



**Crónica de  
Jurisprudencia  
del Tribunal  
Supremo**



# MERCADOS DE SEGUROS, DE CRÉDITO Y DE VALORES

RAFAEL MARIMÓN DURÁ

Catedrático de Derecho Mercantil. Departamento de Derecho Mercantil  
«Manuel Broseta Pont». Universitat de València

NURIA LATORRE CHINER

Profesora Titular de Derecho Mercantil Departamento de Derecho Mercantil  
«Manuel Broseta Pont» Universitat de València

JAVIER VERCHER MOLL

Profesor Aydte. Doctor de Derecho Mercantil Departamento de Derecho Mercantil  
«Manuel Broseta Pont» Universitat de València

Revista de Derecho del Sistema Financiero 3  
Enero – Junio 2022  
Págs. 357–402

SUMARIO: I. MERCADO DE CRÉDITO Y DE VALORES. 1. *Comercialización de valores negociables y 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 año comercial). 2.4. Cláusulas suelo y cláusulas de renuncia a la interposición de acciones. 2.5. Cláusulas de conversión en préstamos multidivisa. 2.6. Cláusula de interés de demora. 3. *Operaciones bancarias*. 3.1. Operaciones bancarias activas o de financiación (contrato de préstamo). 3.2. Cesiones de créditos. 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. 4.2. Aavales prestados para garantizar las obligaciones asumidas frente a las administraciones públicas. 4.3. Algunas cuestiones penales. II. MERCADO DE SEGUROS. 1. *Accidentes de circulación*. 2. *Planes y fondos de pensiones*. 3. *Deber de*

*declaración del riesgo. 4. Recargo por demora. 5. Prescripción de acciones. 6. Cláusulas delimitadoras y limitativas. 7. Subrogación del asegurador. 8. Responsabilidad civil por mala praxis médica.*

## I. MERCADO DE CRÉDITO Y DE VALORES<sup>1</sup>

En el presente número se traen a colación las sentencias aparecidas en un periodo de medio año que abarca desde abril hasta septiembre de 2021 y en ella se sigue la estructura básica que se ha utilizado en los números anteriores de la Revista, agrupándose las sentencias en las mismas categorías o tópicos. Así, comenzamos esta sección de la Crónica con las sentencias sobre productos financieros complejos, en sus distintas variantes, seguidas por las relativas al control de condiciones generales de la contratación en operaciones bancarias, tópicos que siguen teniendo el mayor peso en la jurisprudencia del TS en materia financiera, desde un punto de vista cuantitativo, aunque su interés va menguando, pues, con frecuencia, reiteran criterios ya consolidados. 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, en particular, en la temática relativa a la transacción entre el banco y el prestatario para rebajar el umbral de interés en la cláusula suelo y la consolidación de los criterios de atribución de los gastos de constitución de los préstamos hipotecarios, tras la declaración de nulidad de la cláusula por la cual se impone su pago íntegro al prestatario.

Junto a los tópicos anteriores, destacamos la presencia de una nueva sentencia sobre el Caso Bankia, dos relevantes sentencias en materia de cesión de créditos originados en el marco de la actividad bancaria y varias sentencias de interés en materia de préstamo (nulidad por falta de poder de representación, prescripción de la acción en préstamos sin plazo de vencimiento determinado, etc.).

Para confeccionar la Crónica en esta ocasión se han consultado y reseñado un total de 227 sentencias<sup>2</sup>.

### 1. COMERCIALIZACIÓN DE VALORES NEGOCIABLES Y PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS

Aunque ha disminuido su volumen respecto a los periodos anteriores, siguen siendo numerosas las sentencias relativas a reclamaciones contra

1. Por Nuria Latorre Chiner y Javier Vercher Moll.

2. 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.

entidades de crédito y empresas de servicios de inversión con motivo de los procesos de comercialización irregular de productos financieros complejos de diversa naturaleza. Las malas condiciones de transparencia con las que con frecuencia se llevó a cabo la colocación de estos productos en el mercado minorista hace unos años ha dado pie a la presentación masiva de demandas por los afectados y por las asociaciones de consumidores representativas de sus intereses, que siguen ocupando una buena parte de la tarea del TS. Repetimos en este número el criterio de ordenación que seguimos en los anteriores, 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 este segundo 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

§ 1 En materia de **swaps sobre tipos de interés** declara la **nulidad del contrato**, aplicando la doctrina general, la *STS de 18 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2213)*, en un caso en que se había incluido una cláusula suelo en el préstamo hipotecario al que estaba vinculado el swap, duplicándose con ello la carga financiera del cliente en un escenario de tipos de interés a la baja; y también la *STS de 9 de junio de 2021 (RJ 2021, 2828)*. Como en muchos otros litigios sobre la materia, en el resuelto por la sentencia de 18 de mayo la entidad demandada había opuesto 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, alegación que fue acogida por la Audiencia en aplicación del criterio mantenido por el TS en aquella época. 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, como recuerda el TS en esta nueva sentencia.

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 ha de devolver las actuaciones para que sea el órgano inferior el 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 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. En este caso, la *STS de 18 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2213)* se decanta por la primera de las dos opciones.

- § 2 En cambio, **desestima la pretensión de nulidad** por vicio del consentimiento la *STS de 12 de abril de 2021 (RJ 2021, 1480)* en un caso en que el administrador de la demandante tenía una amplia experiencia en operaciones jurídicas y bancarias propias de su actividad profesional inmobiliaria (siendo incluso administrador de una consultora económica y financiera) y había negociado las condiciones de refinanciación de sus empresas a lo largo de meses dando pie a la operación compleja con la entidad de crédito en la que se incluyeron los swaps impugnados, como elemento para garantizar un interés mínimo a dicha entidad. En este caso, además, se había presentado previamente una reclamación ante del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que fue archivada por entender este organismo que la entidad de crédito no había incurrido en ninguna mala práctica bancaria. Por su parte, la *STS de 15 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4038)* entiende caducada la acción, por transcurso de más de cuatro años desde que se produjo la última reestructuración de varios de los contratos impugnados.
- § 3 De igual modo, la *STS de 11 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2121)* **desestima la acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de las obligaciones de información precontractual**, en relación con un **derivado implícito** incluido en un contrato de préstamo, al no quedar acreditado incumplimiento alguno por parte del banco. De forma similar al supuesto de la sentencia antes reseñada, el derivado se había incluido en el contrato como forma de pasar de un interés variable a otro fijo en el marco de una renegociación instada por el prestatario.

## 1.2. Productos de inversión de carácter complejo

- § 4 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 22 de abril de 2021 (RJ 2021, 1870)*, la *STS de 4 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2133)*, la *STS de 20 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2543)*, la *STS de 15 de julio de 2021 (RJ 2021, 3363)*, las *STS de 12 de julio de 2021 (RJ 2021, 3571 y 3835)*, la *STS de 14 de julio de 2021 (RJ*

