



**Crónica de
Jurisprudencia
del Tribunal
Supremo**



MERCADOS DE SEGUROS, DE CRÉDITO Y DE VALORES

NURIA LATORRE CHINER

Mercado de seguros

JAVIER VERCHER MOLL

Mercado de seguros

RAFAEL MARIMÓN DURÁ

Mercado de crédito y Mercado de valores

Revista de Derecho del Sistema Financiero 2

Julio 2021

Págs. 457–510

SUMARIO: I. MERCADO DE SEGUROS. 1. *Cláusulas limitativas*. 2. *Responsabilidad civil*. 3. *Accidente de circulación*. 4. *Deber de declaración del riesgo*. 5. *Recargo por demora*. 6. *Accidente Spanair*. 7. *Distribución de seguros*. 8. *Seguros de personas*. 9. *Seguro de defensa jurídica*. II. MERCADO DE CRÉDITO Y DE VALORES. 1. *Comercialización de productos financieros complejos*. 1.1. *Swaps sobre tipos de interés o sobre inflación*. 1.2. *Productos de inversión de carácter complejo*. 1.3. *Acciones*. 2. *Control de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. 2.1. *Aspectos generales*. 2.2. *Cláusulas de imputación de gastos*. 2.3. *Cláusulas de interés retributivo (caso especial del IRPH)*. 2.4. *Cláusulas suelo*. 2.5. *Cláusulas de conversión en préstamos multidivisa*. 2.6. *Cláusula de vencimiento anticipado*. 2.7. *Cláusulas de liquidación y cancelación en un contrato de swap*. 3. *Operaciones bancarias*. 3.1. *Operaciones bancarias activas o de financiación*. A. *Préstamo*. B. *Contratos de crédito para la adquisición de valores luego pignoralados en garantía de la devolución de la financiación*. C. *Descuento*. 3.2. *Garantías*. A. *Garantías bancarias*. B. *Garantías en las operaciones bancarias*. 4. *Otras cuestiones*. 4.1. *Responsabilidad derivada de la Ley 57/1968 por la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes de viviendas*.

I. MERCADO DE SEGUROS

En la crónica de este periodo, se reseña la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de seguros. En esta crónica en particular se abordan cuestiones sobre los principios generales del contrato de seguros. También se reseñan las últimas novedades jurisprudenciales en materia de seguros de personas y seguros de daños, así como ciertas cuestiones referidas a las obligaciones derivadas de la distribución del seguro.

1. CLÁUSULAS LIMITATIVAS

§ 1 Sobre **cláusulas limitativas** de los derechos del asegurado, la *STS de 22 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3795)* resuelve que en un seguro de transporte terrestre existía una cláusula que establecía una serie de condicionantes (lugares y horarios de estacionamiento, recinto cerrado con llave, vigilancia, etc.) a la cobertura del riesgo para el caso de robo de la mercancía. La cláusula en la que se amparó la aseguradora para denegar la indemnización **no fue expresamente aceptada** y firmada por el tomador/asegurado, por lo que es nula e inoponible.

La *STS de 8 de febrero de 2021 (RJ 2021, 617)* estima el recurso del asegurado, basado en la infracción del art. 1288 CC y en los principios de *interpretatio contra estipulatorem*, e *in dubio pro asegurado*, según los cuales, la interpretación de cláusulas oscuras o que admitan varias interpretaciones deberá realizarse en el sentido más favorable para el asegurado.

La *STS de 22 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1342)* califica de **limitativa de los derechos del asegurado** la cláusula que, después de declarar cubiertos los daños materiales causados por lluvia, excluye los producidos por lluvia inferior a 40 litros por metro cuadrado, medido durante una hora consecutiva. La cláusula restringe de forma esencial, inesperada y exorbitante el objeto del seguro (genera confusión en el asegurado, que razonablemente podía creer que estaba acogido a la cobertura del riesgo por lluvia; de forma poco transparente se incluye una condición especial que altera el contenido usual de estos contratos y las expectativas razonables del asegurado) y no es destacada ni aceptada expresamente, como exige el art. 3 LCS.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL

§ 2 Con ocasión de un seguro de **responsabilidad civil**, la *STS 20 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3846)* se discute si las prevenciones del art. 3 de la LCS se aplican o no a los seguros de **grandes riesgos**. Las cláusulas *claim made* no requieren ser destacadas y aceptadas con los requisitos del art. 3 LCS cuando se trata de un seguro de grandes riesgos, pues son ambas partes las que deciden libremente incluir dicha cláusula en la póliza y definir su alcance dentro de los límites de la autonomía de la voluntad.

En materia de **responsabilidad civil profesional**, la *STS de 5 de noviembre de 2020 (JUR 2020, 334988)* resuelve que los agentes de la propiedad inmobiliaria pueden realizar las **funciones de administradores de fincas**, de manera que su actividad está cubierta por el seguro de responsabilidad civil contratado por Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

3. ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN

§ 3 La RC derivada de un **accidente de circulación** y la indemnización que se solicita por **daños personales** son objeto de la *STS de 7 de octubre de 2020 (RJ 2020, 377 6)*, que considera «días improductivos» los que transcurren hasta que el perjudicado recibe el alta laboral, y no solo los que estuvo necesitado de andar con muletas. Los días de baja improductivos, de acuerdo con la definición de la Ley 21/07 de 11 de julio, de RCSCVM, son aquellos en que «la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual», actividad que comprende la laboral, por tratarse de una de las ocupaciones habituales de la persona.

También sobre accidentes de circulación versa la *STS de 5 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4234)*, que aplica el **factor de corrección** del 10% tanto a las secuelas como a la indemnización por los días improductivos, al tratarse de una **víctima en edad laboral** que no acredita ingresos.

Finalmente, la *STS de 16 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1202)* interpreta el **concepto de «perjudicado»** del art. 11.1 d) TRLRCSVM y concluye que tal condición se le puede atribuir a la aseguradora que, tras indemnizar los daños del asegurado perjudicado, ejerce la acción subrogatoria del art. 43 LCS contra el CCS.

4. DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO

§ 4 El **deber de declaración del riesgo** es objeto de varias sentencias en el periodo reseñado.

La *STS de 9 de diciembre de 2020 (JUR 2021, 2307)* considera ajustado a Derecho el requerimiento hecho por la DGSFP a la aseguradora DKV, instándole a modificar dos **cláusulas sobre enfermedades preexistentes** de su condicionado, por entenderlas **contrarias al art. 10 LCS**. La primera cláusula excluye «toda clase de enfermedades, lesiones, dolencias, estados o condiciones de salud preexistentes (por ejemplo, embarazo o gestación) y sus consecuencias, así como los defectos constitucionales o físico-congénitos, y los que se deriven de accidentes o enfermedades y sus secuelas que sean de origen anterior a la fecha de inclusión de cada asegurado en la póliza»; y la segunda define como «indisputabilidad de la póliza el beneficio incluido en el contrato, que surge a partir del año de su formalización o de la inclusión de nuevos asegurados, por el cual

DKV asume la cobertura de toda enfermedad preexistente, siempre que el asegurado no la conociera y no la omitiera intencionalmente en el cuestionario de salud». Para la DGSFP la primera es contraria al art. 10 LCS, pues traslada al asegurado las consecuencias de no declarar cualquier tipo de lesión o enfermedad, sin tener en cuenta la naturaleza del deber de declarar como deber de respuesta al cuestionario; y la segunda condición, que establece la indisputabilidad de un año respecto de las enfermedades preexistentes no conocidas ni sospechadas por el asegurado, también resulta contraria al artículo 10 de la LCS, ya que, puesta en relación con la primera cláusula, permitiría a la aseguradora rechazar el siniestro durante el primer año, aunque el tomador hubiera cumplido con su deber, sin mediar dolo ni culpa, ni ningún otro requisito.

La *STS de 10 de diciembre de 2020 (JUR 2021, 259)* recuerda los **aspectos del deber de declaración que son recurribles en casación**: la controversia sobre la validez del cuestionario en atención a su contenido es una cuestión jurídica sustantiva susceptible de revisión en casación, por el contrario, no puede discutirse en casación, por su naturaleza fáctica, ni la existencia de cuestionario ni si fue cumplimentado con las respuestas del tomador/asegurado, cuando ambos hechos hayan sido declarados probados por el tribunal sentenciador. En el caso de autos se estima incumplimiento del deber, no tanto porque el asegurado ocultara su enfermedad mental –sobre la que no se le preguntó específicamente–, sino porque ocultó el tratamiento y los ingresos hospitalarios, por los que sí fue preguntado y que conocía o no podía desconocer, ya que llevaba muchos años bajo supervisión médica y tomando medicación. El TS entiende, además, que el asegurado era una persona plenamente capaz, que pudo contratar por sí mismo el seguro, y resalta el contrasentido en que incurre la demandante, madre del fallecido, al alegar la incapacidad de su hijo para declarar válidamente sobre su salud y no poner en duda su capacidad para celebrar un contrato de seguro, cuya eficacia no cuestiona, ya que, con la demanda, pide su cumplimiento.

También con referencias al tipo de recurso, la *STS de 16 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4609)* declara que el de casación, y no el extraordinario por infracción procesal, es el adecuado para denunciar cuestiones jurídicas sustantivas como la revisión de la valoración jurídica del contenido de la declaración o cuestionario de salud. El TS estima, por lo demás, que no ha habido incumplimiento del deber de declaración, ya que lo **ocultado en el cuestionario** (infarto previo y patologías cardiovasculares) ante una pregunta demasiado genérica no guarda **relación con la causa del fallecimiento** (cáncer de pulmón, diagnosticado cuatro años después de contratarse el seguro). «Aunque es notoria la relación que existe entre el tabaquismo y el cáncer de pulmón, en este caso es relevante que el asegurado dejó de fumar en 2008, un año antes de firmar la póliza, y que al cumplimentarse el cuestionario no se le preguntó

sobre sus posibles antecedentes de tabaquismo, sino únicamente si en ese momento fumaba más de cuarenta cigarrillos diarios, a lo que contestó que no porque era totalmente cierto que había dejado este hábito».

Sí se estima, en cambio, que hay incumplimiento en la *STS de 25 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4796)* porque las **preguntas del cuestionario** se concretaron. La pregunta sobre el estado de salud, siendo genérica, se completó precisando que no se consideraba buen estado de salud el padecimiento de determinadas enfermedades graves, como el cáncer, la diabetes insulino dependiente o las enfermedades graves de tipo cardiovascular, a lo que el asegurado respondió negativamente pese a que padecía una grave afección de tipo vascular, que fue invocada por él mismo cuando, años antes de concertar el seguro, solicitó que se le reconociera una incapacidad.

Y también se considera incumplido el deber en la *STS de 25 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4814)* en un caso en que las sentencias de ambas instancias admiten que ciertas **preguntas** eran excesivamente **genéricas** y que algunas de las **específicas** sobre patologías concretas eran poco conducentes a que la asegurada pudiera asociarlas con sus antecedentes de cáncer de mama, ya que acotaban la incidencia de las enfermedades a un periodo de tiempo (los últimos cinco años), en el que la asegurada aparentemente ya no tenía secuelas o no era consciente de tenerlas. Sin embargo, también se le preguntó a la asegurada si estaba bajo tratamiento o seguimiento facultativo que hubiera requerido pruebas diagnósticas, como ecografías, escáneres o radiografías, y si debía consultar a un médico próximamente. Todos estos aspectos, al ser negados por la aseguradora, llevaron al TS a apreciar incumplimiento gravemente culposo del deber de declaración.

Se aprecia, finalmente, incumplimiento en la *STS de 30 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4798)*, a pesar de que el **cuestionario** era **genérico e indeterminado** y encerraba un juicio valorativo subjetivo de la asegurada. Para el TS, la apreciación de dolo que hace la sentencia recurrida se funda en la **conurrencia de elementos objetivos** del estado de salud de la asegurada que esta conocía o no podía desconocer y que, pese a la generalidad de las preguntas, podía razonablemente entender como relevantes para la valoración del riesgo. «[...] la asegurada, a la que se preguntó por el padecimiento de limitaciones físicas o enfermedades crónicas y por su estado general de salud, no hubiera debido ocultar o silenciar patologías que ella misma había percibido desde tiempo antes de firmarse la póliza como incapacitantes, dado que dificultaban su movilidad en actos tan cotidianos como subir o bajar escaleras, caminar o mantenerse de pie, de modo que tenía que ser plenamente conscientes de ellas y de su relevancia para el riesgo que estaba asegurando, ni consecuentemente hubiera debido valorar su estado de salud como bueno, dada la gravedad de

tales limitaciones físicas resultantes de enfermedades diagnosticadas y de su notoria incidencia en su vida diaria».

5. RECARGO POR DEMORA

§ 5 En materia de **recargo por demora** del art. 20 LCS, la *STS de 27 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4797)* destaca que ni el ofrecimiento rechazado por el perjudicado ni la consignación de la cantidad considerada debida por la aseguradora eximen a ésta del cumplimiento legal de la oferta motivada. Así, **discrepar sobre la cuantía de la indemnización** no discutiéndose el siniestro objeto de cobertura ni la responsabilidad de la demandada, **no es causa justificada** de demora en la obligación de indemnizar el siniestro.

Sobre esta misma materia, la *STS de 5 de octubre de 2020 (RJ 2020, 771)* analiza el caso en el cual **la perjudicada optó por no demandar a la aseguradora en vía contencioso-administrativa** cuando podía haber dirigido también la demanda contra ella conjuntamente con la Administración. Así, no es factible que discutida y fijada la responsabilidad patrimonial y la cuantía indemnizatoria en dicho orden jurisdiccional, se pretenda posteriormente promover un juicio civil para obtener exclusivamente la diferencia de los intereses legales percibidos con los establecidos en el art. 20 LCS, cuando pudieron y debieron ser reclamados con intervención de la aseguradora en la vía contencioso-administrativa, en este caso no se vulnera el art. 1140 CC pues la compañía de seguros sólo responde si también lo debe hacer la asegurada, y solo en la medida en que lo deba hacer. La aseguradora **tampoco incurrió en mora tras la sentencia**, pues elegida la vía contencioso-administrativa sin su interpelación, abonó de inmediato la cuantía a qué fue condenada su asegurada.

En la *STS de 5 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3651)* se analiza la **aplicación del art. 20 LCS** cuando la **aseguradora que presta servicios de asistencia sanitaria** es demandada por mala praxis (error de diagnóstico médico). El TS estima que, tratándose de seguros de asistencia sanitaria (no de simple reintegro de gastos médico-quirúrgicos) y existiendo una condena firme fundada en el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la aseguradora, procede aplicar el recargo por mora del art. 20 LCS, ya que el precepto «no piensa únicamente en el incumplimiento de la prestación característica e inmediata del asegurador, sino que alcanza a todas las prestaciones convenidas vinculadas al contrato de seguro de asistencia, en virtud del cual se la condena». En la sentencia se plantean dos cuestiones añadidas: la de las causas que justifican la mora del asegurador, que no acontecen en el caso de autos (no hay dudas en torno al siniestro o a su cobertura) y la del *dies a quo* del devengo de intereses, que el TS fija en el momento en que se interpuso la demanda contra la aseguradora, pues es el momento en que consta que conoció el siniestro con sus circunstancias.

La *STS de 1 de febrero de 2021 (RJ 2021, 376)* en la cual se mantiene la doctrina jurisprudencial por la cual sólo concurre causa justificada cuando la resolución judicial deviene imprescindible para **despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura**. La judicialización excluyente de la mora debe fundarse en razones convincentes que avalen la **reticencia de la compañía a liquidar** puntualmente el siniestro. Por ello, al tener el autor del daño su residencia habitual común en España, no hay causa justificativa que exonere a la asegurada del pago de los intereses del art. 20 LCS a sus herederos. La circunstancia de discrepar sobre la cuantía de la indemnización no es causa justificada de demora en la obligación de indemnizar cuando no es cuestión controvertida la realidad del siniestro, la responsabilidad del conductor demandado ni tampoco la existencia y vigencia de la cobertura.

También las *STS de 23 de febrero de 2021 (RJ 2021, 800)*, la *STS de 2 de marzo de 2021 (RJ 2021, 959)* y la *STS de 29 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1485)* destacan que la discrepancia sobre la cuantía de la indemnización no es causa legitimadora de demora. La aseguradora no sólo no ofertó indemnización alguna para liquidar el siniestro, sino que se **negó indebidamente a hacerse cargo del mismo**, desconociendo el compromiso contractual asumido.

