la inversión realizada. La información, por otra parte, no se limitó a la entrega de dichos documentos contractuales, sino que se completó con las explicaciones suministradas por el agente del banco, que era asesor personal de la familia, sobre las características y riesgos del producto adquirido./ Se indicó igualmente a la parte actora quién era el emisor y quién el garante del producto estructurado, y por lo tanto cuáles eran las sociedades en las que podía materializarse el riesgo de insolvencia, así como la elevada calificación crediticia de las mismas. Se consideró también que, a la fecha de la contratación, no existían indicios de la ulterior quiebra de las entidades emisora y garante del bono estructurado. Por último, se concluyó que el banco gestionó diligentemente los intereses de los actores en el proceso concursal con la recuperación aproximada de casi una cuarta parte de lo invertido».

Del mismo modo, la *STS de 15 de julio de 2020 (RJ 2020, 2685)* declara que no puede estimarse la acción de indemnización por incumplimiento en un caso en que la demandante había interpuesto como acción principal

la de **nulidad** y como subsidiaria la de **resolución**. En primera instancia se había desestimado la pretensión principal y se había acogido la subsidiaria. Al ser recurrida la sentencia en apelación solo por la demandada, la desestimación de la acción de nulidad había adquirido firmeza. La Audiencia, por su parte, había desestimado la acción de resolución, aplicando la reciente doctrina del TS sobre la materia, pero, no obstante, había condenado al demandado a **indemnizar los daños** producidos por el incumplimiento de sus obligaciones de información precontractual. Esta Sentencia es objeto de recurso extraordinario por infracción procesal, por considerar el demandado que era incongruente con la demanda, recurso que resulta finalmente estimado por el TS: «1.– La conclusión de la Audiencia Provincial relativa a que el incumplimiento de los deberes de información al cliente sobre los riesgos del producto no puede dar lugar a la resolución del contrato, sino, en su caso, a una acción de nulidad por error vicio del consentimiento o a una acción de resarcimiento, es jurídicamente correcta y ajustada a la jurisprudencia de la sala (sentencia de pleno 491/2017, de 13 de septiembre (RJ 2017, 3756), y otras muchas que la han seguido)./ 2.– En su virtud, como la desestimación de la acción de nulidad quedó firme y la subsidiaria es improcedente, debe estimarse el recurso de apelación formulado por la parte demandada, revocarse la sentencia de primera instancia y desestimarse la demanda».

II. 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.

La tendencia descrita en el número anterior se ha mantenido en la parte central de 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.

1. ASPECTOS GENERALES

§ 14 La STS de 28 de mayo de 2020 (RJ 2020, 1367) considera que **no reúne la condición de consumidora la fiadora hipotecante de un préstamo con garantía hipotecaria**, concedido en favor de una compañía mercantil de cuyo capital social poseía un 90% conjuntamente con

su cónyuge, también fiador. La fiadora interpuso acción de nulidad de varias condiciones generales incluidas en el contrato alegando su falta de transparencia. El TS desestima su pretensión dado que el control de transparencia está reservado a las relaciones entre profesionales y consumidores: «En este caso, la Sra. Lucía es titular, junto con su esposo, del 90% del capital social de la compañía mercantil prestataria, y según los hechos probados en la instancia, el préstamo se formalizó, en el marco de una línea de financiación amparada por el Instituto de Crédito Oficial, para dotar de capital circulante a la empresa./ Como consecuencia de ello, no puede predicarse respecto de la recurrente la ajenidad a la finalidad empresarial del préstamo que excluiría la vinculación funcional y permitiría reconocerle la cualidad legal de consumidora, conforme al art. 3 TRLGCU. Por lo que la sentencia recurrida no infringe dicho precepto». Entiende el alto Tribunal que el supuesto no es exactamente equiparable al enjuiciado por la STS de 28 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2281), que sí había conferido la condición de consumidora a la fiadora, por cuanto en aquel caso, la demandante, cónyuge de administrador de la sociedad, no poseía ninguna participación social en la misma. Ello no significa que cualquier participación sea suficiente para imposibilitar la atribución de la condición de consumidor o no profesional. Lo determinante a tal efecto es que exista un *vínculo funcional* entre quien la alega y el empresario o profesional incumbido, tal como se desprende de la jurisprudencia del TJUE, citada por la sentencia: «los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad».

- § 15 En otro orden de cosas, la STS de 22 de junio de 2020 (RJ 2020, 1872) y la STS de 23 de junio de 2020 (RJ 2020, 2686) recuerdan que el **control de transparencia resulta igualmente aplicable** en aquellos supuestos en que, tras haberse concedido el préstamo al promotor del inmueble ofrecido en garantía hipotecaria, se produce posteriormente **una venta a un consumidor con subrogación** en la parte correspondiente del préstamo y de la responsabilidad hipotecaria: «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, dicha sometido al

control de transparencia». Además, como apuntan ambas sentencias, esta obligación resulta congruente con la nueva normativa sobre préstamos hipotecarios introducida por la Ley 5/2019: «La evolución legislativa en esta materia se ha completado mediante la reciente aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que en su disposición adicional séptima, bajo el epígrafe “Obligaciones del empresario con ocasión de la transmisión del inmueble hipotecado”, impone al promotor que, con ocasión de la transmisión de un inmueble hipotecado, vaya a pactar con el comprador la subrogación de éste en la obligación personal de un préstamo inmobiliario sujeto a esta Ley, la obligación de “comunicarlo al prestamista con al menos 30 días de antelación a la fecha de la firma prevista, al objeto de que el prestamista pueda realizar el necesario análisis de su solvencia y dar cumplimiento a los requisitos de información precontractual y el resto de las obligaciones exigidas en esta Ley y su desarrollo reglamentario, dando tiempo al potencial prestatario a buscar alternativas de financiación hipotecaria”».