2021, 3846) y la STS de 19 de julio de 2021 (RJ 2021, 3586). La STS de 22 de abril de 2021 (RJ 2021, 1870) estima un recurso extraordinario por infracción procesal, anulando la sentencia de la Audiencia por incongruencia *extra petita*, porque esta había declarado la inaplicabilidad del control de transparencia al supuesto por no ser «consumidora» la demandante, cuando la pretensión acogida por el Juzgado, que había sido objeto de apelación, era la de nulidad por vicio del consentimiento. Ya entrando a ver el recurso de apelación estimó la nulidad instada por la cooperativa demandante, «cliente minorista» de la entidad de crédito demandada. Por su parte, la STS de 4 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2133) para declarar la nulidad tiene en consideración especialmente que la entidad de crédito había entregado a su cliente la documentación informativa el mismo día de la suscripción y, además, le había practicado un test inadecuado: «La documentación aparece suscrita por la demandante el mismo día que la orden de compra de las participaciones. Es decir, la documentación que debía haber satisfecho los deberes de información se entregó al mismo tiempo que se firmó la orden de suscripción de las participaciones preferentes, como un conjunto documental, por lo que no pudo cumplir su finalidad de que el cliente pudiera conocer los riesgos antes de prestar su consentimiento. Tampoco es significativa la anterior contratación con la propia entidad de otros productos cuando no hay constancia de la información que se le había suministrado en su contratación./ El mismo día de la suscripción de la orden de compra y de toda la documentación, se cumplimentó un test, no de idoneidad que sería el exigible en atención a la existencia de asesoramiento, sino de conveniencia; el test aparece cumplimentado a máquina y contiene tan solo cuatro preguntas, una sobre el nivel de conocimientos de los clientes y tres en las que se mencionan expresamente las emisiones de “renta fija”, cuando se quiere insistir por la entidad en que a la demandante le debió quedar claro que el producto contratado ni era un depósito (a pesar de la denominación del contrato suscrito de “contrato de depósito o administración de valores”) ni era un producto de renta fija». La STS de 20 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2543) desestima el recurso de apelación planteado por banco, asumiendo la función de instancia, por entender que en el caso «[h]ubo asesoramiento, en los términos explicados, porque fue la entidad quien ofreció la contratación de un producto de riesgo y complejo a los actores, un matrimonio con estudios básicos, carentes de formación financiera y, a la vista de la documental aportada, con un perfil inversor conservador. Como observa el juzgado, la demandada realizó, no el preceptivo test de idoneidad, sino un test de conveniencia escasamente significativo, y no ha acreditado haber cumplido los deberes de información que le incumbían, propiciando el error

vicio del consentimiento determinante de la nulidad contractual». Finalmente, la *STS de 12 de julio de 2021 (RJ 2021, 3835)* declara la **nulidad de todos contratos celebrados de forma consecutiva** para equilibrar las pérdidas producidas por el primero de ellos, celebrado sin respetar las debidas condiciones de transparencia, bajo el asesoramiento del banco y con un cliente minorista que carecía de los conocimientos y experiencia necesarios. El TS entiende que se trata de **contratos vinculados**, que han de seguir la misma suerte: «El proceso se inicia con el depósito estructurado sobre opciones de acciones del Banco Popular del año 2007 y con vencimiento en abril de 2010, que se acabaron convirtiendo en acciones, al producirse una bajada en su cotización de más del 20%. / Antes del vencimiento y dada la merma de la inversión y aconsejado para aguardar a una subida del precio de las acciones, se concierta una póliza de crédito en 2009, con la que conseguir liquidez, que es renovada en 2011 y 2012. / Dada la continua pérdida de valor se le aconseja una póliza de préstamo y pignoración de los valores, e hipoteca de máximos en febrero de 2014, con lo que el banco reforzaba las garantías ante la escasa seguridad de la inversión mientras que a la parte demandante le disminuía su inversión y se le incrementaban las cargas. / De lo expuesto se deduce la vinculación entre los contratos descritos pues se formalizan con el propósito de equilibrar los resultados de la operación en su conjunto, adoleciendo el demandante de una información adecuada sobre el producto contratado. (...) Aceptada la nulidad del contrato inicial por el error propiciado por la falta de información en la contratación de un producto financiero complejo, y constatada la vinculación contractual del resto de los contratos (pólizas de crédito, préstamo, prenda, hipoteca de máximo) debemos declarar que todos los contratos obedecen a una misma causa, siendo el primero antecedente de los demás, y que fueron concertados para intentar subsanar la pérdida de valor. / Es indudable que sin la contratación del producto estructurado, ninguna de las posteriores contrataciones se habría llevado a cabo. / También se constata que el asesoramiento del banco propició un incremento de las cargas del inversor, más que una obtención aplazada de más rentabilidad».

- § 5 En cambio, **no aprecia la existencia de vicio del consentimiento** la *STS de 12 de julio de 2021 (RJ 2021, 3364)*, por entender que en el caso en cuestión los suscriptores contaban con los conocimientos y asesoramiento cualificado suficientes para entender la trascendencia económica de la contratación efectuada: «De los hechos declarados probados en la sentencia recurrida se deduce que D. Martín (demandante) tenía conocimientos suficientes del producto adquirido, dada su trayectoria profesional en el Banco de Santander en Gipuzkoa, del que llegó a ser Director Provincial, incluso en la



fecha de la emisión de las AFS, siendo el propio banco el encargado de la comercialización en dicha provincia, por lo cual debe desestimarse la existencia de error en la contratación, dado que por su perfil inversor no puede refugiarse en la inexistencia de información, dado que poseía conocimiento, con creces, sobre la naturaleza del producto./ Por lo que respecta a la Sra. Adelina se debe declarar que las AFS las adquirieron los demandantes al tiempo que su padre las vendía, a lo que debe añadirse que contaba con asesoramiento cualificado por parte del Sr. Martín, con el que las adquirió conjuntamente (folio 194), por lo que asimismo debe descartarse la existencia de error (arts. 1300 y 1301 del C. Civil) (sentencia 91/2021, de 22 de febrero)».

- § 6 En relación con el **inicio del cómputo del plazo de la acción**, la *STS de 20 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2543)* y la *STS de 12 de julio de 2021 (RJ 2021, 3571)*, la *STS de 15 de julio de 2021 (RJ 2021, 3363)*, la *STS de 19 de julio de 2021 (RJ 2021, 3586)* y la *STS, Pleno, de 23 de julio de 2021 (RJ 2021, 3747)*, referidas a la suscripción de **participaciones preferentes**, consideran que los inversores no pudieron tomar conciencia de la verdadera naturaleza del producto y de que su inversión no fuera recuperable antes de que se publicara la Resolución de la Comisión Rectora del FROB, que daría lugar a la posterior oferta de canje de las participaciones preferentes por acciones de la entidad, en algunos casos, o antes de que se produjera la oferta de recompra del Banco, en otros (*STS, Pleno, de 23 de julio de 2021*), lo cual supone que el plazo no puede comenzar a computarse en un momento anterior a dichas comunicaciones. En términos semejantes se pronuncia la *STS de 12 de julio de 2021 (RJ 2021, 3364)*, en referencia a la suscripción de unas **obligaciones subordinadas**: «el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error no pudo tener lugar hasta que la AIAF (Asociación de Intermediarios de Activos Financieros, que constituye el mercado español bursátil secundario oficial de negociación para la Deuda Corporativa o valores de renta fija integrado en Bolsas y Mercados Españoles –BME–) suspendió la negociación de las aportaciones subordinadas litigiosas el 30 de octubre de 2013», aunque tal apreciación careciera de efecto útil en este caso al no apreciarse la concurrencia de error. En referencia a un **bono estructurado** la *STS de 14 de julio de 2021 (RJ 2021, 3846)*, siguiendo la senda marcada por otras sentencias anteriores que hemos venido reseñando, como la de 19 de febrero de 2018, la de 9 de julio de 2019 o la de 9 de febrero de 2021, señala como el *dies a quo* del plazo el de la completa consumación del contrato, solución que se equipara a la de las permutas financieras, en este punto: «con los contratos de adquisición de bonos estructurados, hemos declarado que su consumación se produce con la cancelación, con su vencimiento,

cuando se producen las liquidaciones finales del valor subyacente que determina el rendimiento del producto estructurado contratado, en el 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, por lo que el bono estructurado guarda relación con la permuta financiera, respecto de la que hemos considerado que se consumaba a su vencimiento, señalando, en este sentido, que, a efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato». Por su parte, la *STS de 25 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2516)* y la *STS de 15 de junio de 2021 (RJ 2021, 2842)*, en relación con unos **bonos necesariamente convertibles** y con otros productos de análoga naturaleza, respectivamente, siguiendo la estela de la *STS de 17 de junio de 2026* y la *STS 22 de junio de 2020*, la *STS de 5 de febrero de 2021* y la *STS de 16 de marzo de 2021*, sitúan el inicio del cómputo del plazo en el momento de la conversión de los valores de renta fija en acciones, que permitió al bonista advertir el carácter arriesgado de la operación. Según la primera de las dos sentencias «[d]ado 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». Finalmente, la antes citada *STS de 12 de julio de 2021 (RJ 2021, 3835)*, que tiene por objeto la impugnación de una serie de **operaciones concatenadas**, sitúa el *dies a quo* en el momento de conclusión de la última de ellas: «Es indudable que sin la contratación del producto estructurado, ninguna de las posteriores contrataciones se habría llevado a cabo. (...) Por ello, debe fijarse el dies a quo en febrero de 2014, que es cuando se contrata la hipoteca de máximos, por lo que la acción no se habría extinguido por el transcurso de cuatro años, dado que la demanda se interpuso en abril de 2016 (art. 1301 del C. Civil), siendo en 2014 cuando la parte demandante es plenamente conocedora de los perjuicios padecidos». En cambio, la *STS de 15 de*

septiembre de 2021 (RJ 2021, 4038) entiende caducada la acción, por transcurso de más de cuatro años desde que se produjo la última reestructuración de varios de los contratos de swap impugnados.