Además, la *STS 22 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1265)* añade que, en caso de discrepancia sobre la cuantía, la aseguradora puede **consignar judicialmente la indemnización**.

6. ACCIDENTE SPANAIR

§ 6 El Tribunal Supremo resuelve de nuevo sobre el **accidente de Spanair** en la ruta Madrid-Las Palmas de Gran Canaria, en el que hubo una maniobra de despeje del avión con caída inmediata al suelo y explosión. La *STS de 14 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4694)* mantiene que es de aplicación orientativa no vinculante del **baremo de accidentes de circulación**. El carácter catastrófico del fallecimiento de un pasajero en un accidente aéreo lo hace más propenso a provocar un duelo patológico por el fallecimiento del ser querido. Procede aplicar criterios correctores en atención a las circunstancias diferentes que concurren en el transporte aéreo de pasajeros y en el aseguramiento de la responsabilidad civil de los transportistas aéreos. Es pues razonable una indemnización que resulte de la aplicación del citado baremo incrementada con un porcentaje adicional fijado en las instancias en un 50%.

Además, en cuanto a la aplicación del recargo por demora, el Tribunal Supremo mantiene que no cabe confundir el ámbito normativo comunitario y el **Convenio de Montreal** con el de la Ley del Contrato de Seguro. Dicha reglamentación se aplica a las acciones ejercitadas por el pasajero frente al transportista, no a las peculiaridades propias

de las obligaciones de las compañías aseguradoras frente al perjudicado como consecuencia de la acción directa ejercitada por éste, que se rigen por la normativa nacional aplicable. El pago por la aseguradora del anticipo regulado en el **Reglamento n.º 2027/1997** tiene una función diferente a la establecida en el art. 20.3 LCS. La existencia del siniestro era conocida por la aseguradora desde que se produjo, dada su repercusión pública, sin que cumpliera su obligación de indemnizar en el plazo fijado en aquél. La discrepancia de las partes sobre la cuantía de la indemnización, las dudas que inicialmente pudieran haber existido sobre las causas del siniestro, las propuestas de acuerdo o el ofrecimiento de pago de cantidades inferiores a las finalmente fijadas en sentencia, no pueden ser consideradas como circunstancias excepcionales que enerven el devengo de los intereses de demora.

7. DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS

§ 7 Resulta penalmente responsable el **corredor de seguros** que destina la prima recibida del tomador para otros fines. La *STS de 20 de noviembre de 2020 (Penal) (RJ 2020, 4784)* señala que existe apropiación indebida cuando un administrador de una correduría de seguros dejó de ingresar en la cuenta de la aseguradora la cantidad de 295.960 euros en concepto de prima de los asegurados, **cantidad que destinó a otros fines**, motivando que la aseguradora no quedará vinculada contractualmente con los asegurados, sin que afecte a la apropiación el que la empresa del acusado fuese declara en concurso, al haber dispuesto de las primas antes de la declaración de concurso.

8. SEGUROS DE PERSONAS

§ 8 Resulta transcendental la determinación de la **persona beneficiaria** en materia de seguro colectivo, debido a la distinta calificación jurídica que tiene el matrimonio y la pareja de hecho, en este sentido, la *STS de 25 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4799)* señala que el asegurado y la demandante **no contrajeron matrimonio** pero convivían *more uxorio* como esposos desde 14 años antes de la producción del siniestro, percibiendo ella la pensión de viudedad. Por lo que existe una **intención inequívoca de vivir juntos** sujeta a la reglamentación de las **parejas de hecho** al estar inscritos en el Registro correspondiente. Aceptación por el asegurado federado de las condiciones de la póliza, entre ellas la preferencia del cónyuge como beneficiario de la indemnización objeto de cobertura para el caso de fallecimiento, con preferencia sobre sus padres.

Por otro lado, además, en cuanto a los **gastos** de traslado del cadáver y gastos de funeraria y cremación, el traslado figura incluido como gasto en la póliza, entrando en contradicción con la garantía de fallecimiento

en la que aparece que deberán descontarse del capital asegurado todos los gastos derivados del accidente, como médicos, traslado, rescates etc. Ello ha provocado una **contradicción propiciada por la aseguradora** que es quien ha redactado el clausulado contractual y asumirá ese gasto por aplicación del art. 1.288 CC que recoge la interpretación *contra proferentem* (contra el proponente). Así los gastos de funeraria propios de un seguro de decesos no aparecen cubiertos en la póliza, por lo que no existe derecho de cobro sobre ellos.

En el caso que da lugar a la *STS de 17 de febrero de 2021 (RJ 2021, 812)* el asegurado de un **seguro colectivo de vida reclama la vigencia del contrato** al considerar que es un seguro de vida entera y no de extinción temporal a los 65 años, como pretende la aseguradora. Se desestima el recurso de infracción procesal que se interpone por incongruencia de la sentencia con la causa de pedir. La razón del rechazo es que el hecho controvertido es si el contrato es temporal o de vida entera y no, como pretende el asegurado, la constatación de que no se le entregaron las condiciones generales que fijaban la duración temporal de la cobertura. La circunstancia de que no constase la efectiva entrega de dicha póliza al asegurado podría fundamentar una acción de anulabilidad por error, pero no implica la estimación de la acción de cumplimiento del contrato, que era la que realmente se ejercitaba, como razonó correctamente la Audiencia. Tampoco se entiende que hubiera una interpretación irracional de la prueba, pues la sentencia recurrida no dice que le fuera entregada al actor información sobre la vigencia temporal del seguro, sino que la póliza se concertó bajo la modalidad de duración temporal hasta que los asegurados cumplieran los 65 años de edad. En cuanto a los motivos de casación, no consta que se entregara al demandante un extracto de condiciones generales en las que figurara que el contrato se extinguía al cumplir los 65 años, así que, en palabras del TS, el proceso se circunscribe «a determinar las consecuencias de dicho déficit de información, y si el mismo puede transmutar la naturaleza de la modalidad de seguro contratado con carácter temporal para darle el tratamiento jurídico de otro de vida entera». La jurisprudencia (27 de julio de 2006, en recurso 2294/1999; 1058/2007, de 18 de octubre; 516/2009, de 15 de julio; 541/2016, de 14 de septiembre y 555/2019, de 22 de octubre) reconoce la inoponibilidad de las cláusulas no informadas al adherente, especialmente las limitativas. Pero la fijación de la duración temporal del seguro suscrito no conforma una condición limitativa, sino delimitadora del riesgo. El recuso se desestima.

La *STS de 22 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1268)* analiza un caso de **prescripción (*dies a quo*) de 5 años para reclamar el cumplimiento de un contrato de seguro de amortización de préstamo** cuya contingencia era la invalidez absoluta y permanente para todo trabajo. La **resolución administrativa del INSS** se comunicó al asegurado el 14 de mayo de 2010 (se señala un plazo para recurrir la resolución de 30 días, transcurridos los

cuales la resolución deviene firme) y este reclama a la aseguradora el 8 de junio de 2015. En la resolución del INSS constaba que la calificación de la situación laboral podía ser revisada a partir del 1 de septiembre de 2011. Esta circunstancia es alegada por la aseguradora en su contestación a la demanda: sostiene que el asegurado acompaña a su demanda la resolución de confirmación de su situación laboral de 4 de noviembre de 2011, así como de 29 de abril de 2013, con posibilidad de nueva revisión en septiembre de 2014. Esta última no es aportada y la aseguradora lo considera un dato crucial para saber con certeza el grado de incapacidad del actor y la existencia del siniestro objeto de cobertura. Considerando estas alegaciones, el TS estima que la aseguradora actúa contradictoriamente, pues da valor a la resolución administrativa de 14 de mayo de 2010 a efectos de la prescripción, pero se la niega como elemento de convicción para acreditar la situación laboral objeto de cobertura. Para el TS, la contradicción de la aseguradora «determina, en el contexto expuesto, que se deba aceptar la tesis del recurso, en tanto en cuanto postula, al menos, como día inicial del plazo de la prescripción, el de la firmeza de la resolución administrativa, y no la fecha de la notificación de la misma».

La STS de 1 de marzo de 2021 (RJ 2021, 916) aprecia **dolo en la contestación al cuestionario** de un seguro de vida, al ocultar enfermedad crónica (infección por VIH en un estadio C3 compatible con SIDA) y tratamiento médico continuado, cuando las preguntas del cuestionario fueron claras, concretas y objetivamente conducentes a que el asegurado pudiera representarse sin dificultad a qué antecedentes de salud se refería la aseguradora.

9. SEGURO DE DEFENSA JURÍDICA

§ 9 Sobre el **seguro de defensa jurídica**, la STS de 24 de febrero de 2021 (RJ 2021, 445) resuelve que la cláusula que delimita cuantitativamente el objeto asegurado, aunque en principio pueda calificarse como delimitadora del riesgo, puede considerarse como limitativa de derechos e incluso lesiva si fija unos **límites notoriamente insuficientes** en relación con la cuantía cubierta por el seguro de responsabilidad civil. La cobertura de la defensa jurídica de los intereses frente a terceros no es la del art. 74 LCS sino la propia de un contrato de defensa jurídica. Ante el abanico de posibles pretensiones que pudieran ejercitarse en defensa de los intereses del asegurado en caso de siniestro, **la cuantía de 600 euros fijada en la cláusula resulta lesiva**, pues impediría ejercer el derecho a la libre elección de abogado y/o procurador, al no guardar ninguna proporción con los costes de la defensa jurídica. Si se tienen en consideración los criterios orientadores del Colegio de Abogados de la localidad en la que se firmó el contrato de seguro, la póliza creaba la apariencia de una cobertura suficiente que al mismo tiempo quedaba vacía de contenido por la cuantía máxima señalada.

II. MERCADO DE CRÉDITO Y DE VALORES

En la presente sección de la Crónica se traen a colación las sentencias aparecidas en un periodo de medio año que abarca desde octubre de 2020 hasta marzo de 2021 y en ella se sigue la estructura básica que se ha utilizado en los dos números anteriores de la Revista, agrupándose las sentencias en las mismas categorías o tópicos. Así, comenzamos la sección 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. Luego destacaremos otros temas que han ocasionado menor litigiosidad.

En esta ocasión el foco de interés se centra en varios aspectos concretos dentro del análisis de las cláusulas abusivas y/o no transparentes: la temática relativa a la transacción entre el banco y el prestatario para rebajar el umbral de interés en la cláusula suelo, la transparencia de las cláusulas de fijación del IRPH como tipo de referencia, el análisis de los diversos sistemas de amortización de los préstamos hipotecarios o el cambio de algunos criterios anteriormente seguidos por su carácter incompatible con el principio de efectividad del Derecho europeo, en punto a la condena al pago de las costas judiciales en aplicación estricta del principio del vencimiento y lo relativo a la exoneración de los gastos de gestoría y tasación para el prestatario en ausencia de norma específica que le imponga su pago. Además, el TS ha consolidado en este periodo su criterio acerca 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.

Para confeccionar la sección en esta ocasión se han consultado y reseñado 208 sentencias, 14 de ellas del Pleno de la Sala I.¹

1. 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 en 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

1. Esta crónica se enmarca en el 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.

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 los precedentes, 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. Junto a las mismas ha aparecido en este periodo una nueva sentencia en relación a la venta de acciones de Bankia.

1.1. Swaps sobre tipos de interés o sobre inflación

§ 10 En materia de **swaps sobre tipos de interés** declaran la **nulidad del contrato**, aplicando la doctrina general, las SSTS de 14 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3774, 3777, 3780, 3783, 5202 y 5366), la STS de 19 de octubre de 2020 (RJ 2020, 5225), la STS de 20 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3818), la STS de 10 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4207), las SSTS de 11 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4604 y 4611), la STS de 16 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4606), las SSTS de 17 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4607 y 4613), la STS de 18 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 5821), las SSTS de 25 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4684, 4687, 5304 y 5306) –la última de ellas en demanda reconventional–, las SSTS de 11 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5427, 5434 y 5436), las SSTS de 18 de enero de 2021 (RJ 2021, 109 y 249), la STS de 19 de enero de 2021 (RJ 2021, 104), la STS de 21 de enero de 2021 (RJ 2021, 98), la STS de 1 de febrero de 2021 (RJ 2021, 355), las SSTS de 8 de febrero de 2021 (RJ 2021, 330, 413, 421 y 962), y la STS de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021, 965).

La STS de 11 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5427) enjuicia un caso típico de comercialización irregular de una permuta financiera sobre tipos de interés, que se resuelve aplicando la doctrina general emanada del TS sobre la materia: «El banco no ha acreditado que proporcionara a los demandantes la información necesaria sobre la naturaleza y riesgos propios del producto que iban a contratar para que pudieran prestar un consentimiento cabal e informado, sin que la información contenida en el folleto y en el propio contrato sea suficiente para cumplir el estándar de información requerido por la jurisprudencia de esta sala./ En particular, la información referida al coste real para los clientes si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia y la información referida al coste de cancelación anticipada son datos esenciales por lo que se refiere a los riesgos que comporta la suscripción de un derivado implícito./ En el caso no consta tampoco que se explicaran las consecuencias que las amortizaciones tendrían en el cálculo de un nuevo interés fijo ni los costes de cancelación

que debían asumir los clientes para amortizar antes de la finalización del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre la entidad financiera. Las alegaciones de la demandada de que les hubiera bastado con leer el contrato, o que la información referida al coste de cancelación no es esencial y determinante de la existencia de error no se acomoda a la doctrina expuesta de la sala, conforme a la cual el coste de cancelación de los contratos de swap constituye un elemento esencial del contrato y el déficit de información sobre el mismo propicia el error excusable. El error sobre los eventuales riesgos del producto y sobre la onerosidad del coste de cancelación afecta a elementos esenciales y es relevante./ Por otra parte, las amortizaciones parciales que realizaron los demandantes y que conllevaron la cancelación parcial del intercambio con su correspondiente coste de cancelación, no suponen la confirmación del contrato, pues no habiendo sido debidamente informados en el momento en que lo suscribieron se mantuvieron en su incompreensión sobre el funcionamiento del contrato y, si bien trataron de minimizar los daños amortizando mensualmente, finalmente se encontraron con que debían abonar la cantidad resultante de la “cuenta contable” en la que se depositaban las liquidaciones de los intercambios que no hubieran sido satisfechas./ La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap es la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos».

Por su parte, la STS de 10 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4207) considera insuficientes las hipotéticas «simulaciones» sobre la evolución de los tipos de interés, que afirmaba haber practicado el banco, para informar a su cliente: «Se dice, que se efectuaron simulaciones; sin embargo, las aportadas como documento 5 de la demanda, consisten en la simple indicación de las características de unos concretos swaps, con especificación del tipo fijo y obligación de pagar por el cliente bancario, el tipo variable con el derecho a cobrar del banco, y el diferencial existente, con una duración de cinco y tres años, así como las primas que se devengarían en el supuesto de contratar un CAP./ Desde luego, no cabe considerar a dichos documentos como auténticas simulaciones, en que se reseñen las cantidades a pagar o cobrar, por el cliente, en concretos escenarios hipotéticos de evolución de los intereses tomados como referencia, sobre una determinada cantidad nocional, para que la actora pudiera comprender el efectivo funcionamiento del producto financiero litigioso, la carga jurídica y económica que asumía, así como los riesgos que se generaban con su correlativa cuantificación simulada».

- § 11 En la mayoría de estos litigios 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 ser consciente de que el contrato podía ocasionarle determinadas pérdidas patrimoniales. En muchos de estos casos la sentencia 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 y seguido por todas las posteriores. En caso de **concatenación de swaps**, en que los posteriores sustituyen o suceden a los anteriores, se estima que hay una unidad comercial que retrasa el inicio del cómputo del plazo a la total consumación de la última de las operaciones: «En cuanto al encadenamiento de los contratos, derivado de la previa existencia de un contrato de swap, debemos declarar que ambos forman parte de 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» (*STS de 16 de noviembre de 2020 [Civil] [RJ 2020, 4606]*).