En cambio, la *STS de 23 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3522)* considera válida una cláusula suelo incluida en el contrato con motivo de la subrogación del adquirente de una vivienda en el préstamo hipotecario del promotor. La escritura del préstamo hipotecario inicialmente concertado con la promotora preveía la posibilidad de que el adquirente de las viviendas gravadas optase por una de las tres modalidades de tipos de interés remuneratorio variable, cada una de ellas con su índice de referencia y con su diferencial, pero sólo las dos primeras con inclusión de un suelo o límite mínimo a la variabilidad. La tercera modalidad carecía de cláusula suelo, al no limitar en forma alguna dicha variabilidad en sentido ascendente o descendente. Esta última fue la concreta estipulación sobre intereses remuneratorios por la que optó el prestatario y con la que se acordó la subrogación en un primer momento. Pero, posteriormente, y antes de que se formalizase la subrogación, la compradora solicitó una modificación de las condiciones del préstamo para acogerse a una de las dos primeras alternativas previstas, que preveía un diferencial menor, pero incluía la cláusula suelo. Dadas las circunstancias del caso, el TS confirma el criterio adoptado por la Audiencia de entender que la inclusión de la cláusula suelo en cuestión se había producido respetando las adecuadas condiciones de transparencia y ello con base en los siguientes hechos: «(i) un mes antes de suscribirse el contrato privado y la escritura de compraventa con subrogación en el préstamo, la recurrente suscribió un documento de modificación de las condiciones del préstamo de fecha 17 de septiembre de 2008; (ii) en este documento se incluye el límite a la bajada del tipo de interés de una forma sencilla, clara y se le otorga la misma relevancia que al índice de referencia; (iii) dicho límite tiene una ubicación sistemática adecuada dentro del documento, sin tener un tratamiento secundario; (iv)

trascurrido un mes desde la solicitud, se firmó el documento privado que recoge las condiciones pactadas un mes antes; (v) la inclusión de la cláusula suelo en el documento de solicitud de cambio de las condiciones del préstamo no se hace de forma sorpresiva, ni oculta entre una profusión de cláusulas financieras; (vi) su exposición al consumidor no provoca por los términos en los que se facilitó su contenido al novar el contrato una alteración subrepticia del precio del crédito; (vii) se ha acreditado que existieron negociaciones precontractuales, y que en la información previa la inclusión de la cláusula tiene la misma relevancia que el diferencial, con los elementos necesarios para percibir su verdadera relevancia, significándose el suelo como un elemento definitorio del objeto principal del contrato; (viii) además transcurrió un tiempo prudencial desde la solicitud de las nuevas condiciones con la inclusión de la cláusula hasta la firma del contrato definitivo un mes más tarde».

Distinto es el supuesto que se plantea en la *STS de 15 de junio de 2020* (RJ 2020, 2293) y en la *STS de 17 de junio de 2020* (RJ 2020, 2201) en que la cláusula de imputación de gastos impugnada se había consignado en sendos contratos de compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario, firmados entre los respectivos promotores y adquirentes de las viviendas. En estos casos, tanto los órganos de instancia como el TS apreciaron la falta de legitimación pasiva de los bancos prestamistas, dado que su participación en las operaciones se limitó a prestar consentimiento en la subrogación para que se pudiera producir la novación con liberación de los promotores, tal y como se exige en los arts. 1.205 CC y 118 LH, no convirtiéndose por ello en partes de la relación obligatoria: «El alcance del consentimiento del acreedor, en el supuesto de que comparezca en el acto del otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria para formalizar su consentimiento liberatorio a los efectos del art. 1205 CC (supuesto de hecho que no es el de la presente litis), en cuanto no rebasa esa mera finalidad liberatoria, será, en vía de principios, ajeno al resto de la regulación contractual de la compraventa, a la que es extraño el acreedor. La mera aprobación por el acreedor de la novación por cambio de deudor –asunción de deuda–, dentro del ámbito del art. 1205 CC, cuya vulneración se denuncia, no pasa de aquél efecto liberatorio o de expromisión del deudor original, sin presuponer por sí misma ningún otro cambio objetivo en las condiciones pactadas, ni en el préstamo inicial ni en la compraventa, cuyo pago se articula, total o parcialmente, mediante dicha subrogación».