§ 7 En lo relativo a la **legitimación pasiva en la acción de nulidad** es de interés la *STS, Pleno, de 23 de julio de 2021 (RJ 2021, 3747)*, que se dicta en el marco del proceso de saneamiento del Banco Espírito Santo portugués (en adelante, BES), mediante la cesión de parte de sus activos y pasivos a una entidad puente, el Novo Banco. Esta cesión se produjo en virtud de unas resoluciones del Banco de Portugal de 2014 de las que se desprendía con claridad que en la misma se encontraban incluidos los pasivos derivados de la venta de productos híbridos, entre los que se encontraban unas participaciones preferentes de otra entidad comercializadas por una sucursal del BES en España. Con esta situación, los adquirentes de las preferentes en cuestión demandaron al banco puente, obteniendo sentencia favorable en primera instancia, que fue confirmada posteriormente en apelación. Pero, durante el intervalo de tiempo que medió entre las dos sentencias, el Banco de Portugal emitió una nueva resolución en que se corregía, en parte, las condiciones de la cesión, por lo que cabía entender que las responsabilidades derivadas de la venta de las preferentes habían de quedar de cargo del BES. Esta última resolución tenía, pues, un efecto retroactivo. Sin embargo, el litigio sobre las preferentes, planteado por los demandantes frente al Novo Banco, prosiguió con la interposición por dicha entidad de sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación en los que alegaba la falta legitimación pasiva en la acción de nulidad instada por la demandante, básicamente por dos motivos: debido a la nueva resolución del Banco de Portugal, que hacía recaer la responsabilidad en el BES (en el recurso por infracción procesal), y porque dicho banco había actuado como mero intermediario en la venta de las participaciones emitidas por un tercero, no siendo por tanto su vendedor, lo cual impedía que la declaración de nulidad pudiera traer consigo una devolución recíproca de las contraprestaciones entre los contratantes, como establece el art.1.303 CC.

Con motivo de la resolución de la primera de las dos cuestiones se interpuso una cuestión prejudicial ante el TJUE, habida cuenta de que el proceso de saneamiento del BES se había llevado a cabo en el marco de las normas europeas sobre saneamiento y resolución de entidades de crédito. Dicha cuestión se acaba resolviendo por la STJUE de 29 de abril de 2021, que considera contrario al principio de tutela judicial efectiva tener en cuenta una resolución administrativa que cambia la situación del objeto sobre el que recae el litigio, una vez interpuesta la demanda y habiendo recaído la sentencia de primera instancia, argumento este que toma el TS para desestimar el motivo del recurso: «el apartado 63 de la sentencia

del TJUE (...) considera una limitación injustificada del derecho a la tutela judicial efectiva no solo reconocer la eficacia, en un proceso en curso, de unas medidas de saneamiento adoptadas por la autoridad competente del Estado miembro de origen con posterioridad a la interposición de la demanda y de la sentencia de primera instancia, que tengan como consecuencia modificar, con efectos retroactivos, el marco jurídico pertinente para resolver el litigio que motivó la citada demanda, sino también que tales medidas pretendan modificar directamente la situación jurídica objeto de ese litigio./ 9.- No puede aceptarse que Novo Banco sea sucedido, como parte demandada en el proceso, por BES, puesto que sería reconocer la eficacia en un proceso en curso de una medida adoptada con posterioridad al inicio del proceso y una vez que en el mismo se había dictado la sentencia de primera instancia, que afecta a un pasivo del que había sido desposeído BES y transmitido a Novo Banco, con lo que se pretende modificar directamente la situación jurídica objeto del litigio, privar de eficacia a la acción que la cliente ejercitó confiando legítimamente en el marco jurídico vigente cuando interpuso la demanda, y, en definitiva, privar de eficacia a la resolución judicial dictada en tal proceso».

Y, en relación con la segunda de las cuestiones, el TS reitera su doctrina anterior en el sentido de afirmar la legitimación pasiva de la empresa de servicios de inversión comercializadora de las preferentes en los litigios sobre nulidad por vicios del consentimiento: «cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unos valores) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente».

- § 8 También en el marco de una de estas acciones de nulidad (en concreto de un contrato de gestión de carteras) se plantea ante el TS el debate acerca de si el **plazo de conservación de la documentación contractual** se circunscribe al plazo de seis años que imponen algunas normas a las entidades de crédito y a las empresas de servicios de inversión, o, por el contrario, debe extenderse hasta cubrir todo el plazo de prescripción de las acciones a cuyo ejercicio puedan dar lugar los contratos correspondientes (básicamente el de 15 años del art. 1.964 CC antes de la reforma de 2015). La *STS de 19 de julio*

de 2021 (RJ 2021, 3393) da una respuesta negativa a esta extensión: «La recurrente, sin explicar cuál es ahora su concreto interés, más allá de la invocación en la demanda de una genérica preocupación respecto de sus inversiones, solicita que se declare la obligación legal de entregar la “documentación que justifique los apuntes reseñados en el documento n.º 10 de la demanda, consistentes en contratos de letras y bonos del tesoro, imposiciones a plazo, compras de acciones y fondos de inversión desde 1992 a 2004” ./ De esta forma, lo que pretende la recurrente, sin invocar la tutela de un interés concreto, y con cita del art. 1964 CC, es que se declare que la obligación de entrega al cliente de la documentación justificativa de las operaciones está sometida al plazo de prescripción de quince años. En definitiva, lo que solicita es que se declare “la obligación legal” de la demandada de entregar la documentación solicitada y que se corresponde con un plazo superior al que estaba obligada la entidad a conservarla desde que se le requirió. Aunque en el recurso se argumenta que hay que distinguir el plazo de conservar de la obligación de entregar, lo cierto es que no se podría entregar si no se ha conservado, por lo que realmente lo que pretende es que se amplíe la obligación de conservar la referida documentación./ Obviamente, no podemos declarar la existencia de “obligación legal” que no está prevista en la ley y que tampoco resulta de la interpretación de la función de la prescripción, que se refiere al ejercicio de los derechos relativos al cumplimiento de una pretensión. Por lo demás, no tendría ningún sentido entender que, agotada la obligación de conservar una documentación, mediante el juego de la prescripción pudiera exigirse su cumplimiento. De seguir el argumento de la recurrente, por otra parte, se daría la paradoja de que tras la reforma del art. 1964 CC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ese plazo de seis años que establece la normativa que se refiere específicamente a la obligación de conservar la documentación se habría acortado a cinco años en virtud de la modificación de un precepto que nada tiene que ver con la conservación de documentación, sino con la prescripción de las pretensiones./ Cuestión diferente es que, cuando el cliente invoque, dentro de plazo, la tutela de un interés concreto respecto del cumplimiento de un contrato, de acuerdo con la jurisprudencia citada, la entidad demandada no pueda basar su defensa en que ya no conserva la documentación relativa al contrato por no estar obligada a ello si, por las circunstancias, la prueba del hecho que le favorecería corre a su cargo».

- § 9 Por su parte, estiman la acción de **responsabilidad** derivada del incumplimiento de las obligaciones propias de un correcto asesoramiento la STS de 11 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2384), la STS de 17 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2215), las SSTs de 6 de julio de 2021 (RJ 2021, 3076 y 3084) y la STS de 26 de julio de 2021 (RJ 2021, 3657).

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 algún caso, 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 (*STS de 11 de mayo de 2021 [RJ 2021, 2313]*).