En relación con ello, se suscita la cuestión de si el TS, tras corregir el criterio aplicado por la Audiencia, ha de asumir la función de instancia y pronunciarse acerca de la nulidad solicitada o bien debe devolver las actuaciones para que sea ésta la que proceda a enjuiciar los autos. Como ya hemos indicado en números anteriores 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 se decanta por devolver las actuaciones a la Audiencia para no privar al juicio de una doble instancia en la que se pueda valorar adecuadamente la prueba. Por la primera opción se decantan, en este periodo, las *SSTS de 14 de octubre de 2020* (RJ 2020, 3774, 3777 y 3783), la *STS de 20 de octubre de 2020* (RJ 2020, 3818), la *STS de 10 de noviembre de 2020* (RJ 2020, 4207), la *STS de 11 de noviembre de 2020* (RJ 2020, 4611), la *STS de 18 de noviembre de 2020* (RJ 2020, 5821), las *SSTS de 25 de noviembre de 2020* (RJ 2020, 4684, 4687, 5304 y 5306), las *SSTS de 11 de diciembre de 2020* (RJ 2020, 5427 y 5434), las *SSTS de 18 de enero de 2021* (RJ 2021, 109 y 249) y las *SSTS de 8 de febrero de 2021* (RJ 2021, 413, 421 y 962), en todos los casos con apoyo en la sentencia estimatoria de primera instancia, que se confirma. La segunda opción es la que escogen, en cambio, las *SSTS de 14 de octubre de 2020* (RJ 2020, 3780 y 5202), la *STS de 19 de octubre de 2020* (RJ 2020, 5225), la *STS de 11 de noviembre de 2020* (RJ 2020, 4604), la *STS de 16 de noviembre de 2020* (RJ 2020, 4606), las *SSTS de 17 de noviembre de 2020* (RJ 2020, 4607 y 4613), la *STS de 11 de diciembre de 2020* (RJ 2020, 5436) y la *STS de 8 de febrero de 2021* (RJ 2021, 330), a pesar de que en casi todos estos casos el TS contaba asimismo con sendas sentencias estimatorias de primera instancia.

En varias de las sentencias se fundamenta esta decisión en que «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».

De especial interés resulta la *STS de 14 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3783)*, que, en un caso de tres swaps concatenados, estima la acción principal de nulidad en relación con el tercero de ellos, respecto al cual no se había producido la caducidad de la acción, y la subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de los deberes de información precontractual en relación con los dos anteriores. El TS acoge, de este modo, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia de la Audiencia que había liquidado la cuestión apreciando la caducidad de la acción de nulidad, con revocación de la estimatoria de primera instancia, sin entrar a valorar la viabilidad de la pretensión subsidiaria, incurriendo con ello en incongruencia «*citra petita*». Respecto al recurso por infracción procesal declara el alto Tribunal lo siguiente: «Es jurisprudencia reiterada de esta sala la que sostiene que, cuando en la sentencia de primera instancia se ha estimado una pretensión y no se han examinado las demás igualmente ejercitadas, apelada por el demandado y estimada la apelación, el tribunal de segunda instancia debe entrar a conocer de las otras pretensiones no resueltas por la sentencia de primera instancia. (...) Desestimada la acción principal, la competencia del Tribunal de apelación se extendía al examen de la acción subsidiaria ejercitada. Al no haberlo hecho así, la Audiencia Provincial incurrió en la incongruencia denunciada con infracción de lo normado en el art. 218.1 LEC».

Entrando a desempeñar las funciones de instancia, ya en el marco del recurso de casación, el TS considera probada la existencia del daño, que legitima la estimación de la acción de indemnización respecto a los dos primeros swaps contratados: «Swaps que, además, fueron cancelados, por consejo e iniciativa del banco, para proceder a la contratación de otros nuevos, que sustituyeron a los precedentes, y que causaron mayores perjuicios económicos a los intereses de la entidad demandante; todo ello, sin cumplida justificación de la razón por mor de la cual, cuando se estaban produciendo liquidaciones positivas (primer swap), se cancela anticipadamente con un cargo negativo, que hace perder todo lo ganado durante el iter contractual, para proceder acto seguido, sin solución de continuidad, a recomendar la contratación de otros dos swap de distinta clase, cada vez más perjudiciales para los intereses de la demandante, que además tuvo que asumir el coste de la cancelación anticipada, lo que permite cuestionar fueran realmente valorados los intereses del cliente en el conflicto existente entre las partes litigiosas y no exclusivamente los del banco. (...) Procede, por consiguiente, acoger este motivo del recurso interpuesto y, asumiendo la instancia, estimar la demanda con respecto

a la acción de daños y perjuicios ejercitada al amparo del art. 1101 del CC, con la correlativa condena a la demandada a indemnizar a la actora por el perjuicio patrimonial sufrido, al concurrir clara relación de causalidad entre la falta de información y el daño patrimonial reclamado. Todo ello, con respecto los dos primeros swaps y aplicación de los intereses legales de los arts. 1100, 1101 y 1108 del CC, de la manera solicitada desde el emplazamiento para contestar».

En lo atinente al tercer swap, el TS aplica la doctrina general en algunos de los puntos que conviene recordar. Así, en relación con la **existencia de asesoramiento**: «para que exista asesoramiento no es requisito la celebración de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por los clientes y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición».

En referencia a la caducidad de la acción de nulidad en supuestos de **swaps concatenados**: «en los supuestos de encadenamiento de swaps, cuando uno de ellos es renovación del anterior, operando como antecedente necesario de la contratación del segundo, cabe reputarlos como un único negocio jurídico». Si bien, en este caso, la caducidad discutida era la atinente a la impugnación del tercero de los swaps, único cuya nulidad se acaba declarando: «En el presente caso, nos encontramos ante un contrato complejo, aleatorio y de riesgo, que exige la obligación activa del banco de suministrar a la demandante una cumplida información sobre el funcionamiento y riesgos del tercero de los contratos de swaps celebrados, sin que podamos considerar que los conociera con el argumento de que había contratado los dos anteriores, con respecto a los cuales hemos declarado el incumplimiento del deber de informar, derivado de la relación jurídica de asesoramiento existente entre las entidades litigantes».

Sobre los **conocimientos necesarios para entender el funcionamiento del swap** y los riesgos que representa: «el hecho de que la cliente sea una sociedad mercantil y que el administrador tenga cargos en otras sociedades, no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el swap, no es la de un simple empresario sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos. No bastan pues con los conocimientos usuales del mundo de la empresa».

En relación con el carácter activo de la obligación de informar del banco: «se ha declarado, que el deber de información que compete a la entidad demandada constituye una obligación activa y no de mera disponibilidad. No corresponde, por lo tanto, a los clientes bancarios averiguar las

cuestiones relevantes en la materia, buscar por su cuenta asesoramiento técnico y formular las correspondientes preguntas; pues quienes carecen de dichos conocimientos expertos en el mercado de valores, como el legal representante de la demandante en este proceso, difícilmente pueden tomar constancia de qué concretos datos han de requerir al profesional para evaluar el producto, que en este caso resultó nefasto para sus intereses, y formar un consentimiento consciente y libre».

Y, finalmente, sobre la **carga de la prueba** del cumplimiento de estos deberes: «Es, en cualquier caso, a la entidad financiera demandada a quien corresponde la carga de la prueba sobre la información dispensada. Ello por sendas razones: primera porque, al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento; y, segunda, por el juego del principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano demostrar que dicha información fue efectivamente suministrada».

- § 12 En cambio, la *STS de 14 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3784)* **desestima la concurrencia de error invalidante** en un supuesto en que la demandante era una sociedad mercantil, que no era una empresa de escasa relevancia, sino que contaba con 50 empleados y unas ventas de 9.000.000 euros, y la contratación se produjo en el marco de la compra de suelo industrial por importe de 3.300.000 euros. Además, el interlocutor que actuó en nombre de la sociedad era la persona encargada de la dirección financiera y responsable de administración y finanzas, de la que cabía suponer un gran conocimiento en materia económica y la capacidad para valorar el contrato. Por otra parte, de la testifical del indicado interlocutor se desprendía que el banco le informó de la posibilidad de liquidaciones positivas y negativas.
- § 13 También estiman la acción de **indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de información precontractual en el marco de sendos contratos de swap**, la *STS de 16 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3794)*, las *SSTS de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4583 y 4219)*, la *STS de 24 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4819)*, las *SSTS de 8 de febrero de 2021 (RJ 2021, 410 y 606)* y, en relación con la figura semejante del **préstamo con derivado implícito**, la *STS de 17 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4608)*. En la primera de estas sentencias se afirma que la información a prestar por banco no es la de carácter básico: «no basta con una información precontractual “básica”, sino que la información debe ser completa sobre los riesgos, precisa, suficiente, entregada con antelación para que el cliente pueda tomar su decisión, haciendo hincapié en los riesgos de la operación. Si no es así, el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas en el marco de una relación de asesoramiento prestado por la entidad de servicios financieros que ofrece un producto como el litigioso a la vista del perfil e intereses de los clientes puede

dar lugar a responsabilidad cuando las pérdidas son consecuencia de una relación de asesoramiento que propició la contratación del producto financiero». El tribunal considera que en este caso no se dio tal información, causándose un daño al cliente que procede resarcir: «El incumplimiento de los deberes legales que incumbían a la demandada en la comercialización del swap, en el marco de la relación de asesoramiento que ligaba a las partes, propició una contratación que reportó a María Teresa Sagarra Alberdi S.L. un perjuicio representado por el saldo neto negativo de las liquidaciones practicadas (es decir, descontando de las liquidaciones negativas las positivas recibidas), cuya cuantificación se determinará en ejecución de sentencia. Esa cantidad devengará intereses desde la interposición de la demanda, en atención a que la acción estimada es la de indemnización de daños y perjuicios y estos se han identificado con el saldo neto final de las liquidaciones».

Por su parte, la *STS de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4219)*, afirma que «[p]ara romper dicha relación de causalidad, la parte demandada, obligada legalmente a la prestación de la información con antelación suficiente (art. 79 bis LMV), tendría que haber probado que, pese a no haber ofrecido esa información, el cliente conocía los riesgos del producto».

- § 14 Por otra parte, la *STS de 23 de octubre de 2020 (RJ 2020, 4178)*, la *STS de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4583)*, esta segunda en *obiter dictum*, la *STS de 16 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4606)* y la *STS de 24 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4819)* y la *STS de 8 de febrero de 2021 (RJ 2021, 410)*, también en *obiter*, reiteran la doctrina ya muy consolidada en el Tribunal Supremo acerca de la **imposibilidad de fundamentar una acción de resolución del contrato de swap basada en el incumplimiento de las obligaciones de información precontractual**, porque el incumplimiento resolutorio ha de venir referido a las obligaciones que derivan del contrato ya existente. Ello no impide plantear otro tipo de acciones como la de indemnización de daños y perjuicios, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Hace lo propio la *STS de 8 de febrero de 2021 (RJ 2021, 958)*, en relación con la pretensión de **nulidad radical o de pleno derecho** por infracción de ley, en este caso como causa de inadmisión.

1.2. Productos de inversión de carácter complejo

- § 15 En un segundo grupo damos noticia de las sentencias sobre adquisición de **participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, depósitos y bonos estructurados, bonos necesariamente convertibles** y otros productos de carácter complejo. En este periodo se decantan por la declaración de nulidad por vicio del consentimiento la *STS de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020, 4164)*, la *STS de 25 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4690)*, la *STS de 11 de diciembre de 2020*

(RJ 2020, 4341), la STS de 5 de febrero de 2021 (RJ 2021, 407), la STS de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021, 636), la STS de 15 de febrero de 2021 (RJ 2021, 457), la STS de 15 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1182) y las SSTs de 16 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1208, 1212 y 1272).

La STS de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020, 4164) y la STS de 25 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4690) enjuician sendos supuestos en que las adquirentes eran socias cooperativistas de la entidad emisora, que por ello contaban con cierta información sobre sus emisiones de valores. En uno de los casos, la socia había asistido a la asamblea que las aprobó. Pero estos hechos, a juicio del Tribunal, no implican que las suscriptoras hubieran adquirido un conocimiento suficiente acerca de las características de las **obligaciones subordinadas**, en particular de su carácter perpetuo. Además, en la primera de las dos sentencias la obligacionista había rellenado un test de idoneidad en que había expresado que quería obtener el reembolso de la inversión en un plazo breve, de entre uno y tres años, siendo su perfil el propio de un inversor conservador, todo lo cual se compadecía mal con la adquisición de los productos financieros complejos en cuestión.

Por su parte, la STS de 5 de febrero de 2021 (RJ 2021, 407), la STS de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021, 636), la STS de 15 de febrero de 2021 (RJ 2021, 457) y la STS de 16 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1272) aclaran que la dedicación o cualificación profesional de los suscriptores de los productos, un registrador de la propiedad, dos administradores de sendas sociedades mercantiles y un ingeniero industrial, no determina sus conocimientos en materia de inversiones financieras a los efectos de calificar como inexcusable el error en que incurrieron. En relación con esto, la STS de 15 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1182) enjuicia un supuesto de libro en que la contratante era pensionista, de más de ochenta años, sin especial cualificación ni profesión, clasificada como minorista por la propia entidad y de perfil conservador, que solo había contratado con anterioridad depósitos a plazo.

- § 16 En relación con el **inicio del cómputo del plazo de la acción**, la STS de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020, 4164) considera que no se produce con la asistencia de la adquirente de **las obligaciones subordinadas** a la junta de la sociedad cooperativa emisora, como había entendido la Audiencia, acogiendo la tesis de la demandada, sino posteriormente cuando AIAF decidió suspender la cotización de dichos valores. Eso hizo que no se considerara caducada la acción cuando se interpuso la demanda tres años después.

En relación con la adquisición de unas **preferentes**, la STS de 16 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1212) considera que el inicio del plazo de caducidad no puede producirse en el momento en que el preferentista emitió dos órdenes de venta, a pesar de que dichas órdenes tardaron un mes en poder ejecutarse, por cuanto el resultado de la

liquidación fue positivo, lo cual impidió al cliente advertir del riesgo de pérdida que soportaba.

La *STS de 16 de marzo de 2021* (RJ 2021, 1272), en referencia a la adquisición de unos **bonos necesariamente convertibles**, siguiendo la estela de la *STS de 17 de junio de 2026* y la *STS 22 de junio de 2020* –habría que añadir también la *STS de 5 de febrero de 2021* (RJ 2021, 407), correspondiente a este periodo–, sitúa el inicio del cómputo del plazo en el momento de la conversión en acciones, que permitió al bonista advertir el carácter arriesgado de la operación: «Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas. Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se valorarán las acciones que se cambiarán, puesto que, según cual sea este precio, se recibirá más o menos capital en acciones». Y la *STS de 9 de febrero de 2021* (RJ 2021, 636) recuerda que, según el criterio establecido por el TS en Sentencias como la de 19 de febrero de 2018 o 9 de julio de 2019, en los **bonos estructurados** en 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, la consumación no puede considerarse producida con la suscripción del producto, a diferencia de lo que ocurre con las participaciones preferentes o las obligaciones subordinadas, sino más bien con el vencimiento, de igual forma que sucede con los contratos de swap.

Por su parte, la *STS de 4 de noviembre de 2020* (RJ 2020, 4171) entiende que el cliente tuvo ocasión de conocer la naturaleza del producto en el momento en que solicitó información acerca de los contratos de adquisición de sus productos y la obtuvo del banco comercializador por medio de un correo electrónico, junto con un documento en que se especificaban sus características y riesgos. Esto propició que la acción hubiera caducado cuando interpuso la demanda de nulidad, seis años después. También considera caducada la acción la *STS de 23 de noviembre de 2020* (RJ 2020, 4685) en relación con la adquisición de unos productos estructurados y de unas participaciones de un fondo de inversión gestionado por

un *hedge fund*, al haber planteado el cliente su solicitud de diligencias preliminares transcurridos más de cuatro años desde que tuvo conocimiento de la drástica reducción de la cantidad invertida, al contestar una advertencia escrita del banco en ese sentido.

- § 17 Por lo que se refiere al problema de la **legitimación pasiva** en las acciones de nulidad, la *STS de 13 de noviembre de 2020* (RJ 2020, 4575) 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*, la *STS de 15 de junio de 2020*, la *STS de 1 de julio de 2020* o la *STS de 7 de julio de 2020*, analizadas en el número anterior, y siguiendo otros pronunciamientos previos 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. Tras afirmar la legitimación pasiva, en los casos reseñados se decide no entrar en el fondo del asunto, con devolución de los autos al tribunal de apelación, al no haber existido ningún pronunciamiento previo al respecto en las sentencias de instancia.

También en relación con la legitimación pasiva la *STS de 15 de marzo de 2021* (RJ 2021, 1182) reitera el criterio del TS de considerar que la ostenta una entidad bancaria que comercializa a sus clientes un producto de inversión cuando estos ejercitan contra aquella una acción de nulidad y piden la restitución de lo que invirtieron.