También desestima la pretensión respecto a una cláusula de imputación de gastos de cancelación de hipoteca, incluida en un contrato de venta con subrogación, la *STS de 25 de mayo de 2020* (RJ 2020, 1255), aunque en este caso por no considerarla abusiva: «esta hipoteca, una vez efectuada en la forma indicada la subrogación del comprador/deudor, no es

ya una hipoteca del vendedor (que se ha liberado tanto del gravamen real –mediante la transmisión de la finca hipotecada– como de la obligación personal –por la transmisión de la deuda garantizada consentida por el acreedor–), por lo que los gastos de su cancelación le correspondían legalmente al propio comprador/prestatario, por ser el interesado en dicha cancelación, según hemos declarado reiteradamente [por todas, sentencia 49/2019, de 23 de enero (RJ 2019, 92)]. Previsión contractual que, por tanto, tampoco puede ser tachada de abusiva».

2. CLÁUSULAS DE IMPUTACIÓN DE GASTOS

- § 16 La STS de 30 de junio de 2020 (RJ 2020, 2222) aplica la doctrina general a la **cláusula de imputación de gastos al prestatario**, declarando su nulidad y atribuyendo a las partes los distintos conceptos (ITP, aranceles notariales y registrales, etc.), en los términos similares a los ya descritos en sentencias como la STS, Pleno, de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 93), la STS de 28 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2281), STS, Pleno, de 11 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3343), STS de 16 de octubre de 2019 (RJ 2019, 4125), STS de 12 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4528) o la STS de 12 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 5000), sentencias que hemos ido reseñando en los números anteriores de esta Crónica. Por su parte, las SSTS de 2 de junio de 2020 (RJ 2020, 1361 y 1529), la STS de 1 de julio de 2020 (RJ 2020, 2297) y la STS de 21 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3542) siguen igualmente el criterio establecido para la jurisdicción civil por la STS, Pleno, de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 93), en relación con el pago del ITP y AJD, al asumir y hacer suyo el establecido por las Sentencias del Pleno de la Sala 3ª del alto Tribunal de 27 de noviembre de 2018, 5195 y 5092. Recordemos que en estas sentencias se certifica la obligación del prestatario de pagar el citado impuesto, siendo que la reforma legal operada por el RD 17/2018, de 8 de noviembre, que atribuye dicho gasto al prestamista, «solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia, sin retroactividad alguna».
- § 17 Partiendo de esta base, la STS de 14 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3228) y la STS de 21 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3311) matizan la atribución de los distintos conceptos del impuesto que corresponden a cada una de las partes, de la misma forma que se había hecho en sentencias anteriores: «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 [...]. 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».

§ 18 Sobre esta cláusula véanse también la *STS de 25 de mayo de 2020 (RJ 2020, 1255)*, la *STS de 15 de junio de 2020 (RJ 2020, 2293)* y la *STS de 17 de junio de 2020 (RJ 2020, 2201)*, reseñadas en el subepígrafe anterior al analizar los supuestos de venta con subrogación en el préstamo hipotecario.

3. CLÁUSULAS SUELO

§ 19 Por su parte, aprecian la nulidad por no superar el control de transparencia de sendas cláusulas suelo, 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, la *STS de 19 de mayo de 2020 (RJ 2020, 1301)*, la *STS de 9 de junio de 2020 (RJ 2020, 1571)*, las *SSTS de 11 de junio de 2020 (RJ 2020, 1806, 2018 y 2286)*, la *STS de 15 de junio de 2020 (RJ 2020, 1572)* y las *SSTS de 22 de junio de 2020 (RJ 2020, 2277)*. La *STS de 9 de junio de 2020 (RJ 2020, 1571)* revoca la sentencia de la Audiencia que había considerado que la cláusula podía superar el control de transparencia, por su claridad y por la intervención del notario en el acto de otorgamiento. Sin embargo, la sentencia impugnada «nada dice sobre la información precontractual de cuya ausencia se queja la parte recurrente para adquirir el conocimiento preciso sobre la forma de operatividad de la cláusula suelo y su concreto juego contractual en los escenarios posibles e imposibilidad de beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés en cualquier caso. Falta de información precontractual que no consta facilitada por la entidad demandada máxime cuando, en el acto del juicio, renuncia expresamente a la prueba propuesta con tal fin, remitiéndose a la documental en la que figura una oferta vinculante con respecto al primer préstamo, sin fecha, ni firma y con una inexpresiva indicación interés mínimo 3,50%». En relación con la intervención del notario recalca el TS, por transcripción de pronunciamientos anteriores, que ésta se produce «el momento final del iter contractual, cuando las voluntades ya están conformadas, y cuando la posibilidad del prestatario de dar marcha atrás deviene excepcional». Por su parte, la *STS de 11 de junio de 2020 (RJ 2020, 1806)* incide en la importancia de la información precontractual y en la necesidad de que la oferta vinculante se entregue al prestatario con la suficiente antelación. En la *STS de 19 de mayo*

de 2020 (RJ 2020, 1301) se plantea el recurso por haberse decretado en apelación la devolución de las cantidades indebidamente recibidas por el banco, desde el 9 de mayo de 2013, siguiendo el criterio anterior del TS, luego modificado por la STS, Pleno, de 24 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 5261). En aplicación del nuevo criterio fijado por esta sentencia el TS estima el recurso planteado por la parte demandante. La estimación se produce porque el banco se había allanado en casación para evitar la condena en costas, que se produjo igualmente respecto a las devengadas en primera instancia y apelación. Y, finalmente, en las SSTS de 15 de junio de 2020 (RJ 2020, 1572 y 1591) se estiman los respectivos recursos al allanarse la entidad demandada en ambos casos, lo cual supone que no se le impongan las costas de casación, aunque sí las de primera instancia y apelación.