En cambio, desestima tanto la acción de nulidad como la de indemnización de daños y perjuicios la *STS de 25 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2516)* en un supuesto de adquisición de bonos necesariamente convertibles en que quedó acreditado que el administrador de la suscriptora tenía pleno conocimiento de que las acciones recibidas tras el canje podían no tener un valor de mercado equivalente a la inversión realizada y que era posible que recibiera unas acciones cuya valoración bursátil fuera inferior o muy inferior al capital invertido, con el consiguiente riesgo de pérdidas.

### 1.3. Acciones

§ 10 Encontramos en este periodo otra sentencia del caso **Bankia**, de nuevo en relación con la **adquisición de acciones en el mercado secundario**, la *STS de 1 de junio de 2021 (RJ 2021, 2622)*. El demandante había suscrito valores del tramo minorista en julio de 2011, pero luego incrementó su cartera mediante sucesivas adquisiciones, la última de las cuales se produjo el 23 de mayo de 2012, sólo dos días antes de que se reformularan las cuentas de la entidad emisora y se destapara el importante agujero que había en su patrimonio. La Audiencia Provincial consideró que no existía relación de causalidad entre las incorrecciones del folleto y esta última adquisición, porque la misma se realizó cuando los inversores ya contaban con abundante información acerca del deterioro patrimonial de la entidad.

El TS estima el recurso y casa la resolución de instancia mediante una sentencia que resume muy bien todo el proceso. Lo aspectos más relevantes de esta nueva resolución son la reafirmación de la irrelevancia de la absolución operada en el ámbito penal, a los efectos de apreciar la concurrencia de responsabilidad civil, la legitimación para reclamar una indemnización por el daño derivado de la incorrección del folleto en aplicación del art. 28 LMV –actual art. 38 TRLMV–, por adquisiciones realizadas dentro del plazo de vigencia de doce meses de dicho documento, sin necesidad de



acudir al art. 35ter LMV –actual art. 124 TRLMV–, y la afirmación de la relación de causalidad.

En relación con el primer punto, afirma el TS lo siguiente: «1.- Como primera cuestión, no puede admitirse la alegación hecha por Bankia al oponerse al recurso, cuando alega la existencia de una sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 29 de septiembre de 2020, de la que resultaría que la información del folleto era “real y suficiente”./ 2.- Tal alegación pretende modificar una cuestión fijada en la instancia, tanto por el juzgado como por el tribunal de apelación, sin controversia de las partes, puesto que Bankia se allanó incluso a la reclamación de la indemnización por las acciones adquiridas en el mercado primario, al ser suscritas en la oferta pública de suscripción (en lo sucesivo, OPS)./ 3.- Por otra parte, se trata de una sentencia penal absolutoria, que no declara la inexistencia del hecho o hechos enjuiciados, por lo que no produce efectos de cosa juzgada vinculante en un proceso civil. Ni siquiera consta que la misma sea firme./ 4.- Además de lo anterior, que los hechos enjuiciados no revistan los caracteres de delito no excluye que en el enjuiciamiento de la responsabilidad por folleto prevista en el art. 28 de la Ley del Mercado de Valores, pueda considerarse que el folleto de la OPS de Bankia contuviera informaciones falsas u omitiera datos relevantes, habida cuenta de la distinta naturaleza de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil, y de que el supuesto de hecho del citado precepto de la Ley del Mercado de Valores no exige la concurrencia de todos los elementos de los tipos delictivos de los arts. 282 bis, 290 del Código Penal o cualquier otro por los que se formuló acusación en aquel proceso penal».

Respecto a la compatibilidad de la acción instada con el art. 28 LMV –actual art. 38 TRLMV–: «16.- La legitimación activa para exigir la responsabilidad civil por folleto regulada en el art. 28 de la Ley del Mercado de Valores y 32 y siguientes del Reglamento corresponde, en primer lugar, a quienes han adquirido los valores en el mercado primario, esto es, a quienes los han adquirido del emisor que ha realizado la oferta pública./ 17.- Pero también corresponde a quienes hayan adquirido los valores en el mercado secundario en un momento posterior. El art. 36 del Reglamento, que desarrolla el art. 28 de la Ley del Mercado de Valores, solo exige que “hayan adquirido [los valores objeto de oferta pública] de buena fe” y lo hayan hecho “durante su período de vigencia [del folleto]”, esto es, en los doce meses siguientes a la aprobación del folleto».

Y, por lo que se refiere a la relación de causalidad: «22.- En primer lugar, no es necesaria una prueba de que la decisión de adquirir acciones de Bankia se derive directamente de la lectura del folleto. En línea con lo que declaramos en las sentencias 23 y 24/2016, de

3 de febrero, el nexo de causalidad entre el folleto y la decisión de adquirir los valores de la sociedad que realiza la oferta pública, durante los doce meses siguientes a su aprobación, aunque no exista prueba de que el inversor que exige la responsabilidad haya leído el folleto, deriva de que el folleto permite una “diseminación” de la información en él contenida, que produce la disposición a invertir, que resulta evidente en el caso del inversor que no tiene otra información que la contenida en el folleto, como es el caso del inversor minorista. La función de tal folleto es difundir la información sobre la situación patrimonial y financiera y las perspectivas de futuro de la sociedad cuyas acciones son ofrecidas públicamente entre quienes, en diversos ámbitos de la sociedad, crean opinión en temas económicos (los que crean “tendencia inversora”, como se ha venido en llamar), como pueden ser los expertos o la prensa económica, de modo que esa información llegue, por diversas vías, a esos potenciales inversores que carecen de otros medios para informarse y que no han de haber leído necesariamente el folleto./ 23.- La información contenida en el folleto, hecha pública y conocida por quienes crean opinión en el mercado de los valores, se reflejará en el precio de los valores, que será el indicador para el inversor sobre el valor de estos, sin que sea necesario que haya basado su decisión directamente en la lectura del folleto. Su decisión se basa en considerar la inversión acorde a sus intereses porque el precio refleja la valoración de la acción de acuerdo con la información del folleto./ 24.- En cuanto a la relación de causalidad respecto del daño, consistente en la pérdida de valor de la acción, se deriva del conocimiento público de que la información contenida en el folleto era falsa o contenía omisiones relevantes. Del mismo modo que la información falsa o incompleta se reflejó en el precio de los valores, el conocimiento posterior de la falsedad o de la falta de completitud de la información también se reflejó en el precio de los valores en el momento en que se hace pública, que descendió en proporción a la gravedad de los defectos de la información. Porque si la información del folleto hubiera sido correcta, los valores no hubieran resultado interesantes para los inversores, o lo hubieran sido por un precio inferior».

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

Dejando ya de lado las sentencias que tienen por objeto la impugnación de contratos de colocación de productos financieros, situados por tanto en la esfera de la actividad parabancaria de las entidades de crédito, pasamos ahora a abordar el otro gran grupo de casos relacionados con la contratación bancaria típica que sigue ocupando 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 durante la parte central 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, sobre todo, las cláusulas suelo y las de renuncia a la interposición de acciones de impugnación del contrato tras haberse operado la modificación del mismo presuntamente beneficiosa para el prestatario.

Pero, antes de empezar con el análisis de las cláusulas en particular, damos cuenta de algunas cuestiones generales que aparecen tratadas y resueltas en estas sentencias, como la condición de consumidor a los efectos de la aplicación de los controles que habilita la Ley o la imputación de las costas en los litigios de nulidad de cláusulas abusivas.

## 2.1. Aspectos generales

§ 11 Comenzamos reseñando la *STS de 19 de abril de 2021 (RJ 2021, 1823)*, relativa a la atribución de la **condición de consumidor** del adherente, necesaria para poder aplicar a la operación los controles de transparencia y de contenido en el marco del análisis de la licitud de las condiciones generales de la contratación. La sentencia declara que no reúne tal condición la prestataria, porque el préstamo tuvo una finalidad profesional, en cuanto que lo solicitó para financiar la compra de participaciones de una cooperativa que le permitieran el desempeño de su profesión. En cambio, **sí considera consumidores a los fiadores de la operación, que no tuvieron participación directa en el negocio para cuya financiación se solicitó el préstamo (la actividad profesional de la hija), ni tenían ninguna vinculación funcional con el mismo** (como administradores, gerentes, cónyuges que debieran responder legalmente de la deuda...), apoyándose en la doctrina establecida en sentencias precedentes reseñadas en números anteriores de esta Crónica, como la *STS de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4763)*, la *STS de 28 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2281)*, la *STS de 3 de julio de 2018 (RJ 2018, 2797)*, las *SSTS de 28 de mayo de 2020, (RJ 2020, 1145 y 1367)* y la *STS de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4576)*.