- § 18 En cuanto a las **consecuencias de la declaración de nulidad**, la *STS de 9 de febrero de 2021* (RJ 2021, 636) y la *STS de 16 de marzo de 2021* (RJ 2021, 1208) recuerdan que no consiste en la indemnización del daño sufrido por el cliente, sino en la **devolución de las contraprestaciones recíprocas**, incrementadas con el interés devengado desde el momento en que se produjeron, como se desprende de los arts. 1.295.1 y 1.303 CC.

- § 19 Por su parte, estiman la **acción de responsabilidad** derivada del incumplimiento de las obligaciones propias de un correcto asesoramiento, las *SSTS de 13 de octubre de 2020* (RJ 2020, 3779 y 3801), la *STS de 15 de octubre de 2020* (RJ 2020, 3791), las *SSTS de 4 de noviembre de 2020* (RJ 2020, 4168 y 4177), la *STS de 5 de noviembre de 2020* (RJ 2020, 4163), las *SSTS de 12 de noviembre de 2020* (RJ 2020, 4241 y 4255), las *SSTS de 1 de diciembre de 2020* (RJ 2020, 4829), las *SSTS de 10 de diciembre de 2020* (RJ 2020, 4875 y 4889 y JUR 2021, 33056), la *STS de 29 de diciembre de 2020* (RJ 2020, 5063), la *STS de 9 de febrero de 2021* (RJ 2021, 412), la *STS de 15 de febrero de 2021* (RJ 2021, 411), las *SSTS de 4 de marzo de 2021* (RJ 2021, 918 y 919) y la *STS de 31 de marzo de 2021* (RJ 2021, 1486).

En estas resoluciones 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 con su posterior venta.** La cantidad resultante devengará a favor del damnificado el interés legal, desde el momento de la interpelación judicial (art. 1.108 CC). 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 6 de octubre de 2020 [RJ 2020, 3544 y 3636], STS de 5 de noviembre de 2020 [RJ 2020, 4176], SSTS de 12 de noviembre de 2020 [RJ 2020, 4208 y 4214], SSTS de 1 de diciembre de 2020 [RJ 2020, 4818 y 4824], STS de 10 de diciembre de 2020 [RJ 2020, 4838], STS de 29 de diciembre de 2020 [RJ 2020, 5067], STS de 9 de febrero de 2021 [RJ 2021, 444] y STS de 31 de marzo de 2021 [RJ 2021, 1396]).

Por su parte, la STS de 15 de febrero de 2021 (RJ 2021, 411) considera **improcedente la indemnización por lucro cesante** solicitada por el demandante, al no haber acreditado éste que la entidad demandada le hiciera esperar un determinado rendimiento de su inversión.

1.3. Acciones

§ 20 El Caso de la OPS de Bankia sigue dando algunos coletazos. La STS de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4232) confirma que el **dies a quo del plazo de caducidad de la acción de nulidad por vicios del consentimiento** ha de fijarse en el 25 de mayo de 2012: «En un caso de salida a cotización oficial, el valor de la acción tiene que ver con el valor de la compañía que la emite. Por ello, si el dies a quo debe ser aquel en que el comprador pudo apercibirse de su error, en este caso, es claramente el 25 de mayo de 2012, fecha en que se reformularon las cuentas de Bankia, se suspendió su cotización en Bolsa y la entidad solicitó una inyección de capital de 19.000 millones de euros./ Momento que podemos identificar como el de inicio del cómputo del plazo de caducidad, a efectos del art. 1301.IV CC, que es cuando se produjo en el desarrollo de la relación contractual un acontecimiento que permitió la comprensión real de las características y riesgos del producto que se había adquirido mediante un consentimiento viciado».

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

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

ahora a abordar el otro gran grupo de casos, relacionados esta vez 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 los números anteriores se ha mantenido en la parte final de 2020 y los primeros meses de 2021 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. Como se ha indicado antes, es en este punto en el que han aparecido las sentencias más interesantes del periodo, algunas de las cuales incluso se han separado de criterios previos muy consolidados.

2.1. Aspectos generales

§ 21 Comenzamos reseñando la *STS de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4576)*, que enuncia los criterios que ha ido generando el TS en relación con la **posibilidad de calificar como consumidores a las personas vinculadas con una sociedad y a sus cónyuges**, a los efectos de poder instar la aplicación de los controles de abusividad y transparencia material para impugnar determinadas cláusulas contractuales.

En este caso la cláusula impugnada era aquella por la que se determinaba el **carácter solidario de la fianza** acordada en el marco de un contrato de descuento. De resoluciones precedentes el TS extrae las siguientes reglas: «a) Cuando el fiador es administrador o gerente de la persona jurídica deudora principal no puede tener la condición de consumidor, porque tiene vinculación funcional con dicha persona jurídica y, por tanto, con la operación financiera o crediticia; b) Si el fiador tiene una participación significativa en la sociedad deudora, también tiene vinculación funcional y no puede ser consumidor; c) Cuando el fiador es cónyuge en régimen de gananciales del deudor principal, tampoco es consumidor, porque responde de las deudas comunes y puede que participe de los beneficios de la sociedad en forma de dividendos, lo que supone vinculación funcional con la sociedad mercantil; d) Cuando el fiador persona física no tiene cargo orgánico o societario alguno que le vincule con la sociedad deudora, no tiene una participación significativa en dicha sociedad, no responde de las deudas de su cónyuge en régimen de separación de bienes y no desempeña actividad profesional relacionada con la operación afianzada, sí puede tener la cualidad legal de consumidor». En el caso en cuestión, los cónyuges de socios y administradores, garantes de la sociedad, podrían haber entrado bajo la cobertura del TRLGCU, habida cuenta de que se encontraban casados en régimen de separación de bienes. Sin embargo, la

sentencia de instancia no había declarado abusiva la cláusula relativa al afianzamiento, con lo cual el reconocimiento de la condición de consumidor carecía de efecto útil para los demandantes.

- § 22 La STS de 19 de enero de 2021 (RJ 2021, 104) recuerda que **la apreciación de oficio del carácter abusivo de una cláusula tiene su límite en la congruencia con el objeto del litigio**, con apoyo en la sentencia del TJUE de 11 de marzo de 2020 (asunto C-511/17), que marca las siguientes pautas: «i) El examen de oficio “debe respetar los límites del objeto del litigio, entendido como el resultado que una parte persigue con sus pretensiones, tal como hayan sido formuladas y a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas” (apartado 28). / ii) La protección que supone el control de oficio “no puede llegar hasta el punto de que se ignoren o sobrepasen los límites del objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido en sus pretensiones, interpretadas a la luz de los motivos que hayan invocado, de modo que el juez nacional no está obligado a ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas y de los motivos invocados ante él, analizando de manera individual, con el fin de verificar su carácter eventualmente abusivo, todas las demás cláusulas de un contrato en el que solo algunas de ellas son objeto de la demanda de que conoce” (apartado 30). / iii) En otro caso, se vulnerarían el principio dispositivo y el principio de congruencia (apartado 31). / iv) Por lo que la sentencia concluye que el examen de oficio afectará “únicamente [a] aquellas cláusulas contractuales que, aunque no hayan sido impugnadas por el consumidor en su demanda, estén vinculadas al objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido, a la vista de las pretensiones que hayan formulado y de sus motivos” (apartado 34)».

En el caso enjuiciado, el litigio no tenía por objeto la declaración de abusividad de cláusulas no negociadas en un contrato celebrado con consumidores, sino la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, lo cual lleva al TS a aplicar la doctrina descrita, rechazando que el órgano de instancia debiera haber entrado de oficio a efectuar aquel control como pretendía la parte recurrente: «la inconsistencia de la pretensión de los recurrentes llega al extremo de denunciar en el recurso de casación la falta de apreciación de oficio de la abusividad de cláusulas sin explicar qué relevancia tendría tal control de abusividad para el éxito de la pretensión formulada en la demanda, sin identificar qué cláusulas deberían haber sido declaradas abusivas de haberse realizado ese control de oficio y sin indicar qué consecuencias habría tenido esa declaración de abusividad supuestamente omitida».

- § 23 En materia de **imposición de costas procesales**, la STS de 6 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3548), la STS de 24 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4696), la STS de 3 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 4792), la STS de 19 de enero de 2021 (RJ 2021, 96), la STS de 25 de enero de 2021 (RJ

2021, 251), la STS de 26 de enero de 2021 (RJ 2021, 250), la STS de 8 de marzo de 2021 (RJ 2021, 970) y la STS de 29 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1487), con base en lo declarado anteriormente por la STS de 4 de julio de 2017 y la STS, Pleno, de 17 de septiembre de 2020 y con el refuerzo que ha supuesto en este punto la STJUE de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-259/19), afirman **que en los litigios sobre cláusulas abusivas en que el consumidor demandante obtenga una sentencia estimatoria debe aplicarse el principio general del vencimiento** y no la excepción a dicho principio de no imposición al demandado por existencia de serias dudas de hecho o de derecho en el asunto en cuestión. De otro modo no se cumpliría el **principio de efectividad del Derecho de la UE** y se produciría un estímulo inverso para los profesionales en orden al cumplimiento de la Directiva 93/13/CE: «en los litigios sobre cláusulas abusivas, si en virtud de la excepción a la regla general del vencimiento por la existencia de serias dudas de hecho o de derecho, el consumidor, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación, no se restablecería la situación de hecho y de derecho que se habría dado si no hubiera existido la cláusula abusiva y, por tanto, el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas».

Por ejemplo, en el caso de la STS de 24 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4696) se trataba de un litigio sobre cláusulas abusivas en un contrato celebrado con consumidores, en el que el tribunal de apelación no había impuesto las costas de primera instancia al predisponente demandado, pese a haber sido vencido, por aplicación de la excepción de las serias dudas de derecho a la regla general del vencimiento en la imposición de las costas de primera instancia, habida cuenta de que el JPI había aplicado el criterio de la retroactividad limitada al momento de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, debiendo ser revocada en este punto por la de la Audiencia, tras el cambio de criterio jurisprudencial por el TS con motivo de la STJUE de 21 de diciembre de 2016. En consecuencia, en estos supuestos procede la imposición de las costas de primera instancia al demandado, siguiendo el principio del vencimiento. En cambio, a juicio del TS, no se puede imponer las de apelación y casación cuando lo que se discute es únicamente la propia cuestión de las costas.

Distinta es la situación cuando se ejercitan acciones basadas en normas exclusivamente nacionales, no derivadas del derecho de la Unión Europea. Así, la STS de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021, 361) declara que sí es posible aplicar la excepción al principio del vencimiento, por razón de

serias dudas de derecho, cuando se ejercitan acciones basadas en la Ley 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, al no ser aplicable el principio de efectividad por razones obvias. En el caso, se había instado la nulidad de una tarjeta revolving con base en la ley de represión de la usura. Aunque en la demanda y el recurso de casación se aludía constantemente al carácter «abusivo/usurario» del interés pactado en el contrato de tarjeta, el fundamento de la declaración de nulidad no se hallaba en las normas sobre cláusulas abusivas, derivadas del Derecho de la Unión Europea, donde el principio de efectividad impide excepciones al principio del vencimiento en perjuicio del consumidor, sino en normas de carácter exclusivamente nacional: «Cuando la cuestión litigiosa no está regulada por el Derecho de la UE y, por consiguiente, no entra en juego el principio de primacía de este Derecho, el juez no puede dejar de aplicar ninguna norma legal nacional (en este caso, el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Solo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando considere que la norma legal de Derecho interno puede ser inconstitucional, pero en el presente caso no se plantean dudas de constitucionalidad./ 4.– El recurso no contiene ningún argumento que explique por qué una acción basada exclusivamente en la Ley Azcárate, se halla incluida en el ámbito del Derecho de la UE y, en concreto, en el de la Directiva 93/13/CEE cuya infracción invoca».

2.2. Cláusulas de imputación de gastos

§ 24 En el marco de las **cláusulas de imputación de gastos al prestatario** la STS de 15 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3788), la STS de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3840), la STS de 23 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4692), la STS, Pleno, de 27 de enero de 2021 (RJ 2021, 83), la STS de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021, 346), las SSTS de 15 de febrero de 2021 (RJ 2021, 454 y 639), la STS de 16 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1180) y las SSTS de 31 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1464, 1479 y 1482) siguen en términos generales el criterio establecido para la jurisdicción civil por las SSTS, Pleno 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 90, 91, 92, 93 y 114) en relación con la **declaración de nulidad de la cláusula y la distribución posterior de los gastos entre las partes conforme a Ley**, en particular, el ITP/AJD (a cargo del prestatario), los gastos de notaría (por mitad) y los aranceles del Registro (a cargo del prestamista), pero marcan pautas diferentes en algunos puntos, como veremos a continuación.

§ 25 Así, la STS de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020, 4140), seguida por la STS de 17 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4605), la STS, Pleno, de 27 de enero de 2021 (RJ 2021, 83), la STS de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021, 619) y las SSTS de 31 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1464 y 1482) **cambian el criterio anteriormente mantenido por el TS en relación con los gastos de gestión** acatando en este punto la doctrina establecida

por la STJUE de 16 de julio de 2020: «Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como “cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad”./ Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación».

- § 26 La STS, Pleno, de 27 de enero de 2021 (RJ 2021, 83) cambia asimismo el criterio previo de la Sala en relación con los **gastos de tasación, imputando su pago íntegro al prestamista** en los préstamos firmados en la etapa anterior a la entrada en vigor de la Ley 5/2019: «Ni el RD 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación, ni la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles, contienen disposición normativa alguna sobre quién debe hacerse cargo del coste de la tasación./ De ahí que, de acuerdo con la STJUE de 16 de julio de 2020, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva./ Cuando resulte de aplicación la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, los gastos de tasación corresponderán al prestatario, por haberlo prescrito así en el apartado i) de su art. 14.1.e)».

Esta sentencia ha sido luego seguida en este punto por la STS de 16 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1180).

- § 27 Finalmente, por lo que se refiere a la cláusula de gastos, la STS de 13 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3816) acoge el recurso de casación planteado por el banco demandado, frente a la sentencia de la Audiencia que le había condenado al pago, habiéndose allanado el demandante.

2.3. Cláusulas de interés retributivo (caso especial del IRPH)

- § 28 Otra de las cláusulas a las que se sigue dedicando especial atención en este periodo es la que fija el IRPH como tipo de referencia en los

préstamos a interés variable. Recordemos que el TS se había pronunciado ya al respecto en una conocida sentencia de 14 de diciembre de 2017 y que, posteriormente, la cuestión adquirió una popularidad revivida merced a la STJUE de 3 de marzo de 2020 (Caso Gómez del Moral), que declaró la necesidad de que el órgano nacional entrara a valorar las circunstancias en que se había producido la aplicación de este tipo de interés a los efectos de determinar si dicha aplicación se había realizado de forma transparente. Pues bien, unos meses después, el TS ha recuperado la cuestión reafirmando en su criterio de 2017, por medio de dos sentencias plenarias, la *STS, Pleno, de 6 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 3857)* y la *STS, Pleno, de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 3963)*. En ellas se contestan todos los argumentos esgrimidos para impugnar la utilización del IRPH por su carácter no transparente y abusivo.