- § 20 En sentido inverso, desestima la demanda la STS de 22 de junio de 2020 (RJ 2020, 1877), por entender que **la entidad de crédito había informado adecuadamente** al prestatario y con la suficiente antelación acerca de las limitaciones a la bajada del tipo de interés que traía consigo la cláusula suelo. También la STS de 12 de junio de 2020 (RJ 2020, 2034) certifica la **validez de la cláusula suelo**, pero en este caso **por no resultar aplicable el control de transparencia material, al no ser consumidor el prestatario**, una sociedad limitada dedicada a la carnicería. Del mismo modo, la STS de 1 de julio de 2020 (RJ 2020, 2206) en relación con **un contrato de préstamo para la adquisición de una licencia de taxi**, por no quedar demostrada la actuación contraria la buena fe de la entidad prestamista y haberse superado perfectamente el control de incorporación: «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./ 3.– En este caso, no consta que concurren tales circunstancias (...)/ Como hemos declarado en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), y 314/2018, de 28 de mayo (RJ 2018, 2281), el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal./ En el caso de las denominadas cláusulas suelo, en principio y salvo prueba en contrario,

su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes (arts. 25 de la Ley del Notariado y 193 del Reglamento Notarial) suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. Es decir, respecto de esta modalidad concreta de condiciones generales de la contratación, en la práctica solamente no superarían el control de inclusión cuando se considere probado que el adherente no pudo tener conocimiento de su existencia (porque no se incluyó en la escritura pública, sino en un documento privado anexo que no se le entregó, o porque el notario no leyó la escritura, por poner dos ejemplos de casos que han sido resueltos recientemente por la sala)».

- § 21 Sobre la impugnación de la cláusula suelo véase también la *STS de 23 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3522)*, reseñada en el subepígrafe 2.1, al analizar los supuestos de venta con subrogación en el préstamo hipotecario.

4. CLÁUSULAS DE CONVERSIÓN EN PRÉSTAMOS MULTIDIVISA

- § 22 Por su parte, la *STS de 23 de julio de 2020 (RJ 2020, 2519)*, la *STS de 22 de septiembre de 2020 (JUR 2020, 282720)* y la *STS de 28 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3539)* aplican el control de transparencia a una **hipoteca multidivisa**, siguiendo, en lo esencial la doctrina sentada 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 (TJCE 2015, 435), 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)*, así como en otras posteriores de las que hemos dando cuenta en el primer número de esta Crónica. Según todas estas sentencias, la inaplicabilidad de las normas de conducta de los mercados de valores no impide calificar el préstamo multidivisa como un negocio complejo ni tampoco extraer determinadas consecuencias de índole civil del incumplimiento del banco de su deber de informar al cliente, desde el punto de vista del control de las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas: «Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera, pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero este consumidor no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo

su capacidad de afrontar los pagos [...]. 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».

En los casos citados no se considera acreditado que el banco hubiera informado al cliente en los términos indicados lo cual ha de determinar la nulidad de las cláusulas correspondientes, habida cuenta del grave desequilibrio que causan en el prestatario: «la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multdivisa con las de otros préstamos en euros». Además, la *STS de 23 de julio de 2020 (RJ 2020, 2519)* añade que la nulidad por falta de transparencia no puede ser convalidada, contestando de este modo el criterio de la Audiencia que había apreciado dicho efecto por la conducta del el prestatario que tras haber sido consciente de las circunstancias que habían propiciado su error, siguió cumpliendo con sus obligaciones de amortización, tardando casi cuatro años en interponer la demanda. Entiende el TS que el criterio de la Audiencia no es correcto, «porque la nulidad derivada de la abusividad no es subsanable o convalidable [...]. La consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula (previa su declaración de falta de transparencia, por afectar a un elemento esencial del contrato, como es el precio), es su nulidad de pleno derecho, como establecen inequívocamente los arts. 8.2 LCGC y 83 TRLCU (art. 10 bis LGCU, en la fecha de suscripción del contrato). Y esta nulidad de pleno derecho es insubsanable, porque el consumidor no puede quedar vinculado por la cláusula abusiva, según determina el art. 6.1 de la Directiva 93/13». Como consecuencia de la estimación de los recursos planteados por los demandantes se casan las correspondientes sentencias de apelación, confirmándose las de primera instancia, que habían declarado la nulidad de las cláusulas de conversión, con integración posterior de las mismas consistente en red denominar en euros el saldo vivo de las hipotecas.