Por su parte, la *STS de 29 de abril de 2021 (RJ 2021, 1905)* considera que **actúa como consumidor persona jurídica un club deportivo que solicita un préstamo hipotecario para rehabilitar sus instalaciones**, rebatiendo de este modo los argumentos que, de contrario, oponía la entidad prestamista: «Para que pudiéramos considerar que la mejora de las instalaciones deportivas financiada por el préstamo se enmarcó en un ámbito o finalidad empresarial, tendría

que haberse acreditado en la instancia que estas instalaciones eran objeto de una explotación económica por el club. Ya sea mediante la organización de eventos con los que obtuviera una ganancia económica lucrativa o la cesión de las instalaciones a terceros a cambio de un precio; ya fuera, en algunos casos, a través de sus propios socios, cuando la cuantía y significación de los cuotas y derechos de uso fueran tan relevantes que encerrarán una forma de explotación económica. Nada de esto nos consta que haya sido declarado probado en la instancia».

- § 12 En otro orden de cosas, la *STS de 8 de junio de 2021 (RJ 2021, 2639)*, siguiendo el criterio fijado la *STS, Pleno, de 12 de diciembre de 2019 (RJ 2021, 5000)*, declara que **la cancelación del préstamo hipotecario no produce la extinción de la acción para reclamar la nulidad de una de sus cláusulas**. El alto Tribunal basa su decisión, por una parte, en que las normas que establecen la nulidad de cláusulas contractuales por falta de transparencia o abusividad son de orden público y, por otra, en que la consumación del contrato marca precisamente el inicio del cómputo del plazo para interponer la acción de nulidad, siendo el préstamo un contrato de tracto sucesivo y teniendo el demandante, por tanto, un interés legítimo en la nulidad de la cláusula, aun cuando el contrato ya no exista, dado que de dicha nulidad depende el éxito de la consiguiente pretensión restitutoria de lo indebidamente percibido por el banco: «1.- No existe fundamento legal para afirmar que la consumación de un contrato impide el ejercicio de la acción de nulidad. Es más, el art. 1301 del Código Civil fija la consumación del contrato como término inicial del plazo para ejercitar la acción de nulidad por error, dolo o falsedad de la causa./ 2.- Otro tanto ocurre con la extinción del contrato. Si la acción ejercitada por los recurrentes hubiera ido dirigida exclusivamente a que se declarara la nulidad del contrato o de una cláusula, sin formularse una petición restitutoria, podría cuestionarse que exista un interés legítimo en obtener un pronunciamiento meramente declarativo en un contrato ya extinguido. Pero en el caso objeto del recurso, la finalidad de la demanda interpuesta por los hoy recurrentes fue obtener la restitución de lo indebidamente cobrado por la entidad financiera en la aplicación de la cláusula suelo. La solicitud en la demanda de un pronunciamiento judicial que declarara la nulidad de dicha cláusula ha de entenderse como un antecedente necesario para lograr el pronunciamiento que condena a la restitución de lo indebidamente cobrado en aplicación de la cláusula nula. Los prestatarios tienen un interés legítimo en obtener la restitución de lo que pagaron en aplicación de una cláusula que consideran nula de pleno derecho por ser abusiva./ 3.- En los contratos de tracto sucesivo, cuando la consumación del contrato coincide con el agotamiento o extinción

del contrato, el término inicial de ejercicio de la acción de nulidad previsto en el art. 1301 del Código Civil para los casos de error, dolo o falsedad de la causa, coincide con el momento de extinción del contrato. Así lo hemos declarado en la sentencia 89/2018, de 19 de febrero./ 4.- Esto muestra que la extinción del contrato no es por sí misma un obstáculo para el ejercicio de la acción de nulidad del propio contrato o de alguna de sus cláusulas...».

- § 13 La STS de 14 de junio de 2021 (RJ 2021, 2840), dictada con motivo de una impugnación de una cláusula abusiva, se apoya en un **informe del Servicio de Reclamaciones del Banco de España** en que se afirma que la oferta vinculante presentada por el Banco en el caso enjuiciado no cumplía con los mínimos requisitos para ser considerada como tal, sino que era una mera minuta de préstamo que no se ajustaba a las exigencias de la OM de 5 de mayo de 1994. En estas condiciones, afirma el TS, «el consumidor no tuvo un cabal conocimiento de lo que firmaba».
- § 14 En materia de **imposición de costas procesales**, las SSTS de 7 de junio de 2021 (RJ 2021, 2646 y 2669), 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 he 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». Sin reproducir toda esta argumentación aplican el mismo criterio las SSTS de 20 de julio de 2021 (RJ 2021, 4115 y 4120).

**La condena en costas a la entidad demandada, resulta igualmente procedente cuando ésta se allana ante el recurso del prestatario,** como señala la *STS de 12 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2376)*, tras certificar la nulidad de una cláusula suelo. Y lo mismo sucede **cuando se estime sustancialmente la demanda,** aunque no se acojan todas y cada una de las pretensiones del demandante, en particular, cuando se declara nula la cláusula de imputación, si bien se reduce la cantidad a reembolsar por el banco respecto a la establecida en las sentencias de instancia, porque alguno de los gastos ha de imputarse en todo o en parte al prestatario (con apoyo en la antes citada *STJUE de 16 de julio de 2020*, la *STS de 15 de junio de 2021 [RJ 2021, 2837]*, las *SSTS de 26 de julio de 2021 [RJ 2021, 3385, 3595 y 3598]* o la *STS de 22 de septiembre de 2021 [RJ 2021, 4125]*).

También la *STS de 22 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4123)* condena al pago de las costas al banco que hizo caso omiso a los dos requerimientos fehacientes (por burofax), que le había presentado el prestatario con suficiente antelación (de tres meses) respecto a la interposición de la demanda, allanándose luego a la misma, por considerar que la entidad había actuado de mala fe, en los términos del art. 395.1.II LEC. Sobre la suficiencia del plazo de antelación manifiesta el alto Tribunal lo siguiente: «4. Las distintas normas, tanto de la UE como internas, que regulan este tipo de requerimientos previos a la vía judicial, establecen plazos razonables para atender al requerimiento, antes de que se interponga la demanda judicial: desde el plazo de dos semanas previsto en el art. 8.4 de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores o 15 días hábiles del art. 69, apartados 1.º y 2.º, del Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, a los tres meses del art. 3.4 del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo./ 5.- Estas normas no son aplicables a este caso, por razones de ámbito material o por razones temporales, pero son indicativas de que para que un requerimiento sea apto para permitir una solución al conflicto previa a la vía judicial, el plazo que se deje transcurrir sin interponer la demanda ha de permitir al requerido satisfacer la pretensión del requirente, atendidas las circunstancias. Y en el caso objeto del recurso, por las razones que se han expuesto, el plazo transcurrido entre el primer requerimiento y la interposición de la demanda es superior a cualquiera de esos plazos establecidos en las normas citadas, y más que suficiente para que el consumidor vea atendido su requerimiento, por lo que es apto para determinar la mala fe en el requerido posteriormente allanado».

Distinta es la situación que se plantea en la *STS de 8 de junio de 2021 (RJ 2021, 2651)* en que el demandante requirió al banco para que eliminase determinadas cláusulas de una cuenta corriente, por considerarlas nulas, un 24 de agosto y, unos días después, el 14 de septiembre, interpuso demanda de reclamación, ante la cual se allanó el banco. En este caso, al igual que había hecho en su anterior *STS de 9 de marzo de 2021 (RJ 2021, 966)*, 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, por lo cual resulta perfectamente justificado aplicar la consecuencia jurídica prevista en el primer párrafo del art. 395 LEC. Tampoco condena al banco al pago de las costas la *STS de 22 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4117)*, por cuanto la entidad demanda ya había aceptado sustancialmente las pretensiones manifestadas en la reclamación extrajudicial que había formulado el prestatario antes de plantear la demanda, en el sentido de devolver las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula suelo.