Una de las principales alegaciones de la demanda era la de que el banco no había realizado una comparación entre la evolución anterior del IRPH frente a la del EURIBOR, para que el solicitante del préstamo pudiera ser consciente de las ventajas que pudiera traer consigo un tipo frente al otro. Se trataba, por otra parte, de una exigencia que venía impuesta por la normativa de transparencia bancaria y a la que la STJUE de 3 de marzo de 2020 había conferido cierta importancia. Esta alegación se esgrime ahora por la evolución menos favorable que el IRPH ha tenido a lo largo de varios años respecto al EURIBOR. Pero a ello el TS opone que la utilización del IRPH ha traído consigo la aplicación de determinadas medidas de compensación tendentes a equilibrar la situación, como la exclusión de comisiones y la aplicación de un coeficiente corrector. Además, en un hipotético escenario de subidas de tipos de interés, aventura el TS que el tipo impugnado podría tener un comportamiento más favorable que el alternativo: «no es relevante por sí solo, a efectos de valorar el carácter “más favorable” para el consumidor, desde el punto de vista económico, de la cláusula que establece el interés variable con referencia a uno u otro índice oficial, afirmar que el IRPH-Entidades ha sido siempre más elevado que el Euribor, como hace el recurrente, puesto que el coste del préstamo viene determinado no solo por el valor porcentual que en cada momento tenga el índice de referencia, sino también por el diferencial, negativo o positivo o de valor cero, que se aplique a tal índice de referencia, y por las comisiones. Asimismo, en el cálculo del IRPH se incluyen los préstamos a interés fijo, por lo que en un escenario de subida del Euribor (que, en un periodo de 20, 30 y hasta 40 años, que suele ser la duración de los préstamos hipotecarios, no puede descartarse), el peso de los préstamos a interés fijo en el cálculo del IRPH podría determinar una evolución más favorable de este índice en el futuro, respecto de otros índices oficiales» (*STS, Pleno, de 6 de noviembre de 2020 [Civil] [RJ 2020, 3857]*). Estas consideraciones, junto con el carácter oficial del tipo de referencia, conducen al TS a desestimar la

pretensión de nulidad en todos los casos enjuiciados, bien por considerar que la introducción de este tipo de referencia se había hecho con las adecuadas condiciones de transparencia y que no podía considerarse abusivo (*STS, Pleno, de 6 de noviembre de 2020 [Civil] [RJ 2020, 3857]*), o bien por entender que los problemas de transparencia que pudieran haberse detectado, singularmente la omisión de la información acerca de la evolución del IRPH en los dos años previos a la firma del contrato, siendo que dicha información venía exigida por la normativa de transparencia bancaria, no significaba necesariamente que la cláusula fuera abusiva (*SSTS, Pleno, de 12 de noviembre de 2020 [Civil] [RJ 2020, 3963, 4227, 4567 y 4601]*, de tres ponentes distintos).

Estas cuatro sentencias de 12 de noviembre parten de una **ordenación secuencial entre los controles de transparencia material y abusividad**, de forma que el primero es antecedente del segundo, cuando el análisis se centra en un elemento que forma parte del objeto principal del contrato: «resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), **una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (...)**./ Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad». Por tanto, la falta de transparencia no exime de la realización del control de contenido. Aclara el TS en este punto que este último control sólo se ha omitido en casos muy concretos, como el de las cláusulas suelo: «Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a abusividad en supuestos muy concretos, como las denominadas cláusulas suelo, porque como advertimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo (...), tales condiciones generales entrañan un elemento engañoso, cual es que aparentan un interés variable cuando realmente establecen un interés fijo solo variable al alza y provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación». Distinta es la situación en el caso del tipo de referencia IRPH, a juicio del Tribunal. Aunque se constate que existe un problema de transparencia, por ejemplo, porque no exista constancia de que el banco haya transmitido al prestatario información acerca de la evolución anterior del tipo, como ocurrió en las Sentencias de 12 de noviembre, ello no convierte la cláusula en abusiva, y, por tanto, en nula, por lo menos antes de la inclusión del apartado 3 del art. 82 TRLGDCU por la Ley 5/2019, porque no se puede afirmar que exista un comportamiento contrario a la buena fe, ni que se produzca un desequilibrio importante: «En cuanto a la buena fe, parece difícil que se pueda vulnerar por ofrecer un índice oficial, aprobado

por la autoridad bancaria, salvo que se pudiera afirmar que se podía conocer su evolución futura y ésta fuera necesariamente perjudicial para el prestatario y beneficiosa para la entidad prestamista».

Y por lo que se refiere al desequilibrio importante, éste «debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13), por lo que la evolución más o menos favorable del índice durante el tiempo de vida del contrato, no puede ser determinante. Máxime cuando no consta que el prestamista tenga influencia razonable en esa evolución. Las cláusulas de determinación del tipo de interés variable por referencia a un índice buscan la actualización a valores de mercado del precio del préstamo, sin que dicha actualización pueda depender directamente de la voluntad de una de las partes». En los casos enjuiciados no se había acreditado la existencia de tal desequilibrio. En uno de ellos se dice que lo que el recurrente consideraba que había provocado un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivaran del contrato, había sido la evolución divergente del Euribor y del IRPH en los años posteriores a la contratación del préstamo, puesto que, aunque ambos índices oficiales habían bajado desde que el demandante suscribió el préstamo hipotecario, el Euribor había bajado más que el IRPH. Frente a ello, aduce el TS en esta Sentencia de 12 de noviembre de 2020, que «en la fecha de suscripción del préstamo (...) entre el IRPH y el Euribor había menos de un punto de diferencia (4,08% el primero y 3,28% el segundo). Pero con la particularidad de que el diferencial del préstamo era solo el 0,25%». Además «la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, estableció como uno de los métodos de determinación de la abusividad de una cláusula de intereses remuneratorios la comparación con los tipos de interés legal (§ 67). (...) Pues bien, como ya hemos visto, el IRPH contractual estaba en la fecha del contrato en 4,08%; mientras que el interés legal del dinero estaba en el 4%». Esta constatación hace que la «in-transparencia» de la cláusula no se traduzca en su abusividad.

Frente a este juicio, en las cuatro sentencias de 12 de noviembre se interpone **voto particular** por uno de los magistrados, en el que aboga por aplicar a estos casos una solución similar a la que han merecido las cláusulas suelo, básicamente por entender que la falta de transparencia impide al prestatario realizar una comparación fiable de la oferta recibida, respecto de otras existentes en el mercado.

Sea como fuere, la doctrina de estas sentencias plenas ha sido luego seguida y aplicada por otras posteriores ya del primer trimestre de 2021, como la *STS de 18 de enero de 2021 (RJ 2021, 252)* o las *SSTS de 19 de enero de 2021 (RJ 2021, 114, 115 y 310)*.

§ 29 Al margen del IRPH, las dos *SSTS de 23 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1283 y 1341)* desestiman sendas demandas de nulidad por abusivas de las

cláusulas por las que se fijaba el interés remuneratorio de dos préstamos hipotecarios, en las que se combinaba una fase de interés fijo con otra de interés variable. Las cláusulas en cuestión superaban perfectamente el control de transparencia. Dada la inexistencia en estos casos de límites a la variabilidad del tipo de interés, previsiones de redondeo al alza o de otro tipo o cualquier otra cláusula que pudiera influir en la determinación de aquél, no resultaba procedente exigir al prestamista información sobre previsibles comportamientos del tipo de referencia o el coste comparativo de otros productos para asegurar esa variabilidad.

2.4. Cláusulas suelo

§ 30 Declaran la **nulidad de cláusulas suelo**, aplicando la doctrina general, las SSTs de 6 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3551, 3650), la STS de 8 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3645), la STS de 19 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3803), la STS de 18 de enero de 2021 (RJ 2021, 106) –frente al allanamiento de la demandada en el recurso de casación–, la STS de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021, 591), las SSTs de 8 de marzo de 2021 (RJ 2021, 894 y 917) o la STS de 16 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1209).

En la STS de 6 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3650) resulta relevante el hecho de que no constara en los autos la transmisión a los prestatarios de la información precontractual prevista en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre la existencia de la cláusula suelo, cuando la sentencia de la Audiencia había considerado suficiente que, en la escritura, el notario hiciera constar que la entidad prestamista le había exhibido la oferta vinculante y que no existían discrepancias entre ésta y las condiciones financieras de la escritura.

Por su parte, la STS de 19 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3803) reitera el criterio seguido por el TS desde su Sentencia plenaria de 24 de febrero de 2017, en el sentido de condenar al banco a la devolución de todas las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de la cláusula suelo desde el momento de la formalización del préstamo, sin que quepa limitar temporalmente los efectos de la declaración de nulidad al momento de la publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013.

Y la STS de 8 de marzo de 2021 (RJ 2021, 894) basa su fallo en el carácter confuso de la oferta vinculante presentada al prestatario, documento que por sí solo no cubría las mínimas exigencias de transparencia, sin que fuera de fácil comprensión para un consumidor medio y sin que le permitiera conocer la trascendencia económica y jurídica que la cláusula cuestionada tenía en el compromiso contractual a asumir. Además, la cláusula se insertaba en un conjunto de condiciones generales sin obrar en una cláusula específica, debidamente destacada.

§ 31 También aprecian la **nulidad por falta de transparencia**, en sendos supuestos de **subrogación del cliente en la posición deudora del**

promotor, la STS de 6 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3549), las SSTS de 19 de enero de 2021 (RJ 2021, 100 y 101) y la STS de 21 de enero de 2021 (RJ 2021, 254): «Por razón de esta estrecha relación entre los préstamos hipotecarios a promotor y las ventas de las viviendas gravadas a comprador-consumidor con simultánea subrogación hipotecaria, hemos declarado que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que éste se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria, que presta su consentimiento a dicha subrogación, de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato./ Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de proporcionar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia a la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia».

- § 32 En cambio, la STS de 6 de octubre de 2020 (RJ 2020, 5195) enjuicia un **supuesto de subrogación con negociación a la baja de la cláusula suelo** que la convertía en válida por haberse incluido en el contrato con las adecuadas condiciones de transparencia. En este caso, el prestatario «solicitó la subrogación en dicho préstamo a la entidad financiera y la obtuvo con una mejora en las condiciones financieras consistente en una reducción de la cláusula suelo; esta reducción se obtuvo a su iniciativa y mediante la correspondiente negociación; la redacción de la cláusula impugnada es sencilla y clara, y se complementaba con la información que sobre las condiciones financieras del préstamo figuraba en la escritura mediante la incorporación de la correspondiente información registral (a lo que cabe añadir que tal información, según hace constar el notario en el propia escritura, se había hecho saber con carácter previo a los otorgantes)». Del mismo modo, tanto la STS de 15 de octubre de 2020 (RJ 2020, 5241) como la STS de 15 de octubre de 2020 (RJ 2020, 4935), declaran la validez de sendas cláusulas suelo rebajadas por acuerdo entre el prestamista y el prestatario en el momento de la respectiva subrogación.

Este criterio cristaliza posteriormente en una serie de sentencias plenarias. En primer lugar, encontramos la STS, Pleno, de 5 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4172) y la STS, Pleno, de 28 de diciembre de 2020

(RJ 2020, 5038), seguidas de otras posteriores, como las SSTs de 4 de febrero de 2021 (RJ 2021, 442 y 443) o la STS de 17 de febrero de 2021 (RJ 2021, 453), que se diferencian de las anteriores en que la **novación se produjo tiempo después de la subrogación**, cuando, una vez se publicada la Sentencia de 9 de mayo de 2013, se veía como posible la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. Es en este momento, cuando los prestatarios se dirigen a la entidad para solicitar la eliminación de la cláusula o bien es la propia entidad la que se pone en contacto con sus clientes para ofrecer una **rebaja del umbral mínimo de interés por la vía de la transacción**. En cualquier caso, en estos supuestos la cláusula suelo había estado vigente durante un cierto tiempo antes de que llegase el acuerdo o documento transaccional.

Como resultado de su análisis, en estos casos, el TS opta por declarar nula cláusula suelo inicialmente incluida en el contrato, pero certifica la validez de la aceptada posteriormente por el prestatario a propuesta del banco. A juicio del TS, la propuesta y aceptación de la cláusula se había producido respetando las condiciones de transparencia exigibles, a tenor de las condiciones marcadas para ello por la STJUE de 20 de julio de 2020: «(i) Las pautas interpretativas expuestas por la STJUE de 9 de julio de 2020, respecto de la introducción de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario deben aplicarse también a la cláusula de un posterior acuerdo contractual, no negociado individualmente, que modifica la inicial cláusula suelo./ De una parte, hemos de partir de las circunstancias concurrentes, entre las que destaca el contexto en el que se lleva a cabo la novación: unos meses después de que la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, provocara un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia, y que el efecto de esta nulidad sería a partir de la fecha de esa sentencia./ Si bien, como afirma el TJUE, la transcripción manuscrita en la que los prestatarios afirman ser conscientes y entender que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará del 2,75% no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. Así lo entendimos en la sentencia 205/2018, de 11 de abril: “Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a resaltar su existencia y contenido”. Además, sin obviar que la prestataria conocía cómo había repercutido la originaria cláusula suelo en los meses anteriores, consta también la puesta a disposición de la evolución del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés, que expresamente se resalta que en ese momento era del 0,491%./ De este modo, cuando se modificó la cláusula, la prestataria sabía de la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente

nula por falta de transparencia y de la incidencia que había tenido./ Al margen de lo anterior, el TJUE entiende que la información que debía suministrarse al prestatario consumidor debía permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas del mantenimiento de la cláusula suelo en el 2,75%, y menciona expresamente la relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés./ Este criterio de transparencia se habría cumplido en este caso, pues consta el conocimiento de esta evolución del índice y sus concretas consecuencias económicas, por la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando, y en el propio documento se especifica el valor del índice en ese momento (0,491%)».

En relación con la **renuncia a la interposición de acciones**, incluida en el documento de transacción, entiende el TS que **debe diferenciarse la renuncia a hacer valer los derechos respecto a una cláusula en particular sobre la que se ha planteado la discusión, de la renuncia a poder interponer cualquier acción derivada de disputas futuras en relación con el contrato**. Esta última no es posible: «un consumidor no puede comprometerse válidamente a renunciar para el futuro a la tutela judicial y a los derechos que le confiere la Directiva 93/13. En efecto, por definición el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de esa naturaleza por lo que se refiere a las controversias que puedan surgir en el futuro». Habida cuenta de la generalidad con la que se había expresado la renuncia en los dos documentos en cuestión, considera el TS procedente la declaración de nulidad.

- § 33 Una solución muy similar adoptan la *STS, Pleno, de 5 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 3861)*, la *STS de 15 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 4360)*, la *STS de 18 de enero de 2021 (RJ 2021, 106)*, la *STS de 19 de enero de 2021 (RJ 2021, 9)* o las *SSTS de 26 de enero de 2021 (RJ 2021, 123, 129 y 255)*, aunque en estos casos la modificación de la cláusula no se produjo con motivo de una subrogación en un contrato previo de préstamo al promotor. En algunas de estos casos hay **negociación con motivo de una escritura de modificación** de varios aspectos del préstamo; en otras, **propuesta de reducción por parte del banco, que se formaliza en documento privado** con las adecuadas condiciones de transparencia. No ocurre lo mismo en el caso enjuiciado por la *STS de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021, 591)*, en que el alto Tribunal llega a la determinación de que no se dan las condiciones suficientes de transparencia.
- § 34 También reconoce **eficacia al acuerdo transaccional** alcanzado entre el banco y el prestatario la *STS, Pleno, de 11 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4215)*, aunque en este caso el resultado de la transacción fue la **eliminación de la cláusula suelo**. En el contrato se había incluido una cláusula suelo del 2% que, como en otros casos, fue puesta en cuestión tras conocerse la Sentencia de 9 de mayo de 2013. Después de un

proceso de negociación, en el caso se llegó a una transacción en virtud de la cual las partes acordaron: (i) la eliminación del contrato de la cláusula suelo; la modificación de la regulación contractual sobre los intereses ordinarios, estableciéndose un primer periodo de 5 años de duración, a partir de la siguiente cuota, durante el que se aplicaría un tipo fijo del 1,90%; una vez finalizado ese periodo el préstamo volvería a liquidar intereses variables conforme al tipo de referencia y diferencial pactados en la escritura del préstamo inicial, sin límite de variación a la baja, al haberse suprimido la cláusula suelo; y (ii) renunciar a cualquier reclamación judicial o extrajudicial relativa a la cláusula suelo eliminada. Por tanto, como diferencia respecto a otros supuestos, en este caso la transacción dio pie a la eliminación de la cláusula suelo, aunque estableciendo un interés fijo durante un cierto periodo de tiempo.

En su argumentación, el TS parte de ciertas premisas fijadas por el TJUE en la Sentencia antes citada de 9 de julio de 2020 (C-452/18), de las cuales destacan básicamente tres. La primera es que **cabe un acuerdo transaccional sobre la aplicación de una cláusula susceptible de ser declarada nula**, dado que **la Directiva 93/13 no se opone a que el consumidor renuncie a sus derechos**: «la Directiva 93/13 no se opone en sí misma a que el consumidor renuncie mediante contrato a la ventaja que podría obtener de la declaración del carácter abusivo de la cláusula de un contrato, siempre que esta renuncia proceda de un consentimiento libre e informado». La segunda, que debe distinguirse el acuerdo transaccional de aquellos otros en que es el predisponente el que plantea una solución alternativa, dentro de una política general de renegociación de los contratos de préstamos hipotecarios por parte de la entidad acreedora que conduce a la renuncia del prestatario. Mientras la primera fórmula podría quedar sustraída de la apreciación de su posible carácter abusivo, siempre que estuviera redactada de manera clara y comprensible, la segunda no, pudiendo ser declarada nula por abusiva. Y, la tercera, que **debe diferenciarse la renuncia a hacer valer los derechos respecto a una cláusula en particular**, sobre la que se ha planteado la discusión, **de la renuncia a poder interponer cualquier acción derivada de disputas futuras en relación con el contrato**, de carácter ilícito.