- § 23 En cambio, la *STS de 24 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3314)* no acoge la pretensión del demandante en reclamación de nulidad de la cláusula de conversión en divisa extranjera por falta de transparencia y por error vicio. La desestimación se apoya en dos motivos bastante diferentes: en primer lugar por considerar probado, con

apoyo en la sentencia de instancia, que los prestatarios habían sido pertinentemente informados de las características de la operación y de los riesgos que asumían con la contratación de la misma; y, en segundo lugar, por la inadecuación de la pretensión de nulidad parcial que se había planteado en la demanda: «La demandante ha ejercitado una acción de nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario concertado en yenes japoneses con posibilidad de cambio de divisa, nulidad que afectaría sólo a la moneda en que se concertó el préstamo y al cambio de divisa. Conforme a la jurisprudencia de esta sala, si se llegara a apreciar error en el consentimiento prestado por los prestatarios, porque desconocían los riesgos que entrañaba haber referenciado el préstamo a la moneda del franco suizo (su depreciación frente al euro), y pudiera ser calificado de sustancial, relevante e inexcusable, viciaría la totalidad del contrato, pero no sólo la parte correspondiente a la divisa en que se concertó el préstamo con la subsistencia del resto del contrato». A la misma consecuencia desestimatoria de la demanda llega la *STS de 15 de julio de 2020 (RJ 2020, 2359)*.

§ 24 Sobre las hipotecas multidivisa véase también la *STS de 10 de julio de 2020 (RJ 2020, 2329)*, analizada en el subepígrafe 3.2.A).

5. CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

§ 25 En relación con la **cláusula de vencimiento anticipado en préstamos personales** la *STS, Pleno, de 9 de junio de 2020 (RJ 2020, 1607)*, siguiendo la estela de la *STS de 11 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3343)* y las cuatro sentencias del Pleno de la Sala 1^a, de 12 y 19 de febrero de 2018 (RJ 2018, 539), que reseñamos en la Crónica del número 0 de esta Revista, declara la nulidad de la fijada en el contrato, que ofrecía al banco la posibilidad de dar por vencida la operación ante el incumplimiento de cualquier cuota: «para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva, debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo. Desde ese punto de vista, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución 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». Por otro lado, en los préstamos personales: «la supresión o expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato (...). 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 (...)». A pesar de ello, siendo que el litigio traía causa de una reclamación de pago del banco y no de una acción de declaración de nulidad instada por el prestatario, el TS finalmente condena a éste a hacer frente

a las cuotas impagadas (quince en el momento de la interposición de la demanda), cuya cuantía debe fijarse en ejecución de sentencia.

III. 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 en este periodo, pasamos ahora a centrar nuestra atención en distintas cuestiones de interés que se han suscitado en relación con diversas operaciones o grupos de operaciones bancarias.

1. CUENTA CORRIENTE

§ 26 La STS de 15 de julio de 2020 (RJ 2020, 2489), con apoyo, entre otras, en una sentencia anterior de 13 de marzo del mismo año (RJ 2020, 974) y en el parecer del SRBE, certifica la **compatibilidad de las comisiones por descubierto y las comisiones por reclamación de impagados** insertas en una cuenta bancaria abierta por una PYME, justificando unas y otras en función del cumplimiento de los requisitos que establecen las normas de transparencia bancaria: «En relación específicamente con la comisión de descubierto en cuenta corriente, partiendo de que supone, como se ha señalado, una “facilidad crediticia” (operación de crédito) al admitir cargos en descubierto, el Banco de España afirma:/ “[...] como contraprestación, las entidades perciben una comisión que, generalmente, se aplica sobre el descubierto mayor de todo el período de liquidación. Dicha comisión, que es incompatible con cualquier comisión de apertura o similares en los descubiertos en cuenta corriente, no es aplicable en los descubiertos por valoración, ni más de una vez, aunque se generen varios descubiertos dentro de un mismo período de liquidación. En cualquier caso, será preciso que esta comisión venga recogida en el contrato de la cuenta afectada. Además, ha de tenerse en consideración que la entidad debe comunicar el detalle de la liquidación efectuada en la cuenta corriente, mediante la entrega del correspondiente documento de liquidación de la cuenta, con la periodicidad pactada”./ 6.– Se trata de una comisión distinta a la comisión por reclamación de posiciones deudoras [Sentencia 566/2019, de 25 de octubre (RJ 2019, 4140)], pues cada una de ellas retribuye servicios distintos. La referida Memoria del Banco de España deslinda ambas comisiones y servicios:/ “mientras que la comisión de reclamación de posiciones deudoras retribuye el coste de las gestiones que efectúa la entidad para recuperar el impagado, la comisión de descubierto retribuye la facilidad crediticia que concede la entidad a su cliente. La comisión por la apertura de descubierto debe ser tenida en cuenta en el cómputo del límite máximo establecido en la LCCC para el descubierto tácito en cuenta a la vista de consumidores, al

que se ha hecho referencia anteriormente (art. 20.4 de la LCCC)”./ 7.– De todo lo antes dicho, en lo que aquí interesa, resulta que: (i) el descubierto tácito en cuenta es un servicio bancario consistente en la concesión de una facilidad crediticia (crédito cfr. art. 20.4 LCCC) al titular de la cuenta mediante la autorización de cargos que exceden el importe del saldo disponible; (ii) dicho servicio bancario puede ser retribuido mediante una contraprestación, que puede revestir la forma de intereses o comisiones por descubierto; (iii) las citadas comisiones resultan válidas y lícitas siempre que, además de cumplirse con los correspondiente deberes de información: a) respeten el límite máximo equivalente a una tasa anual equivalente (TAE) superior a 2,5 veces el interés legal del dinero (incluidos los conceptos previstos en el art. 32.2 L CCC, en los casos en que resulta aplicable); b) no se aplique adicionalmente a dicho límite una comisión de apertura en los descubiertos (esta comisión debe computarse conjuntamente con la de descubierto para respetar su límite); y c) no se aplicable más de una vez en cada periodo de liquidación, aunque se generen varios descubiertos dentro de un mismo período».