Es igualmente distinta la situación que se plantea cuando se ejercitan acciones basadas en normas exclusivamente nacionales, no derivadas del derecho de la Unión Europea. Así, la *STS de 25 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2255)* declara que sí es posible aplicar la excepción al principio del vencimiento, por razón de serias dudas de derecho, cuando se ejercita la acción de nulidad por vicio del consentimiento derivada de los arts. 1.265 y 1.266 CC, al no ser aplicable el principio de efectividad. Aplica de este modo el mismo criterio que la *STS de 2 de febrero de 2021 (RJ 2021, 361)*, reseñada en el número anterior de esta Crónica, en relación con la nulidad de una tarjeta revolving con base en la Ley de represión de la usura.

## 2.2. Cláusulas de imputación de gastos

§ 15 En el marco de las cláusulas de imputación al prestatario de todos los gastos derivados de la formalización del préstamo hipotecario, las *SSTS de 4 de mayo de 2021 (RJ 2021, 1995 y 2001)*, las *SSTS de 6 de mayo de 2021 (RJ 2021, 1963, 1988 y 2143)*, las *SSTS de 11 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2113, 2131, 2144, 2161 y 2315)*, las *SSTS de 12 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2208, 2307 y 2327)*, las *SSTS de 13 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2305 y 2309)*, las *SSTS de 20 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2200, 2205, 2226, 2231, 2232 y 2512)*, las *SSTS de 21 de junio de 2021 (RJ 2021, 2825, 2833, 2835, 2836 y 2968)*, la *STS de 25 de junio de 2021 (RJ 2021, 3017)*, la *STS de 6 de julio de 2021 (RJ 2021, 3255)*, las *SSTS de 26 de julio de 2021 (RJ 2021, 3385, 3594, 3595, 3598 y 4006)*, las *SSTS de 27 de julio de 2021 (RJ 2021, 3441 y 3861)* y la *STS de 22 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4125)* siguen los criterios establecidos 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), tanto los de la escritura de otorgamiento como la de modificación, no así los correspondientes a la escritura de cancelación de la hipoteca (a cargo del prestatario) y los aranceles del Registro (a cargo del prestamista); completados por la STS, Pleno, de 27 de enero de 2021 (RJ 2021, 83), en relación con los gastos de gestoría y de tasación (ambos a cargo del prestamista), con asunción de la doctrina del TJUE, manifestada en su STJUE de 16 de julio de 2020, y sin dejar de desconocer que la situación de algunos gastos cambia para los préstamos posteriores a la entrada en vigor del RD-Ley 17/2018 (ITP a cargo del prestamista) y de la Ley 5/2019 (tasación a cargo del prestatario).

### 2.3. Cláusulas de interés retributivo (caso especial del año comercial)

§ 16 La *STS de 25 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2245)*, determina la **validez de las cláusulas por las que se fijaba el interés remuneratorio de dos préstamos hipotecarios**, combinando 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 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 que se ofertaban para asegurar esa variabilidad.

§ 17 También encontramos analizado en este periodo el **uso del año comercial en las cláusulas que fijan las fórmulas para determinar el cálculo de intereses en periodos infraanuales**. Mediante la *STS de 25 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2245)* el TS aclara las condiciones de licitud de dicha cláusula, con apoyo en el criterio sentado por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, en los siguientes términos: «son varias las modalidades de cálculo utilizadas en España, en función del número de días que se haga constar en el numerador y en el denominador: a) Fórmula conocida en la praxis bancaria como año comercial o 360/360: la base de cálculo es de 360 días. b) Fórmula del año natural o 365/365: se utiliza una base de cálculo de 365 días. c) Fórmula mixta 365/360: se utiliza un año natural para el devengo de los intereses, pero con una base de cálculo de 360 días. d) Fórmula mixta 360/365: se parte de un año comercial para el devengo de los intereses, pero con una base de cálculo de 365 días./ 2.- Como es lógico, el resultado de aplicar



una u otra fórmula de cálculo es diferente. Pero lo determinante, a efectos del equilibrio de las prestaciones y la reciprocidad del contrato, es que se utilice la misma duración del año para el tiempo transcurrido y para la base de cálculo. De manera que la utilización del llamado año comercial (360 días) no implica necesariamente un perjuicio para el prestatario si se mantiene la misma duración respecto del cómputo del tiempo efectivamente transcurrido (360/360). E igual sucede si se mantiene el criterio del año natural (365 días) en ambas variables. Por el contrario, el perjuicio económico se produce cuando la entidad predisponente impone la base de los 360 días y, al mismo tiempo, mantiene el año natural (365 días) para el cómputo de los días transcurridos (365/360), lo que, durante la vigencia del préstamo, produce inexorablemente un incremento de los intereses en favor del prestamista, porque por simple cálculo aritmético el método 365/360 eleva el tipo de interés en un 1,39% en un año normal y en un 1,67% en un año bisiesto./ 3.- Por esta razón, el mencionado Servicio de Reclamaciones del Banco de España, se ha pronunciado reiteradamente en contra de la utilización del método de cálculo 365/360». En el supuesto en cuestión se había utilizado el año comercial de 360 días, tanto en el numerador como en el denominador de la fracción, por lo que no cabía apreciar una situación de desequilibrio que pudiera conducir a la declaración de abusividad: «Pues bien, como hemos visto al tratar las distintas fórmulas de cálculo, el método 360/360, aunque no se ajuste estrictamente a la normativa que prevé que el cálculo se haga mediante el método 365/365, no produce ningún desequilibrio en perjuicio del consumidor ni, en consecuencia, puede achacarse mala fe a la entidad predisponente al utilizarlo. Por lo que, siendo esa la fórmula de cálculo establecida en el contrato litigioso, no cabe considerar que resulte abusiva, en los términos del art. 82 TRLCU».

Al hilo de la resolución del caso, el TS se refiere a la **diferencia entre la costumbre mercantil** y lo que tan solo constituye un **uso o práctica bancaria**: «La jurisprudencia de esta sala siempre ha sido prudente en cuanto a la consideración de los usos bancarios como costumbre mercantil, insistiendo en que debe diferenciarse entre lo que son propiamente usos bancarios y lo que son meras prácticas bancarias (sentencias 232/1983, de 29 de abril; 320/1988, de 21 de abril; 686/1994, de 11 de julio; y 394/2011, de 15 de junio)», para añadir posteriormente que «tanto desde la vertiente de estipulación no negociada individualmente, como desde la perspectiva de práctica no consentida expresamente (art. 82.1 TRLCU), lo determinante es el análisis de la cláusula desde la óptica del control de transparencia y, en su caso, de abusividad, como haremos a continuación».

## 2.4. Cláusulas suelo y cláusulas de renuncia a la interposición de acciones

§ 18 Declaran la **nulidad de cláusulas suelo**, aplicando la doctrina general, la STS de 12 de abril de 2021 (RJ 2021, 1706), la STS de 19 de abril de 2021 (RJ 2021, 1803), la STS de 29 de abril de 2021 (RJ 2021, 1905), las SSTs de 5 de mayo de 2021 (RJ 2021, 1956 y 1964), la STS de 12 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2399), las SSTs de 17 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2230, 2418 y 2750), las SSTs de 14 de junio de 2021 (RJ 2021, 2822 y 2839), la STS de 15 de junio de 2021 (RJ 2021, 2867), la STS de 22 de junio de 2021 (RJ 2021, 2953), las SSTs de 6 de julio de 2021 (RJ 2021, 3011, 3026, 3042, 3092, 3093, 3096, 3100 y 3103), las SSTs de 8 de julio de 2021 (RJ 2021, 3094, 3097, 3099, 3104 y 3349), las SSTs de 13 de julio de 2021 (RJ 2021, 3352, 3354, 3359, 3361, 3370, 3371, 3372 y 3390), las SSTs de 15 de julio de 2021 (RJ 2021, 3351, 3365, 3366, 3369, 3764 y 3839), la STS de 22 de julio de 2021 (RJ 2021, 3587), las SSTs de 27 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4118, 4121, 4343 y 4377) y las SSTs de 28 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4299, 4345, 4348, 4351, 4383, 4385 y 4390). En muchas de ellas se describe el control de transparencia material en los siguientes términos: «Además del filtro o control de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicárseles un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos./ Se trata de impedir que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula». La aplicación de este control puede traer aparejada la nulidad de la cláusula suelo: «En cuando a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos mantenido en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no



es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado».