Con base en todos estos elementos, y después de analizar detenidamente el supuesto fáctico, el TS considera que en este caso la transacción se acuerda de forma válida, por diversos factores, entre los cuales destacamos dos. Por lo que se refiere al contenido de dicha transacción: «La modificación que se pactó de la cláusula relativa a los intereses ordinarios no supuso la mera modificación o rebaja del límite mínimo de variabilidad, sino la eliminación de la cláusula suelo; en consecuencia, no se introdujo una nueva cláusula suelo sobre la que proyectar las específicas exigencias derivadas del principio de transparencia sobre tales cláusulas». Y por lo que se refiere a la

renuncia a la interposición de acciones por el prestatario: «La renuncia contenida en el documento cuestionado reúne las condiciones de concreción, claridad y sencillez, es específica y exclusiva sobre las reclamaciones que tengan por objeto la cláusula suelo suprimida y, en consecuencia, no se proyecta genéricamente sobre las partes del contrato del préstamo hipotecario no afectadas por la novación, ni sobre futuras controversias distintas a la transaccionada».

A la misma conclusión llega en este último punto la *STS de 15 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 4935)*. En este caso, a juicio del TS, «la renuncia claramente lo es a las acciones basadas en la cláusula suelo, que es objeto de reducción». Esto conduce derechamente a la estimación del recurso de casación planteado por el banco, por carecer de legitimación el demandante: «La renuncia al ejercicio de las acciones fundadas en la originaria cláusula suelo contenida en esta transacción conlleva que los prestatarios carecieran de legitimación para instar la nulidad de aquella originaria cláusula suelo y la reclamación de cantidad basada en lo que se denunciaba cobrado de más en aplicación de la cláusula suelo».

- § 35 Del mismo modo, la *STS de 15 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3813)* y la *STS de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021, 599)* certifican la **validez de la cláusula suelo**, pero en estos casos **por haber sido introducida en el contrato de forma transparente**. En la primera de las dos sentencias el TS considera bien fundada la resolución de la Audiencia en la que se establece el carácter suficiente de la información precontractual aportada por la entidad: «en la solicitud de préstamo hipotecario formulada por el consumidor se indicaba de forma clara y precisa (“de modo somero y claro”...) la existencia del suelo (se afirmaba la existencia de un interés mínimo de 2,75% en el mismo recuadro en el que se contenía cuál era el tipo de interés remuneratorio); que el empleado de la entidad de crédito relató de forma clara y precisa la efectiva información que sobre los intereses del préstamo dio al consumidor, y cómo este se mostró más interesado porque existiera un “techo” que supusiera un límite máximo del interés, “partiendo de una base de cuotas que efectivamente pudiera pagar”. Y todo ello en un contexto («que no puede obviarse», afirma la Audiencia), el del mes de noviembre de 2011 en que se concertó el contrato, pues “ya desde el año 2010, las asociaciones de consumidores y usuarios habían iniciado sus campañas informativas en relación a las cláusulas bancarias abusivas, habiéndose planteado la cuestión de las cláusulas suelo en el Parlamento”».

Del mismo modo, la *STS de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021, 599)* certifican la **validez de la cláusula suelo**, pero en este caso **por haber sido introducida en el contrato de forma transparente ab initio**. El TS considera se ha alcanzado el «resultado» de tener a un «consumidor suficientemente informado», mediante «el suministro al demandante, con una antelación más que suficiente respecto de la celebración del

contrato, de una información precisa y clara sobre las principales características del préstamo, entre las que estaba la existencia de un suelo del 2,25%, por lo que la entidad financiera facilitó una información suficiente para que el cliente tuviera una comprensión efectiva de la existencia de la cláusula suelo y de las consecuencias que comportaba, con antelación a la firma del contrato de préstamo hipotecario».

- § 36 Por su parte, la *STS de 9 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1099)* declara la **validez de la cláusula suelo incluida en un contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de una farmacia y óptica**, sin que pueda aplicársele el control de transparencia, dada la finalidad profesional de la financiación, pero decreta la **no incorporación** de la misma en la **posterior subrogación** de los hijos de los prestatarios en el préstamo, por cuanto no consta en la escritura correspondiente «ni la inclusión, aún por mera referencia a la escritura del préstamo inicial objeto de la subrogación y novación, de la cláusula suelo que figuraba en ésta, ni su incorporación en un anexo, ni la entrega de una copia de aquella escritura, ni su puesta a disposición a través de cualquier otro medio».
- § 37 Finalmente, por lo que se refiere a las cláusulas suelo, la *STS, Pleno, de 27 de enero de 2021 (RJ 2021, 120)* certifica la **condena en costas a la entidad demandada**, aunque se **había allanado ante la demanda del prestatario**, porque previamente se había opuesto a la reclamación extrajudicial presentada por éste para que dejara de aplicar la cláusula suelo y le devolviera lo indebidamente cobrado por su aplicación, obligándole a acudir a la vía judicial. Entiende el TS que en este caso existe mala fe del allanado que justifica su condena en costas, en aplicación del art. 395.1 LEC, por haberse producido la reclamación extrajudicial antes de la entrada en vigor del RD 1/2017. A la misma consecuencia se llega por aplicación de dicha norma una vez la misma ha entrado en vigor.

Distinta es la situación que se plantea en la posterior *STS de 9 de marzo de 2021 (RJ 2021, 966)* en la que el letrado, en representación de 26 clientes, requirió al banco a devolver las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de unas cláusulas suelo en el plazo de 48 horas y, sólo seis días después, interpuso demanda de reclamación, ante la cual se allanó el banco. En este caso, el TS considera que no hubo requerimiento extrajudicial apto para evitar el litigio, al no haberse dejado al banco un plazo razonable para atender la pretensión de los requirentes por su carácter masivo, dado que el requerimiento venía referido a una pluralidad de relaciones jurídicas con personas distintas. La entidad no pudo en un lapso de tiempo tan breve localizar los préstamos, analizar su documentación, acceder a eliminar las cláusulas suelo, calcular las cantidades indebidamente cobradas y reintegrarlas a los veintiséis prestatarios. En este supuesto, a juicio del TS, resulta perfectamente justificado aplicar la consecuencia jurídica prevista en el primer párrafo del art. 395 LEC.

2.5. Cláusulas de conversión en préstamos multidivisa

§ 38 En materia de **hipoteca multidivisa**, consideran nula la cláusula de conversión, por no superar el control de transparencia, la STS de 23 de febrero de 2021 (RJ 2021, 779), las dos SSTS de 16 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1198 y 1206) y la STS de 31 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1401), que siguen en este punto una doctrina muy asentada ya en el TS, a cuyo tenor: «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. De ahí que las SSTJUE Andriuc y OTP Bank exijan una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa». La primera de las dos sentencias de 16 de marzo de 2021 da muestra de la complejidad de este tipo de operaciones no ya para el «consumidor medio», sino para unos prestatarios cualificados, pues ni siquiera su formación jurídica y su condición profesional de abogados les permitía, *per se*, gozar de los conocimientos necesarios para entender las consecuencias perjudiciales que les podía deparar la cláusula de conversión, sin la debida asistencia de la entidad financiera que incumplió sus obligaciones de información precontractual: «Es cierto que la formación universitaria de los prestatarios (abogados en ejercicio) permite presumir que tenían capacidad suficiente para entender la información sobre el funcionamiento y riesgos de las hipotecas multidivisas. El problema estriba en que no se ha acreditado que se le proporcionara información precontractual suficiente y adecuada, sin que aquella formación universitaria (ajena al ámbito financiero) y el mero conocimiento del riesgo de la fluctuación del tipo de cambio de la divisa les permitiera conocer, por sí solos, los específicos riesgos que suponía la contratación del préstamo hipotecario en divisas. En particular el incremento muy significativo, no sólo de las cuotas de amortización, sino también del saldo financiero de la deuda, en su equivalente en euros, a pesar del pago durante años de aquellas cuotas, así como el riesgo de que la hipoteca constituida, como consecuencia del incremento de la deuda, resultase insuficiente garantía, y esta insuficiencia (al quedar parte de la deuda fuera del límite de la responsabilidad hipotecaria inicialmente pactada) pudiese generar el vencimiento anticipado del préstamo en caso de que no se ampliase dicha garantía».

§ 39 En cambio, la *STS de 10 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 4878)* considera que **la cláusula de conversión supera los controles de incorporación y transparencia**, habida cuenta de que en las sentencias de instancia había quedado probado que el demandante cuando contrató conocía cuáles eran los riesgos de un préstamo en divisas y era sabedor de que la fluctuación de la divisa elegida podía repercutir tanto en un mayor coste en términos de intereses como en el hecho de que pudiera acabar teniendo que devolver más capital que el recibido como importe del préstamo. Por este motivo se desestima asimismo la pretensión de nulidad por vicio del consentimiento esgrimida en la misma demanda.

Hace lo propio la *STS de 9 de febrero de 2021 (RJ 2021, 638)* en un caso en que el prestatario fue solicitando sucesivos cambios de divisa de referencia, mostrando, de esta manera, un conocimiento elevado de la naturaleza y riesgos que traía consigo el préstamo: «para que la cláusula multidivisa supere el control de transparencia debe acreditarse que el prestatario pudiera ser consciente de que: (i) el riesgo de fluctuación de la moneda en que se referencia el préstamo puede influir en el importe de las cuotas periódicas de amortización; y (ii) que también puede influir en la cantidad que haya que amortizar en total, lo que supone que puede acabar pagándose más capital del recibido./ En relación con lo cual, se ha considerado probado en ambas instancias que: (i) el Sr. Anselmo dio instrucciones expresas al banco para que el préstamo pasara de referenciarse en francos suizos a hacerlo en yenes japoneses y después en dólares USA y en libras esterlinas, en todos los casos para abaratar costes y gastos; (ii) el Sr. Anselmo hizo un seguimiento continuado de la evolución de las divisas, que fue ordenando que se cambiaran según le recomendaban sus asesores; (iii) por ello, conocía todos los riesgos de esta modalidad de préstamo».

§ 40 Por su parte, la *STS de 5 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3547)* y la *STS 11 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 4877)*, la *STS de 15 de febrero de 2021 (RJ 2021, 449)* y la *STS de 16 de febrero de 2021 (RJ 2021, 455)*, siguiendo el criterio establecido en otras sentencias reseñadas en los números anteriores de esta Crónica, consideran que **no cabe plantear la nulidad por vicio del consentimiento de la cláusula de conversión en divisa incluida en las hipotecas multidivisa**, porque tal nulidad, en su caso, afectaría a todo el contrato y no solo a la cláusula en cuestión: «conforme reiterada jurisprudencia de esta sala, aun cuando se llegara a entrar el fondo de la acción deducida y apreciar error en el consentimiento prestado por los prestatarios, porque desconocieran los riesgos que entrañaba haber referenciado el préstamo en moneda extranjera y pudiera ser calificado de sustancial, relevante e inexcusable, en tal caso quedaría viciado 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 como se pretende indebidamente por el demandante».

Pero alguna de ellas no desestima la demanda por este motivo sino por considerar caducada la acción, pues, a juicio del TS, en los contratos de préstamo el *dies a quo* del plazo de caducidad por vicio del consentimiento se produce con la entrega del dinero por parte del banco, por consistir esta la prestación esencial de un contrato que califica como consensual: «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, denominó como “una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato”». Según el alto Tribunal esta 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» (en el mismo sentido, la *STS de 16 de febrero de 2021 [RJ 2021, 455]*).

A la misma conclusión llega la *STS de 17 de febrero de 2021 (RJ 2021, 673)*, pero respecto a la petición de nulidad del **derivado implícito incluido que condicionaba el tipo de interés de un préstamo hipotecario**, con apoyo en otra Sentencia anterior de 9 de enero de 2019, que reseñamos en el número 0 de esta Crónica: «en cuanto el derivado implícito sea parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo, como es el caso, el incumplimiento de los deberes de información no puede justificar, como se pretende, la nulidad parcial del contrato por error vicio, sino, en su caso, la de todo el contrato. En la medida en que el interés del préstamo pactado, elemento esencial del contrato, debía fijarse de acuerdo con el derivado implícito y este formaba parte inescindible del préstamo, el error en cuanto a sus riesgos, que repercutiría sobre el “precio” del préstamo, en cuanto fuera relevante, además de excusable, podría dar lugar a la nulidad de la totalidad del contrato, pero no a la nulidad parcial, mediante la supresión del derivado implícito y la integración del contrato mediante la inclusión de un interés variable referenciado al Euribor sin diferencial».

2.6. Cláusula de vencimiento anticipado

§ 41 Por su parte, la *STS de 22 de octubre de 2020 (RJ 2020, 3809)* declara la **nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado** que permitía al banco cancelar la operación ante el impago de una sola cuota hipotecaria, pero no la de procedimiento de ejecución hipotecaria que se desencadenó en **aplicación** de dicha cláusula, por entender

que los demandantes podían haber hecho valer sus pretensiones en el seno de tal procedimiento y no lo hicieron.

- § 42 En cambio, la STS, *Pleno, de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021, 314)* **estima la demanda de reclamación del banco** de las cantidades pendientes y restantes de un préstamo hipotecario sobre una vivienda destinado a financiar la actividad empresarial de los prestatarios, previo vencimiento de la operación por incumplimiento. **Los prestatarios habían dejado de pagar un total de 42 cuotas, equivalentes al 18% del importe del préstamo.** El TS consideró que había incumplimiento suficiente para dar por vencido el préstamo en aplicación de los arts. 1124 CC y 1129 CC, utilizando como referencia para llegar a esa determinación el art. 24 de la Ley 5/2019, por su carácter paradigmático, a pesar de resultar inaplicable al caso enjuiciado: «A falta de una norma que concrete cuándo es resolutorio el incumplimiento del deudor por impago de las cuotas del préstamo, la valoración de la gravedad del incumplimiento que exige la aplicación del art. 1124 CC debe tener en cuenta tanto su carácter prolongado en el tiempo como la falta de reparación de la situación por parte del deudor, pues se trata de que el incumplimiento de las contraprestaciones que le incumben (devolución en ciertos plazos, pago de los intereses) justifique que el acreedor quiera poner fin al contrato para recuperar todo el capital prestado sin esperar al término pactado./ A estos efectos, aun cuando el art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), no es de aplicación a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido antes de la entrada en vigor de tal ley, para valorar la gravedad de un incumplimiento resolutorio resultan ilustrativos y pueden servir como pauta orientativa los criterios fijados por el legislador en el mencionado precepto para permitir al prestamista reclamar el reembolso total adeudado del préstamo».

2.7. Cláusulas de liquidación y cancelación en un contrato de swap

- § 43 La STS de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021, 553) declara **nulas por no cumplir los controles de falta de transparencia material y abusividad diversas cláusulas incluidas en un swap.** La validez de la propia permuta financiera se había impugnado, por concurrir un vicio del consentimiento. Sin embargo, dicha acción no fue estimada en primera instancia por considerarla caducada, decisión que no fue objeto de apelación quedando incólume, a pesar de oponerse a la actual doctrina del TS sobre la cuestión. En cambio, en primera instancia si se estimó pretensión de nulidad de las cláusulas por las que se preveía liquidaciones del swap, la facultad de resolución anticipada y los gastos de cancelación, así como la que declaraba que el cliente se consideraba suficientemente informado. El Tribunal Supremo ratifica este pronunciamiento casando la sentencia contraria de Apelación.

El interés de la sentencia radica en el reconocimiento de la **influencia que el incumplimiento por parte del banco de las obligaciones de información precontractual y asesoramiento puede tener en la aplicación del control de transparencia material**: «para que las cláusulas que han sido impugnadas superen el control de transparencia, ha debido suministrarse al consumidor, con suficiente antelación respecto de la celebración del contrato, información adecuada para que pudiera ser consciente de la permuta de tipos de tipos de interés que configuraba y del riesgo de tener que pagar importantes liquidaciones negativas o costes de cancelación anticipada que resultaba de las cláusulas impugnadas. 6.– En el presente caso, la falta de información precontractual sobre las cláusulas objeto de la demanda determina su falta de transparencia, que permite realizar un control de abusividad. 7.– Al realizar este control de abusividad, hemos de concluir que Abanca prerredactó unas cláusulas que configuran una relación contractual de naturaleza compleja, inadecuada para unos consumidores que concertaban un préstamo hipotecario a interés variable, y que traía consigo unos importantes riesgos, concretamente los de tener que pagar abultadas liquidaciones negativas o, si deseaban cancelarlo anticipadamente, un importante coste de cancelación».