El TS aclara, a su vez, la diferencia entre la comisión por descubierto de los intereses de demora: «Concepto distinto de la comisión por descubierto es el de los intereses de demora, que responden a caracteres y finalidades distintas. La comisión de descubierto, como hemos visto, tiene una finalidad retributiva de un servicio que se presta por el banco al cliente deudor, que en la práctica supone una nueva concesión de crédito./ No hay aquí un incumplimiento o una mora del deudor, pues la autorización por la entidad financiera del cargo en descubierto (sobregiro sobre el saldo disponible de la cuenta), bien por domiciliación de recibos, emisión de cheques con cargo a la cuenta, disposiciones o reintegros de efectivo a través de cajeros, u otros actos de disposición de dinero, constituyen, por el importe del exceso sobre el saldo disponible, una facilidad crediticia concedida voluntariamente por el banco, lo que da lugar al nacimiento de la obligación de su restitución y del pago de la correspondiente contraprestación en forma generalmente de comisión, que se liquidará periódicamente en los términos contractualmente previstos, dentro de los límites legales./ 9.– Diversamente los intereses de demora tienen una finalidad indemnizatoria de los daños y perjuicios causados por la morosidad o incumplimiento de la obligación de pago del cliente, conforme a los arts. 1.101 y 1.108 CC».

Tras un extenso análisis de los tres conceptos y de la jurisprudencia anterior sobre los límites a que se somete su admisibilidad, el TS considera que en el caso objeto de la litis no se ha producido la duplicidad proscrita del devengo simultáneo, y para unas mismas cantidades, de intereses de demora y de comisión por descubierto.

2. OPERACIONES BANCARIAS ACTIVAS O DE FINANCIACIÓN

2.1. Préstamo

§ 27 La STS de 10 de julio de 2020 (RJ 2020, 2329) ventila una **demanda de nulidad del contrato de préstamo sobre divisas**, por vicio del consentimiento, cuestión que enlaza con la doctrina plasmada en la STS de 24 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3314), reseñada en § 21 en sede de control de condiciones generales de la contratación y a cuyo tenor: «Conforme a la jurisprudencia de esta sala, si se llegara a apreciar error en el consentimiento prestado por los prestatarios, porque desconocían los riesgos que entrañaba haber referenciado el préstamo a la moneda del franco suizo (su depreciación frente al euro), y pudiera ser calificado de sustancial, relevante e inexcusable, viciaría la totalidad del contrato, pero no sólo la parte correspondiente a la divisa en que se concertó el préstamo con la subsistencia del resto del contrato». El presente pronunciamiento viene propiciado precisamente por una demanda en que se planteaba la nulidad de todo el contrato, si bien en casación se centra en el problema concreto de la determinación del **inicio del cómputo del plazo para declarar la nulidad**, lo cual realiza por referencia al momento en que el prestatario pudo tener conocimiento de su error por alcanzar las cuotas mensuales un **importe importante, en relación con las inicialmente establecidas**. Pero, aparte de la conclusión alcanzada, el interés de la Sentencia radica en el criterio que utiliza el TS para fijar la **consumación del contrato de préstamo**: el momento de la **entrega del dinero al prestatario**, que constituye, a juicio del alto Tribunal, «una prestación esencial del contrato».

Antes de dar por caducada la acción y en respuesta a los motivos del recurso planteados por el demandante, la Sentencia de 10 de julio (RJ 2020, 2329) determina el **carácter consensual del contrato** y fija el momento de su **consumación en la entrega del capital por el banco**, por constituir éste la prestación esencial, sin que quepa posponerlo al del total agotamiento de las prestaciones derivadas del contrato, dado que esta opción se considera difícilmente conciliable con el principio de la seguridad jurídica, habida cuenta de la extensa duración de los contratos de préstamo hipotecario: «Como hemos declarado al resolver el primer motivo del recurso de casación, la jurisprudencia reciente ha aceptado el carácter consensual del préstamo bancario de dinero. En él, el banco y el cliente prestan, por lo general, su consentimiento contractual, fijando los elementos del contrato (sujetos intervinientes, importe del préstamo, plazo, interés, garantías, etc.), antes de la entrega del dinero por el prestamista al prestatario. En el caso del préstamo hipotecario celebrado con un consumidor, el contrato de préstamo se perfecciona cuando el prestatario acepta la oferta vinculante del banco. Más adelante, normalmente de forma simultánea a la formalización del