La **causa de la falta de transparencia** resulta variada. En general, se parte de una **inversión de la carga de la prueba** en el sentido de considerar que no se dan las condiciones de transparencia si la entidad de crédito no demuestra que transmitió la información necesaria al prestatario en la fase precontractual. En ocasiones, se constata además algún elemento que hace prueba del incumplimiento de los deberes de información que soporta el prestamista. Así, en la *STS de 19 de abril de 2021 (RJ 2021, 1803)* se llega a la conclusión de que la oferta vinculante que el notario hizo constar que se le aportó no fue entregada con antelación a la prestataria en los términos que establece la normativa sobre transparencia bancaria; y, en la *STS de 14 de junio de 2021 (RJ 2021, 2822)*, que la afirmación del fedatario de que se habían establecido límites a la variación del tipo de interés resultaba insuficiente; mientras que en la *STS de 19 de abril de 2021 (RJ 2021, 1820)* se toma en consideración que la cláusula estaba enmascarada entre abundantes informaciones, ubicada en un lugar que no permitía hacerse una idea cabal de su repercusión en la economía del contrato, considerando, además, que las manifestaciones del notario no son suficientes para suplir la falta de información de la entidad.

- § 19 También aprecian la **nulidad por falta de transparencia**, en sendos supuestos de **subrogación del cliente en la posición deudora del promotor**, la *STS de 12 de abril de 2021 (RJ 2021, 1506)*, las *SSTS de 4 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2000 y 2075)*, la *STS de 17 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2229)*, la *STS de 8 de julio de 2021 (RJ 2021, 3102)*, la *STS de 22 de julio de 2021 (RJ 2021, 3587)*, la *STS de 22 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4432)* y la *STS de 28 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4386)*. Según la primera de ellas, «constituye reiterada jurisprudencia que la circunstancia de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que éste se haya subrogado en el previamente concedido al promotor, que le vende la vivienda, no libera a la entidad bancaria prestamista de la obligación de suministrar al prestatario la información precisa para que pueda adoptar una decisión consciente de contratar, con plena constancia de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse en el préstamo hipotecario./ La experiencia demuestra como un número elevado de compras de viviendas en construcción,

o recién construidas, se financian mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. En dicho contexto, si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar 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». Según la sentencia de 28 de septiembre, «[e]l último criterio en el que la Audiencia Provincial basa su decisión (existencia de una cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario originario) tampoco es adecuado para considerar que la cláusula supera el control de transparencia porque, por sí solo, no implica que el prestatario hubiera sido informado adecuadamente de la existencia y trascendencia de esa cláusula. Es más, el hecho de que la prestataria afronte los gastos de una subrogación en el préstamo hipotecario, por más que estos no sean elevados, sin que el nuevo préstamo le suponga una rebaja en la cláusula suelo preexistente, no es un argumento que pueda coadyuvar en la conclusión de que la prestataria tuvo conocimiento de la trascendencia jurídica y económica de dicha cláusula, tanto más cuando, por el nivel del índice de referencia en aquella fecha, la cláusula suelo todavía no había producido sus efectos».

§ 20 La declaración de nulidad no obsta para que la **cláusula suelo** pueda ser **novada posteriormente de forma transparente**. Así, la STS de 19 de abril de 2021 (RJ 2021, 1788), la STS de 20 de abril de 2021 (RJ 2021, 1816), las SSTS de 4 de mayo de 2021 (RJ 2021, 1957 y 1997), la STS de 17 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2214), las SSTS de 18 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2201, 2202, 2219, 2228 y 2389), la STS de 15 de junio de 2021 (RJ 2021, 2966), las SSTS de 22 de junio de 2021 (RJ 2021, 2937, 2946, 2950, 2952, 2956, 2957, 2958 y 2960), las SSTS de 23 de junio de 2021 (RJ 2021, 2926, 2927, 2928, 2936, 2938, 2954, 2964 y 2965), las SSTS de 29 de junio de 2021 (RJ 2021, 3008, 3012, 3019, 3029, 3225, 3230 y 3233), las SSTS de 30 de junio de 2021 (RJ 2021, 3020, 3041, 3043, 3066, 3228, 3236, 3237 y 3238), las SSTS de 6 de julio de 2021 (RJ 2021, 3011, 3026, 3042, 3092, 3093, 3096, 3100 y 3103), las SSTS de 8 de julio de 2021 (RJ 2021, 3094, 3097, 3099, 3101, 3102, 3104 y 3349), las SSTS de 13 de julio de 2021 (RJ 2021, 3352, 3354, 3359, 3361, 3370, 3371, 3372 y 3390), las SSTS de 15 de julio de 2021 (RJ 2021, 3351, 3365, 3366, 3369, 3764 y 3839), las SSTS de 27 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4118, 4121, 4343 y 4377) y las SSTS de 28 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4299, 4345, 4348, 4351, 4383, 4385 y 4390), que asumen el fijado previamente por la STJUE de 9 de julio de 2020 (Asunto C-452/18, XZ contra Ibercaja Banco), estiman la **validez del acuerdo novatorio** planteado con

motivo de la subrogación o en un momento posterior, por medio de una escritura de modificación, una vez publicada la Sentencia de 9 de mayo de 2013, cuando se ve como posible la declaración de nulidad de las cláusulas suelo. En muchos de los casos, además, se señala que el banco pone a disposición del prestatario la evolución del Euribor, con indicación expresa de que no se prevé una subida generalizada de tipos a corto plazo. Es en este momento, cuando los prestatarios se dirigen a la entidad para solicitar la eliminación de la cláusula o bien la propia entidad se pone en contacto con sus clientes para ofrecer una **rebaja del umbral mínimo de interés por la vía de la transacción**. No se considera que en estos casos se produce una negociación individual, pues el banco ofrece a los prestatarios lo que con carácter general estaba ofreciendo a todos los clientes que acudían a la entidad para pedir la supresión o reducción de la cláusula suelo inicial sin propiamente negociar los términos del acuerdo.

A título de ejemplo, la *STS de 19 de abril de 2021 (RJ 2021, 1788)* considera válida la modificación de un contrato de préstamo en que se eliminó por completo la cláusula suelo a cambio de mantener un tipo fijo del 1,5% durante los siguientes cinco años, para volver al tipo inicialmente pactado en el contrato a partir de entonces y hasta el final del préstamo: «en la estipulación en la que se suprime el interés mínimo, se establece un interés fijo durante cinco años y la vuelta al sistema de interés variable fijado en el préstamo originariamente, pero sin la cláusula suelo cuestionada, pued[e] superar el control de transparencia, pues un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de esa novación». Por su parte, la *STS de 6 de julio de 2021 (RJ 2021, 3011)* considera eficaz el acuerdo consistente en rebajar la cláusula del 3% al 2,25%, pues dicho acuerdo reúne las condiciones de transparencia debidas. En el mismo el propio prestatario había consignado y firmado las siguientes frases: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».