El TS, por otra parte, dictamina la **irrelevancia de la cláusula por la que se declara que el cliente estaba suficientemente informado** de las características del contrato y de los riesgos asumidos, con apoyo en su doctrina anterior: «...la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara haber sido informado adecuadamente, o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si, con ello, la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento”/ 6.– Lo anterior no obsta a que cuando se ejercite una acción contra el predisponente basada en la falta de información precontractual, este pueda articular la prueba destinada a probar que tal información fue facilitada. Pero será tal prueba la que, en su caso, permita tener por justificado que facilitó al consumidor adherente determinada información. La cláusula, al resultar predispuesta con carácter general para su uso en la contratación en serie y al ser incluida en el contrato en un momento en que no puede saberse si se va a facilitar efectivamente tal información, es nula conforme a lo previsto en el primer inciso del art. 89.I TRLCU».

3. OPERACIONES BANCARIAS

Tras este extenso repaso de las sentencias sobre el control de condiciones generales de la contratación bancaria, fuente de una abundante

aportación jurisprudencial del Tribunal Supremo, pasamos ahora a centrar nuestra atención en distintas cuestiones de interés que se han suscitado en relación con diversas operaciones o grupos de operaciones bancarias.

3.1. Operaciones bancarias activas o de financiación

A. Préstamo

§ 44 La interesante *STS de 26 de octubre de 2020 (RJ 2020, 4173)*, así como la *STS de 27 de octubre de 2020 (RJ 2020, 4141)*, de tenor muy similar a la anterior, se ubican como las anteriores entre las dedicadas al control de las condiciones generales de la contratación, pero realizan un repaso de los **distintos sistemas de amortización de los préstamos hipotecarios** (francés, alemán, etc.), que aparecen descritos con detalle a lo largo de los fundamentos de las sentencias, que merece una atención separada en esta apartado dedicado al contrato de préstamo bancario. A continuación, reseñaremos, en particular, la primera de ellas.

El préstamo enjuiciado había adoptado un sistema peculiar, que se describe en las siguientes líneas, a modo de consideraciones previas: «Se trata de un préstamo de cuota creciente, en el que el prestatario comenzaba pagando una cuota que cada año se incrementaría en un porcentaje (2%). Esta distribución creciente provoca que las cuotas iniciales sean más bajas que, a identidad de circunstancias, las que corresponderían a otros modelos o sistemas de amortización como el francés puro (luego precisaremos esto), porque se dedican fundamentalmente al pago de intereses y apenas a amortización de capital, por lo que en cierta medida supone una modalidad de préstamo que, en términos económicos, se aproxima a los préstamos con un periodo de carencia al principio. Es decir, a cambio de pagar una cuota relativamente baja o cómoda durante los primeros años, los pagos se imputan en las primeras etapas de la duración del préstamo en mayor medida a intereses y no al principal, proporción que se va invirtiendo progresivamente a medida que avanza el plazo vencido del préstamo, de forma que durante la última etapa de su vigencia la situación es simétricamente inversa: las últimas cuotas se imputan mayoritariamente a la amortización del capital y en mucha menor medida al pago de intereses./ Con esta particularidad, pese a la mención expresa de la escritura, el sistema de amortización no era exactamente el francés, en sentido estricto, pues: (i) si bien comparan la nota común esencial de basarse en una cuota cuya composición (capital e intereses) va modificándose progresivamente (más intereses y menos capital al principio, menos intereses y más capital al final); (ii) sin embargo, difieren porque en el sistema pactado la variabilidad que sobre la carga financiera del préstamo derive de la variación del índice de referencia pactado, para fijar el tipo de interés remuneratorio, ello no se traduce (como sucede en el sistema francés puro) en un incremento

correlativo de la cuota periódica, que en caso de elevación excesiva puede generar una situación de insolvencia o incapacidad de pago sobrevenida en el deudor, sino que ese incremento de la carga financiera se traduce en un aumento del número inicialmente previsto de las cuotas periódicas, cuya cuantía se mantiene inmune a dicho aumento del tipo o índice de referencia, traduciéndose en una ampliación del plazo del préstamo, a fin de disminuir el citado riesgo de insolvencia; ello dentro del límite temporal máximo pactado de cuarenta años; (iii) correlativamente, en caso de disminución de la carga financiera por reducción de los tipos de interés (como ha sucedido durante los últimos años) el efecto es una aceleración del proceso de amortización, pues la parte de la cuota mensual absorbida por el pago de intereses disminuye, aumentando (hasta llegar al importe de la cuota) la parte destinada a la amortización del capital».

Más adelante, la sentencia destaca las ventajas e inconvenientes de este sistema de amortización para el prestatario: «Como en todo sistema de amortización, las diferencias respecto de los demás (de cuotas constantes, sin perjuicio de su variabilidad por la evolución de los tipos de interés –sistema francés–, decrecientes partiendo de cuotas iniciales más altas –sistema alemán–, crecientes partiendo de cuotas iniciales más bajas con repercusión de la variación de los tipos de interés en el número de cuotas y no en su importe –sistema pactado–, de amortización total al final del plazo –sistema propio de los créditos no sujetos a amortización progresiva–, con o sin elementos de flexibilidad –previsión de aplazamientos–, con o sin periodos de carencia, etc.), tiene aspectos más o menos favorables o desfavorables en relación con los demás./ En este caso, podemos resumir que hay dos elementos favorables para el prestatario y dos desfavorables: (i) los favorables, que desde el primer momento conoce el importe exacto de las cuotas y que a partir del periodo de interés variable, si el Euribor evoluciona a la baja podrá amortizar antes del plazo máximo previsto; (ii) los desfavorables, que a priori no sabrá durante cuánto tiempo va a estar pagando el préstamo (dentro del máximo), ni tampoco, en el caso de que el Euribor fluctúe al alza, si con la última cuota deberá pagar la parte de capital pendiente no amortizado y, en su caso, los intereses no cubiertos por los pagos mensuales./ Se trata, por tanto, de un sistema que prioriza salvaguardar la solvencia y capacidad de repago del préstamo...».

Tras esta detallada descripción, el TS entra a valorar el objeto del recurso, centrado en la impugnación de las condiciones de incorporación y la transparencia material de determinadas cláusulas que, según establece el órgano jurisdiccional, fijan el objeto principal del contrato, pues se refieren a la obligación de amortización del capital y al pago de intereses. En esencia, el TS considera que los órganos de instancia habían alcanzado un juicio lógico acerca de estos dos extremos, por lo que desestima el recurso confirmando la sentencia previa desestimatoria de la demanda. En punto a la parcial indeterminación del número de cuotas

de amortización, en que se centraba especialmente el reproche de falta de transparencia, el alto Tribunal dictamina lo siguiente: «la falta de precisión en el contrato del plazo exacto de duración del préstamo (dentro del límite de los 40 años) y del número exacto de cuotas mensuales de amortización, como la posibilidad de que el importe del capital aumente en caso de que se produzca la capitalización de los intereses vencidos que excedan del importe de la cuota fija establecida, responden a la naturaleza de la modalidad del préstamo pactado (...), por lo que la relativa indeterminación inicial de tales extremos, en la que incide el recurso, es la imprescindible para adaptarse a la modalidad o naturaleza del préstamo convenido, sin que en consecuencia quepa atribuir dicho déficit de información a una falta de transparencia de las cláusulas litigiosas».

- § 45 Por su parte, la STS de 11 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1273) desestima una acción de nulidad de un contrato de préstamo hipotecario con derivado implícito para la adquisición de un local de negocio por considerarla caducada, en aplicación de la doctrina que sitúa el *dies a quo* en el momento de formalización del contrato, doctrina que ya había desarrollado anteriormente la STS de 10 de julio de 2020, reseñada en el número 1 de esta Revista: «Como hemos recordado en otras ocasiones, en la interpretación del art. 1301 CC, la jurisprudencia ha mantenido que el cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad empieza a correr “desde la consumación del contrato”, y no antes (sentencias 89/2018, de 19 de febrero, y 264/2018, de 9 de mayo). Sin perjuicio de que en la contratación de algunos productos financieros, por ejemplo una participación preferente, puede ser que al tiempo de la consumación del negocio todavía no haya aflorado el riesgo congénito al negocio cuyo desconocimiento podía viciar el consentimiento prestado. Es en estos casos, en que la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, entendió que el momento de inicio del cómputo del plazo debía referirse a aquel en que el cliente hubiera podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo./ De hecho este tribunal, de forma un tanto casuística, ha ido distinguiendo entre distintos productos financieros para advertir, en función de sus características, cuándo podía considerarse consumado el contrato de adquisición./ En la sentencia 417/2020, de 10 de julio, en un supuesto relativamente similar al presente, en cuanto que se había ejercitado una acción de nulidad por error vicio de un contrato de préstamo hipotecario, razonamos por qué, en relación con la aplicación del art. 1301 CC, el contrato de préstamo bancario en dinero ha de considerarse consumado cuando el prestamista hizo entrega del capital del préstamo al prestatario, a alguno de los prestatarios o a la persona designada por el prestatario (...)./ De tal forma que, en nuestro caso, para la determinación del momento en que se habrían consumado los dos contratos de préstamo respecto de los que se ejercitaba la acción de nulidad por error vicio, partimos de la fecha en que se concertó, el 3 de septiembre de 2007, y del momento en

que la Audiencia entiende acreditado que el prestamista conoció de la existencia del derivado implícito y de sus “efectos negativos” respecto de la determinación del interés, en junio de 2010. Conforme a la jurisprudencia expuesta, sería desde entonces cuando comenzaría a computarse el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad por error vicio, que, como advierte la Audiencia, se cumplió antes de que se presentara la demanda, en diciembre de 2015».

B. Contratos de crédito para la adquisición de valores luego pignorados en garantía de la devolución de la financiación

§ 46 La *STS de 10 de marzo de 2021 (RJ 2021, 963)* decreta la nulidad de dos contratos de crédito y de garantía estipulados para refinanciar deudas anteriores de los prestatarios. Las deudas provenían de operaciones crediticias anteriores estipuladas con la finalidad de adquirir participaciones en fondos de inversión y otros productos financieros que, a su vez, había sido pignorados en garantía de la devolución de los préstamos, todo ello bajo el asesoramiento de la entidad prestamista, que había generado en los prestatarios la creencia de que la rentabilidad producida por los productos de inversión serviría para amortizar las operaciones activas: «entre los sucesivos contratos de financiación y de inversión se aprecia una unidad de intención, una vinculación funcional que, sin perjuicio de su respectiva autonomía, permite hablar de negocios coligados. La finalidad o función económico-social que se perseguía con estos solo podía lograrse a través del conjunto de esos contratos. Los préstamos constituían el instrumento mediante el que se obtenían los fondos con los que se realizaban las inversiones en productos financieros, y estos, a su vez, eran la garantía, a través de su pignoración, de aquellos préstamos, y la fuente de obtención de nuevos recursos económicos (mediante su esperada revalorización y beneficios) con los que amortizar los capitales prestados».

Los clientes habían acudido al banco en 2006 con unos ahorros de 60.000 € y acabaron con una deuda superior a los 800.000, garantizada, en parte con su patrimonio inmobiliario, merced al resultado negativo de las inversiones en los productos financieros recomendados por la entidad. En el litigio se plantea únicamente la nulidad de los dos últimos contratos, un préstamo personal por importe de 815.000 € y una hipoteca de máximo con una cobertura de hasta 290.000 € sobre seis inmuebles de los prestatarios. Sin embargo, el TS considera que para discernir acerca de la validez o nulidad de estas operaciones es necesario tener en cuenta las antecedentes cuya estipulación ocasionó la deuda que luego hubo de ser refinanciada. De este modo, aunque el préstamo y la hipoteca de máximo eran negocios sencillos, fáciles de entender para los clientes a pesar de su escasos conocimientos en materia financiera, su formalización vino propiciada por la de otros de carácter

mucho más complejo, sin la aportación de una adecuada información y diligente asesoramiento por parte del banco: «la representación que los demandantes se hicieron, en base a la información y asesoramiento de la demandada, sobre el nivel de riesgo de pérdida del capital recibido en préstamo e invertido en productos financieros recomendados por la prestamista/asesora y, en consecuencia, sobre el propio nivel de riesgo de impago de los sucesivos préstamos recibidos, incluido el suscrito el 8 de julio de 2009, como consecuencia de la insolvencia provocada por el resultado negativo de aquellas inversiones, así como sobre el correlativo nivel de riesgo de sufrir una ejecución hipotecaria sobre su patrimonio inmobiliario, fue claramente erróneo. Además, este error fue esencial, pues afectaba a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero, y excusable al tener su origen en un déficit de información por parte de la entidad financiera, en los términos que circunstanciadamente hemos señalado». Con base en estas consideraciones el TS ratifica la sentencia de instancia que había declarado la nulidad de los contratos por vicio del consentimiento.

También examina una de estas operaciones de **financiación para la adquisición de productos financieros** la *STS de 17 de febrero de 2021 (RJ 2021, 494)*. En este caso el TS confirma la sentencia de instancia que había decretado la **nulidad de pleno derecho, ex art. 6 Cc, por haberse comercializado el producto financiero sin la autorización administrativa necesaria.**

C. Descuento

§ 47 La *STS de 11 de febrero de 2021 (RJ 2021, 539)* nos recuerda la posibilidad de cometer un **delito de estafa por medio de la transmisión de unas letras de colusión a un banco a través de un contrato de descuento**, con el ánimo de sustraerle la cantidad anticipada, sin intención alguna de pagar los efectos descontados: «hemos dicho en SSTS 354/2014, de 9-5; con cita SSTS 1543/2005, de 29-12, y 919/2007, de 20-11, el contrato de descuento, de creación jurisprudencial, consiste básicamente en que el Banco descontante, previa deducción del interés correspondiente, anticipa a un cliente o descontatario el importe de un crédito no vencido contra tercero, generalmente instrumentado en letras de cambio, mediante la cesión “salvo buen fin” del crédito mismo, de tal forma que el cliente recupera anticipadamente el importe de las cambiales con el descuento correspondiente y todo ello previa cesión del instrumento cambiario a favor del Banco, el cual procederá por el mecanismo de cobro correspondiente a su efectividad, de tal suerte que si ello no acontece podrá repetir efectivamente el importe a su cliente./ Por ello, puede decirse que el contrato de descuento relativo al cobro anticipado por parte del librador de las cambiales a cargo de un tercero, mediante la cesión de las cambiales, comporta en realidad dos mecanismos negociables: uno,

el causante, fundamental, a resultas del cual por el Banco se anticipa o entrega la cantidad consignada en el documento, normalmente letras de cambio, con la reducción correspondiente al tipo de descuento, radiando en ese anticipo y en esa reducción el mecanismo causal justificativo de la operación, pues el cliente, librador de las cambiales hace efectivo anticipadamente el importe de las mismas y el Banco se lucra mediante el aprovechamiento del descuento o porcentaje deductor; y una segunda operación, a través de la cual se justifica documentalmente tal intervención del Banco en la cambial, mediante la cesión del crédito correspondiente, figurando a partir de entonces como tal tenedor y titular del crédito documentado en la correspondiente cambial el Banco descontante, y todo ello en cuanto a esa cesión o segunda manifestación externa del contrato de crédito de que en caso de la no efectividad del crédito cambiario por el tercero o librado aceptante, podrá resarcirse el Banco del importe correspondiente a cargo del librado, al cliente del mismo, librador de las letras./ En este sentido la STS, Sala Primera, de 2.3.2004, señala que el contrato de descuento responde a una relación bancaria y su esencia jurídica radica en la obligación que asume el descontatario de restituir al Banco descontante los importes descontados cuando no se abonen a la fecha de sus vencimientos por quien resulta obligado y deudor de los mismos, recuperando así el Banco los anticipos dinerarios llevados a cabo, ya que se trata de cesión “pro solvendo” y no cesión “pro soluto”./ Por ello en este tipo de operaciones pueden darse supuestos de estafa cambiaria cuando una letra ficticia se negocia como letra comercial; cuando se descuenta fingiendo activamente su carácter comercial u ocultando pasivamente su carácter financiero. En este caso –dice la STS. 633/2004 de 10.5– la entidad bancaria que abona el importe del descuento confiando en el carácter comercial del papel que le fue remitido, advierte la maniobra en cuanto presenta las letras al cobro y comprueba que el librado deniega su pago alegando que él nada debe al librador, que tales letras no obedecen a operación comercial alguna en la que él haya participado./ En estos casos es patente la creación y utilización de un engaño que sirvió para determinar a las entidades bancarias a realizar los actos de disposición patrimonial mediante los descuentos de las letras con la consiguiente entrega de dinero, que no habría sin duda, otorgado el Banco, conociendo la falsedad de la aceptación. Ello determina la existencia de un engaño antecedente que fue la maniobra falaz y torticera de que se vale el librador descontatario para determinar al Banco a entregar el importe de las letras».