contrato por escrito (que, en el caso de tratarse de un préstamo hipotecario, se hace por escritura pública), el prestamista ejecuta su prestación y entrega el dinero al prestatario (o a los prestatarios, o a alguno de los prestatarios) o a la persona que este designe./ 6.– Teniendo en cuenta lo anterior, a estos efectos, el contrato de préstamo bancario de dinero ha de entenderse consumado cuando se ha producido la entrega del dinero por el prestamista al prestatario (o a quien este haya designado), al tratarse del momento en que el cliente, que es la parte perjudicada por el error, recibe lo que la sentencia 89/2018, de 19 de febrero (RJ 2018, 539), denominó como “una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato”./ 7.– La entrega del capital del préstamo por el prestamista constituye la prestación esencial cuyas características determinan la existencia del error en el caso de préstamo en divisas como el que es objeto del recurso, puesto que el capital que se entrega está referenciado a una divisa, y esa vinculación es la que provoca que el prestatario afronte unos riesgos mayores que en un préstamo ordinario, que justifican la exigencia de una información más completa./ 8.– La consecuencia de lo expuesto es que, en el contrato de préstamo bancario en dinero, el contrato haya de considerarse consumado cuando el prestamista hizo entrega del capital del préstamo al prestatario (en el préstamo objeto del litigio, más exactamente, el equivalente en euros del capital fijado en una divisa extranjera), a alguno de los prestatarios o a la persona designada por el prestatario./ 9.– Consideramos que esta doctrina (que ciertamente supone, para el supuesto de préstamos bancarios de dinero, separarse de la contenida en la sentencia de 24 de junio de 1897) se ajusta a la reciente jurisprudencia que ha modulado el art. 1301.IV del Código Civil en atención al tipo de contrato de que se trate [contrato de seguro de vida unit linked, sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 608); contrato de arrendamiento de inmueble, sentencia 339/2016, de 24 de mayo (RJ 2016, 3858); contrato de swap, sentencia 89/2018, de 19 de febrero (RJ 2018, 539); contrato de adquisición de bono estructurado, sentencia 365/2019, de 26 de junio (RJ 2019, 2607), etc.]; a la jurisprudencia que ha afirmado que el contrato de préstamo bancario de dinero tiene por lo general un carácter consensual [sentencia 432/2018, de 11 de julio (RJ 2018, 2793)]; y, finalmente, supone una interpretación del art. 1301.IV del Código Civil ajustada a la realidad social del tiempo presente, en el que los contratos bancarios de préstamo, en especial cuando gozan de garantía hipotecaria, tienen una duración media muy extensa, de forma que vincular la consumación del contrato con el agotamiento de sus prestaciones provocaría una situación de eficacia claudicante del contrato prolongada durante un periodo muy extenso de tiempo, difícilmente compatible con las exigencias de la seguridad jurídica./ 10.– Es aplicable, por tanto, la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015, 608), tal como hizo la sentencia recurrida. Un préstamo

denominado en divisas, aunque no esté sometido a la normativa del mercado de valores y, en concreto, a la normativa MiFID, es un contrato que presenta una especial complejidad, pues la referencia a una divisa para fijar el importe en euros de las cuotas periódicas y del capital pendiente de amortizar, determina no solo la fluctuación de la cuota del préstamo, que puede ser muy importante, sino también la posibilidad de que pese a pagar puntualmente tales cuotas, el equivalente en euros del capital pendiente de amortizar por el cliente no disminuya o incluso se incremente aunque haya pasado un tiempo considerable desde que comenzó el pago de las cuotas periódicas. Por tal razón, la consumación del contrato, a los solos 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 los hechos determinantes de la existencia de dicho error o dolo./ 11.— En el presente caso, tal como ha resultado fijado en la instancia, los prestatarios tuvieron conocimiento de los hechos determinantes del error en el que basan su acción cuando la cuota mensual superó los dos mil euros y, al pedir explicaciones en el banco, se les informó de que adeudaban un capital en euros superior al que les fue entregado inicialmente. Y la demanda fue interpuesta cuando ya habían pasado más de cuatro años desde ese momento. Por tal razón, de acuerdo con lo previsto en el art. 1301.IV del Código Civil, cuando se interpuso la demanda, había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción».

- § 28 Tampoco acoge la **pretensión de anulación de un préstamo hipotecario** la *STS de 28 de septiembre de 2020* (RJ 2020, 3637). En este caso el demandante había impugnado la validez del contrato alegando **que se había concluido por medio de un representante**, su hijo, con extralimitación en el uso de sus facultades representativas, pues había actuado en su propio interés al utilizar el importe del préstamo hipotecario para refinanciar una deuda propia anterior. El TS confirma la sentencia desestimatoria de la Audiencia, por entender que no había extralimitación: «el criterio de la sentencia recurrida es compartible porque la hipoteca cuya validez se impugna fue concertada para garantizar un crédito que, en su mayor parte, se destinó a amortizar un préstamo concertado tres meses antes con otra entidad y de esta forma cancelar una hipoteca que gravaba la misma finca y cuya validez no se cuestionó en la demanda, por mucho que ahora en el recurso de casación, a la vista de la argumentación de la sentencia recurrida, se apunte que el poder se utilizó indebidamente también para constituir la primera hipoteca».
- § 29 Por último, respecto al contrato de préstamo, traemos a colación las *SSTS de 16 de julio de 2020* (Cont.-Adm.) (RJ 2020, 2508 y 2800), la *STS de 23 de julio de 2020* (Cont.-Adm.) (RJ 2020, 2507) y la *STS de 17 de septiembre de 2020* (Cont.-Adm.) (RJ 2020, 3613) que, en relación con sendas escrituras de modificación de créditos y de préstamos hipotecarios

sometidas a la Ley 2/1994, reiteran 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 habrá de comprobarse si cumplen los requisitos de inscribibilidad y de contenido «valuable» (sic) económicamente.