3.2. Garantías

A. Garantías bancarias

§ 48 En sede de garantías bancarias, la *STS de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021, 370)* resuelve una reclamación de ejecución de unos **avales bancarios**

en garantía de la entrega de obra terminada por el promotor en un contrato de permuta de solar por obra. La ejecución de los avales se había condicionado a que los acreedores requiriesen fehacientemente al promotor el cumplimiento del contrato, en los términos pactados, sin que dicho cumplimiento se produjese. Por su parte, las obligaciones del promotor consistían en la entrega de unos inmuebles terminados, con las licencias oportunas, en el plazo de 30 meses desde el inicio de las obras, pero este inicio se hacía depender de la recepción de las obras de urbanización del suelo por parte del Ayuntamiento en cuyo término se situaban. Las obras de urbanización no se acometieron nunca y el consistorio revocó la autorización al agente urbanizador, por incumplimiento de sus obligaciones. Posteriormente, el promotor vendió los solares a la SAREB. En ese momento la contraparte del contrato de cambio de solar por obra solicitó la ejecución de los avales, por entender que la entrega de la obra terminada había devenido imposible. El banco garante se opuso alegando que no se había producido el presupuesto para la ejecución de los avales, pues no había llegado el *dies a quo* del plazo de 30 meses para ejecutar la obra, de modo que el promotor no había incumplido la obligación garantizada.

Tras sustanciarse el correspondiente litigio, los órganos de instancia desestimaron la demanda, acogiendo los argumentos del banco, en una decisión que luego es refrendada también por el Tribunal Supremo. El argumento decisivo reside en que el deudor principal no había incumplido, al no haber comenzado el plazo del que disponía, según contrato, para ejecutar la obra: «la entrega de los inmuebles comprometidos a los demandantes debía realizarse en el plazo de 30 meses desde la obtención de la licencia de obras, licencia que debía solicitarse en el plazo de 4 meses desde que el agente urbanizador entregase al Ayuntamiento, mediante escritura pública y libre de cargas, el terreno ya urbanizado. Esta entrega, y consiguiente recepción, constituye el evento que determina el *dies a quo* para el cómputo del plazo para solicitar la licencia de obras y, por consiguiente, para poder iniciar el cómputo del ulterior plazo para ejecutar la construcción y la subsiguiente entrega de los inmuebles». Además, entiende el TS que el cumplimiento no había devenido imposible por la venta de los solares a la SAREB: «La conclusión alcanzada, contraria a la tesis impugnativa, no puede ser desvirtuada por el hecho de que en noviembre de 2014 Vallehermoso vendiese la finca cedida en permuta a la Sareb, en ejecución del programa de reestructuración y liquidación de su deuda bancaria. En el contrato de permuta ni se incluyó una prohibición de enajenar u obligación de no disponer, que, por lo tanto, no podría estar garantizada con ninguna forma de garantía real –art. 26 LH– o personal, ni la venta es completamente incompatible con el cumplimiento de las prestaciones debidas (construcción y entrega de las viviendas, garajes y trasteros)». Y todo ello

hace que no quepa solicitar la ejecución de los avales, que tenían un ámbito de cobertura muy definido en que no tenía cabida lo acontecido hasta el momento y que no puede ser extendida: «Estos avales se limitaron a garantizar el cumplimiento de las dos siguientes obligaciones de Vallehermoso:/ 1.º Presentación de solicitud de licencia municipal de obras ante el Ayuntamiento de Albacete, en el plazo de cuatro meses a contar desde el momento de recepción de las obras de urbanización de la APR3 por parte de este mismo Ayuntamiento./ 2.º Entrega de 4 viviendas, 4 trasteros y 4 plazas de garaje que se tiene proyectado construir en la APR3 en el plazo de 30 meses, contados desde la fecha de concesión de la licencia municipal de obras».

La hipotética extensión no podría tener lugar, siquiera en un **aval a primera demanda**, según indica el TS haciéndose eco de una antigua jurisprudencia, citada en *obiter dicta*: «estos criterios se han aplicado incluso a los supuestos de los denominados avales “a primer requerimiento”. La sentencia de 2 de octubre de 1990 lo declaró de forma inequívoca que:/ “la pretendida interpretación que el recurrente hace en el desarrollo del motivo, no sólo violenta los preceptos legales que acabamos de citar, sino que incluso desnaturaliza el contrato de fianza, convirtiéndolo en un simple reconocimiento de deuda, al pretender que el avalista venga obligado a pagar siempre y en todo caso, cualquiera que fuesen las obligaciones afianzadas; supuesto que no puede ser el de autos, por mucha amplitud o sentido interesado que quiera dársele a las expresiones ‘Aval a primera demanda’ o ‘Primer requerimiento’, pues los términos demanda y requerimiento hay que ponerlos necesariamente en relación con la frase anterior ‘obligaciones derivadas del contrato’, y solo cuando estas obligaciones válidamente existan, vendrá obligado el fiador, según entiende la mayoría de la doctrina”». Y, si ello no es posible en esta modalidad de garantía autónoma, con mucha más razón cuando se trata de un contrato de fianza, sometido a un régimen de ejecución menos automático, que, además, no se había cumplido en este caso: «Siendo ello así en los citados supuestos de aval a “primer requerimiento”, con mayor motivo debe aplicarse este criterio en un supuesto como el de la litis en el que, por expresa determinación contractual, se estableció como condición para la ejecución del aval la de acreditar fehacientemente a la entidad bancaria fiadora “que en el plazo de siete días siguientes a la fecha de vencimiento de las obligaciones que se han señalado anteriormente, D. [acreedor afianzado] ha requerido mediante Acta Notarial a Vallehermoso División Promoción, S.A.U. el cumplimiento de las mismas, sin que dentro del plazo fijado ésta hubiera atendido sus compromisos”. Condición que no consta acreditada en el presente caso. El requerimiento extrajudicial que hemos reseñado en los antecedentes de hecho se dirigió directamente a Banco de Santander».

B. Garantías en las operaciones bancarias

§ 49 En otro orden de cosas, la STS de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4565) enjuicia un interesante supuesto de **aplicación del art. 1.852 CC, por imposibilidad del fiador de subrogarse en los derechos del acreedor hipotecario** que había instado la cancelación de la hipoteca al resultar adjudicatario de la finca en virtud de un procedimiento distinto (de ejecución de una segunda hipoteca), tras haber reclamado del fiador el pago de la deuda derivada del primer préstamo hipotecario.

En este caso, y después de un largo y detallado análisis, el TS considera que se dan todos los requisitos exigidos por la norma para que se produzca la **liberación del fiador**, en particular, la existencia de un perjuicio cierto para el fiador como consecuencia de la extinción de la hipoteca: «Al no poder producirse la subrogación en la misma, el fiador que paga carece de la protección propia de la garantía hipotecaria, de constitución simultánea, que delimitaba la relación jurídica (crédito garantizado) sobre la que asumió su compromiso fideiusorio, contando con que asumía la responsabilidad, pero no la carga económica del débito del que podría resarcirse a través no sólo de la acción de regreso o reembolso (condicionada a la incierta solvencia de la deudora –en el caso devenida insolvente–), sino también mediante la acción subrogatoria sobre la hipoteca que sujetaba un activo inmobiliario que, a tenor de su valoración, era más que suficiente para garantizar el resarcimiento del pago de la deuda ajena afianzada. Al perderse la garantía hipotecaria esta expectativa se desvaneció ante la insolvencia del deudor./ (...) En esas circunstancias, la reclamación judicial de Cajasur, por la vía ejecutiva frente al patrimonio de los fiadores, pretendiendo el cobro íntegro de lo adeudado por el primer préstamo, habiendo eliminado la posibilidad de subrogación de aquellos en la hipoteca, incurre en la proscripción del abuso de derecho que sanciona el art. 7.2 CC, como acertadamente apreciaron y razonaron ambas instancias, y entra en el ámbito de los efectos liberatorios de la fianza previstos en el art. 1852 CC».

4. OTRAS CUESTIONES

4.1. Responsabilidad derivada de la Ley 57/1968 por la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes de viviendas

§ 50 En el marco de las sentencias sobre la aplicación de la Ley 57/1968, la STS de 5 de octubre de 2020 (RJ 2019, 3643) recuerda que el **plazo de prescripción de la acción para reclamar la ejecución del seguro de caución** que cubre la devolución de las cantidades entregadas a cuenta es el general del art. 1.964 II CC y no el del art. 23 LCS: «En trance de sentar un criterio uniforme sobre el plazo de prescripción contra la entidad aseguradora bajo el régimen de la Ley 57/1968, esta sala considera que

es el general del art. 1964 CC (para el presente caso, quince años). La razón fundamental es que el art. 1-1.^a de dicha ley prevé como garantías alternativas de la devolución de las cantidades anticipadas tanto el contrato de seguro como el aval solidario (art. 1-1.^a), y no tendría ningún sentido que el plazo de prescripción de la acción de los compradores fuese distinto –y considerablemente más corto– en el caso del seguro que en el del aval, ya que ambas formas de garantía deben ser contratadas imperativamente por el vendedor en beneficio exclusivo de los compradores y el art. 7 de la propia Ley 57/1968 establece que los derechos de estos “tendrán el carácter de irrenunciables”.

- § 51 La STS de 7 de octubre de 2020 (RJ 2019, 3773), las SSTs de 21 de diciembre de 2020 (RJ 2019, 5068 y 5075), la STS de 1 de marzo de 2021 (RJ 2021, 495), y la STS de 15 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1360) confirman que los intereses a que se refieren la Ley 57/1968 (art. 3) y la Disp. Ad. Primera de la LOE en su redacción aplicable al caso se devengan desde la fecha de cada anticipo, dado que se trata de intereses remuneratorios y no moratorios, con independencia de que en algunas ocasiones (como en una STS de 7 de mayo de 2014) se condene al banco o a la entidad avalista al pago de los devengados desde un momento posterior, por congruencia con lo pedido en la demanda. Esta doctrina se aplica con independencia de que se haya declarado responsable a una entidad garante, como ocurre en los dos primeros casos citados, o a la entidad bancaria receptora de los ingresos por no exigir la apertura de cuenta especial debidamente garantizada, como ocurre en el tercero.
- § 52 La STS de 2 de febrero de 2021 (JUR 2021, 137205) desestima la reclamación contra el banco que no se había encargado de controlar que las cantidades entregadas por los adquirentes se *ingresaran* en una cuenta especial debidamente garantizada, porque no se dio el presupuesto para reclamar la devolución, dado que los reclamantes habían ido dándose de baja en la promoción en su mayoría por causas ajenas a los denunciados incumplimientos de la cooperativa promotora.
- § 53 La STS de 28 de octubre de 2020 (RJ 20120, 4175), la STS de 10 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 5273), la STS de 19 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 5283) y la STS de 19 de enero de 2021 (JUR 2021, 137205) reiteran que la Ley otorga su protección a los compradores que adquieren las viviendas para dedicarlas a su residencia familiar. Dice el TS que éstos no han de identificarse exactamente con los consumidores en el sentido del art. 1.2 LGDCU, pero, con independencia de ello, lo que está claro es que la Ley 57/68 **no protege a quienes adquieren las viviendas con una finalidad de inversión**. En los cuatro casos los adquirentes –una sociedad adquirente de dos estudios universitarios, otra sociedad perteneciente a unos inversores británicos, dos profesionales de la actividad inmobiliaria, y unos inversores

que pretendían adquirir un apartamento ubicado en un aparta-hotel para explotarlo, respectivamente— habían pactado con la promotora que ésta les dotaría de avales para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, pero este pacto no vinculaba a las entidades de crédito terceras que emitieron los avales colectivos para asegurar tales devoluciones a los compradores amparados por la Ley 57/68 y que fueron demandadas en los correspondientes litigios, dado que la garantía en estos casos se rige por lo pactado y no por esta Ley al exceder el supuesto de su ámbito subjetivo de protección.

- § 54 La STS de 18 de noviembre de 2020 (RJ 2019, 4612), la STS de 15 de febrero de 2021 (JUR 2021, 137670) y las SSTS de 22 de febrero de 2021 (RJ 2021, 805 y 814) sintetizan la jurisprudencia anterior sobre la **extensión cuantitativa de los avales**, señalando que «la responsabilidad del avalista, aunque se trate de un aval colectivo, deriva del propio aval, y que su efectividad a la hora de responder frente a los compradores de la totalidad de los anticipos más sus intereses, sin límites cuantitativos y tal y como lo haría el promotor avalado, solo requiere que se hayan hecho entregas a cuenta del precio de cantidades previstas en el contrato y que el promotor haya incumplido su obligación de entregar la vivienda (...), pero no depende de que los anticipos se hayan ingresado o no en una cuenta del avalista o de otra entidad, ni del carácter de dicha cuenta». En sentido semejante se pronuncia también la STS de 25 de enero de 2021 (RJ 2021, 315).
- § 55 En cambio, la STS de 25 de enero de 2021 (RJ 2021, 253) delimita la **responsabilidad de la entidad de crédito** depositaria ciñéndola a las **cantidades efectivamente ingresadas en alguna cuenta de la promotora en la misma**, sin extenderse a todas las entregadas por el adquirente de la vivienda: «Es doctrina jurisprudencial reiterada a partir de la sentencia 733/2015, de 21 de diciembre, que el tribunal sentenciador demuestra conocer, que mientras la entidad garante (avalista o aseguradora) responde de todas las cantidades anticipadas, incluyendo sus intereses, sin que proceda respetar los límites cuantitativos del aval o de la póliza de seguro, y sin que su responsabilidad respecto de las cantidades anticipadas previstas en el contrato dependa de que se ingresen o no esas cantidades en una cuenta bancaria ni del carácter de la cuenta en que se ingresen, al ser una responsabilidad que solo requiere que se hayan hecho entregas a cuenta del precio de cantidades previstas en el contrato y que el promotor haya incumplido su obligación de entregar la vivienda (sentencias 8/2020, de 8 de enero, 6/2020, de 8 de enero, y 653/2019, de 10 de diciembre), por el contrario la responsabilidad de las entidades de crédito conforme al art. 1-2.^a de la Ley 57/1968 no es una responsabilidad “a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador”, sino que nace del incumplimiento

de su deber de control “sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor” en la propia entidad de crédito, siendo lo relevante si conoció o tuvo que conocer la existencia de esos ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen, lo que tiene lugar en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas (entre las más recientes, sentencias 479/2020, de 21 de septiembre, 453/2020, de 23 de julio, y 147/2020, de 4 de marzo)./ En definitiva, no basta con la prueba de que se hicieron los anticipos, como pretende la parte demandante-recurrida, sino que ha de probarse que las cantidades se ingresaron en alguna cuenta de la promotora en Caixa-bank». En este caso, el adquirente había realizado pagos a cuenta por importe superior a los 44.000 €, pero de ellos sólo se habían ingresado unos 7.000, por los que finalmente hubo de reponer el banco depositario.

- § 56 Por su parte, la *STS de 8 de febrero de 2021 (RJ 2021, 585)* y la *STS de 1 de marzo de 2021 (RJ 2021, 809)* siguen el criterio marcado por otras anteriores en el sentido 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, en una cuenta de la promotora distinta de la específicamente habilitada a tal efecto y sin dar razón suficiente de que se correspondían con anticipos de compradores de viviendas protegidos por la Ley 57/1968. Lo mismo ocurre en la *STS de 8 de marzo de 2021 (RJ 2021, 967)* en un supuesto en que los justificantes de pago presentados eran recibos que se limitaban a mencionar el nombre y apellidos de quien pagaba sin ninguna otra indicación, sin estar acreditado que la promotora hubiese encomendado al banco la gestión del cobro de recibos.