2.2. Descuento

§ 30 La STS de 24 de junio de 2020 (RJ 2020, 2183) determina la licitud en el cobro de unas **comisiones por devolución de efectos en el marco de un contrato de descuento**, habida cuenta de la tolerancia mostrada por el descontatario durante el periodo de duración del contrato y la tardanza en la posterior interposición de su reclamación: «la demandante mantuvo durante unos tres años y medio una relación de cuenta corriente para el descuento de efectos mercantiles con el banco demandado, durante los cuales estuvo pagando comisiones por devolución de efectos, por una cuantía elevada, sin que conste objeción o protesta alguna y, una vez finalizada esta relación, transcurrieron cinco años hasta que formuló su reclamación. Asimismo, debe tenerse en cuenta, como pone de manifiesto el banco recurrido, que la demandante no es un consumidor sino una sociedad mercantil, esto es, un empresario profesional, al que ha de presuponerse habituado a la financiación bancaria ordinaria, como puede ser a través de una póliza para la negociación de efectos. Por último, la Audiencia Provincial, por vía de presunciones, ha sentado la premisa de que las cantidades que Banco de Santander cobró a la demandante como comisiones por devolución, han sido reclamadas por la demandante a los clientes que habían devuelto los efectos».

2.3. Leasing

§ 31 Por su parte, la STS de 11 de junio de 2020 (RJ 2020, 2036) resuelve un litigio sobre un **contrato de leasing declarado nulo** aclarando las **consecuencias de tal nulidad en términos de devolución de las contraprestaciones**, pero con el descuento de las cantidades correspondientes a amortización del valor del bien que puede retener el arrendador financiero en concepto de indemnización por el uso del bien por parte del arrendatario: «En un contrato como el arrendamiento financiero sobre un bien inmueble, en que la declaración de nulidad se realiza después de varios años de duración, la consiguiente restitución de prestaciones no puede obviar que el arrendatario ha dispuesto del bien durante un tiempo y eso no se puede deshacer, sino en su caso compensar, al modo en que el art. 1303 CC prescribe que los bienes

hayan de devolverse con sus frutos./ La forma en que la Audiencia ha procedido a precisar esa compensación nos parece adecuada y razonable: la arrendataria financiera debe restituir el bien inmueble; y el arrendador financiero, en vez de restituir la totalidad de las cuotas percibidas, tan sólo ha de devolver la carga financiera, pues el resto equivale al valor económico de la disponibilidad del inmueble, y se entiende compensado por ello./ De este modo no se contradice la normativa que se dice vulnerada, en concreto los arts. 1307 y 1308 CC. En primer lugar, respecto del art. 1307 CC, porque es posible la restitución de prestaciones, en concreto del bien inmueble objeto del leasing, sin perjuicio de que deba tenerse en cuenta la necesidad de compensar la disponibilidad del bien durante el tiempo en que ha estado en poder del arrendatario financiero, con las cuotas abonadas salvo la parte correspondiente a la carga financiera, lo que limita la obligación de devolución del arrendador a esta carga financiera. Y, en segundo lugar, respecto del art. 1308 CC, porque este precepto presupone el incumplimiento de una de las partes de la obligación de restituir, lo que es ajeno a este momento del enjuiciamiento y afecta propiamente a la ejecución de la restitución de prestaciones acordada».

IV. OTRAS CUESTIONES

§ 32 En el apartado de otras cuestiones reseñamos únicamente las sentencias aparecidas en este periodo en relación con la **responsabilidad de las entidades de crédito** por aplicación de la Ley 57/1968. En este campo, la STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2019, 5391) y la STS de 7 de julio de 2020 (RJ 2019, 2307) reiteran el criterio marcado por otras anteriores de exonerar a la entidad de crédito depositaria de la responsabilidad por la devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes, si dichas cantidades se ingresan por un tercero, en concreto una sociedad mercantil, y en una cuenta de la promotora distinta de la específicamente habilitada a tal efecto, sin dar razón suficiente de que se correspondían con anticipos de compradores de viviendas protegidos por la Ley 57/1968. La segunda de las dos sentencias puntualiza que el hecho de que en dos de las transferencias a dicha cuenta aparecieran unos apellidos coincidentes con los de dos demandantes, así como las palabras «Futura», «Golf» y «Nature», relativas a las promociones inmobiliarias en cuestión, no puede determinar una declaración de responsabilidad de la entidad de crédito fundada en el art. 1-2.^a de la Ley 57/1968, ya que la ordenante era la sociedad mercantil tercera, y «no cabía exigir a CRC una labor de investigación sobre todos y cada uno de los abonos que se efectuaran en la cuenta de una promotora que, como PE, llevaba a cabo varias promociones simultáneamente».

The background features a series of parallel, light gray diagonal lines that create a sense of depth and movement. On the right side, there is a pattern of small, gray dots that appear to be scattered or falling, adding a dynamic and textured element to the design.

Noticias