La consignación de esta declaración manuscrita venía exigida por el art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que exige la inclusión, junto a la firma del cliente, de una expresión manuscrita en la que el prestatario manifieste haber sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del préstamo hipotecario, aplicable, entre otros supuestos, a los contratos de préstamo hipotecario en que «se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza». Si bien

esta declaración manuscrita del prestatario 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 del proceso de modificación del préstamo (SSTS de 4 de mayo de 2021 [RJ 2021, 1957, 1997 y 2075], STS de 17 de mayo de 2021 [RJ 2021, 2214], SSTS de 18 de mayo de 2021 [RJ 2021, 2201, 2202, 2219, 2228 y 2389], SSTS de 22 de junio de 2021 [RJ 2021, 2937, 2946, 2950, 2952, 2956, 2957, 2958 y 2960], SSTS de 23 de junio de 2021 [RJ 2021, 2926, 2927, 2928, 2936, 2938, 2954 y 2964], SSTS de 29 de junio de 2021 [RJ 2021, 3008, 3012, 3019, 3029, 3225, 3230 y 3233], SSTS de 30 de junio de 2021 [RJ 2021, 3020, 3041, 3043, 3066, 3228, 3236, 3237 y 3238], SSTS de 6 de julio de 2021 [RJ 2021, 3011, 3026, 3042, 3092, 3093, 3096, 3100 y 3103], SSTS de 8 de julio de 2021 [RJ 2021, 3094, 3097, 3099, 3101, 3102, 3104 y 3349], SSTS de 13 de julio de 2021 [RJ 2021, 3352, 3354, 3359, 3370, 3371 y 3372], SSTS de 15 de julio de 2021 [RJ 2021, 3351, 3365, 3366, 3369, 3764 y 3839], SSTS de 27 de septiembre de 2021 [RJ 2021, 4118, 4121, 4343 y 4377] y SSTS de 28 de septiembre de 2021 [RJ 2021, 4299, 4345, 4348, 4385 y 4390]), aunque su existencia no es indispensable para apreciar la transparencia del pacto (STS de 12 de mayo de 2021 [RJ 2021, 2164]). En definitiva, en todas estas sentencias el TS opta por declarar nula la 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 ha producido respetando las condiciones de transparencia exigibles, a tenor de las condiciones marcadas para ello por la STJUE de 9 de julio de 2020, de las que hemos dado cuenta en números anteriores de esta Crónica.

- § 21 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 la cláusula 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». Según la STJUE de 9 de julio de 2020, «la renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor».

En la mayoría de los casos, habida cuenta de la generalidad con la que se había expresado la renuncia en los documentos en cuestión,

que iba más allá de la controversia suscitada con motivo de la cláusula suelo, considera el TS procedente la declaración de nulidad (SSTS de 4 de mayo de 2021 [RJ 2021, 1957, 1997, 2000 y 2075], STS de 17 de mayo de 2021 [RJ 2021, 2214], SSTS de 18 de mayo de 2021 [RJ 2021, 2201, 2202, 2219, 2228 y 2389], SSTS de 22 de junio de 2021 [RJ 2021, 2201, 2937, 2946, 2950, 2952, 2956, 2957, 2958 y 2960], SSTS de 23 de junio de 2021 [RJ 2021, 2926, 2927, 2928, 2936, 2938, 2954, 2964 y 2965], SSTS de 29 de junio de 2021 [RJ 2021, 3008, 3012, 3019, 3029, 3225, 3230 y 3233], SSTS de 30 de junio de 2021 [RJ 2021, 3020, 3041, 3043, 3066, 3228, 3236, 3237 y 3238], SSTS de 6 de julio de 2021 [RJ 2021, 3011, 3026, 3042, 3092, 3093, 3096, 3100 y 3103], SSTS de 8 de julio de 2021 [RJ 2021, 3094, 3097, 3099, 3101, 3102, 3104 y 3349], SSTS de 13 de julio de 2021 [RJ 2021, 3352, 3354, 3359, 3361, 3370, 3371, 3372 y 3390], SSTS de 15 de julio de 2021 [RJ 2021, 3351, 3365, 3366, 3369, 3764 y 3839], STS de 22 de julio de 2021 [RJ 2021, 3587], STS de 22 de septiembre de 2021 [RJ 2021, 4124], STS de 27 de septiembre de 2021 [RJ 2021, 4118] y SSTS de 28 de septiembre de 2021 [RJ 2021, 4299, 4345, 4348, 4351, 4383, 4385 y 4390]). La cláusula más repetida en las sentencias anteriores tenía el siguiente tenor literal: «Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen».

En otros casos, la cláusula de renuncia se ciñe a las acciones derivadas de la cláusula suelo que se modifica, pero esto no siempre permite salvar su validez por no darse las necesarias condiciones de transparencia (así, la STS de 20 de febrero de 2021 [RJ 2021, 1816] o la STS de 15 de junio de 2021 [RJ 2021, 2966]; como también, la STS de 15 de junio de 2021 [RJ 2021, 2867] y la STS de 22 de junio de 2021 [RJ 2021, 2953], en que el banco no informa de que la cláusula que motiva la transacción ya había sido declarada nula por el TS en una acción colectiva contra dicha entidad).

- § 22 En cambio, la STS de 19 de abril de 2021 (RJ 2021, 1823), la STS de 20 de abril de 2021 (RJ 2021, 1789) y la STS de 28 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4379) certifican la validez de la cláusula suelo, por haber sido introducida en el contrato de forma transparente *ab initio*. En la de 19 de abril se considera probado que la cláusula fue negociada por las partes durante un periodo de dos meses, que la prestataria consultó la operación con otras entidades y que las condiciones del préstamo se le entregaron con diez días de antelación. Y concluye que los demandantes «conocieron o pudieron conocer, empleando una mínima diligencia, el coste económico de la operación». Por su parte, la de 20 de abril toma, entre otros elementos de juicio, que «en

la escritura no solo se hace constar que el notario ha informado de la existencia de la cláusula y ha advertido de sus efectos (lo que no liberaría al banco del cumplimiento de sus deberes de información), sino que se hace constar también que el prestatario declara que la entidad ha informado de que el contrato incluye el límite a la variación del tipo de interés de acuerdo con lo recogido en la ficha de información personalizada». Finalmente, la de 28 de septiembre señala los datos concretos que se toman en consideración para apreciar la transparencia en el comportamiento del banco: «la sentencia recurrida, además de dejar constancia de la claridad con que estaba redactada la cláusula, que resalta en negrita el límite máximo y mínimo, declara probado que si el contrato fue firmado el 25 de julio de 2008, desde mayo de 2008 los prestatarios ya disponían de la propuesta de préstamo que incluía la cláusula, y que durante los meses precedentes en que se negoció el préstamo el director de la oficina informó a los prestatarios de en qué consistía el préstamo mixto, que incluía la cláusula suelo, con las correspondientes simulaciones, y les ofreció la posibilidad de optar por un interés fijo».

Desde otro punto de vista, la *STS de 20 de abril de 2021 (RJ 2021, 1794)* declara la validez de la cláusula suelo incluida en un contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de una licencia de taxi, sin que pueda aplicársele el control de transparencia, dada la finalidad profesional de la financiación. Lo propio hace la *STS de 9 de junio de 2021 (RJ 2021, 2653)*, en relación con un préstamo hipotecario solicitado para financiar una explotación agro-ganadera, o la *STS de 15 de junio de 2021 (RJ 2021, 2841)*, en otro en que el prestatario por subrogación era una sociedad mercantil. En estos casos, el TS considera que la cláusula en cuestión supera perfectamente el control de incorporación también aplicable en el marco de las relaciones entre profesionales o empresarios.

- § 23 Por su parte, la *STS de 19 de abril de 2021 (RJ 2021, 1820)* y *STS de 14 de junio de 2021 (RJ 2021, 2822)* recuerdan que la consecuencia de la declaración de nulidad reside en la obligación del banco de devolver todas las cantidades indebidamente recibidas del prestatario por la aplicación de la cláusula suelo, desde el momento de la formalización del contrato, en aplicación del art. 1.303 CC y de conformidad con la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y con la jurisprudencia del TS posterior a la sentencia de 9 de mayo de 2013, a partir de la sentencia de pleno 123/2017, de 24 de febrero.

## 2.5. Cláusulas de conversión en préstamos multidivisa

- § 24 En materia de hipoteca multidivisa, consideran nula la cláusula de conversión, por no superar el control de transparencia, la *STS de*



20 de abril de 2021 (RJ 2021, 1853) y las SSTs de 8 de junio de 2021 (RJ 2021, 2650 y 2787), 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». Y en los casos analizados la entidad de crédito demandada no acredita que el prestatario hubiera podido contar con dicha información, por lo que procede declarar la nulidad de las cláusulas correspondientes, con el siguiente recálculo en euros del cuadro de amortización, sin que para ello obste que la iniciativa de la contratación del préstamo procediera del cliente, tras haber tomado conocimiento de la misma por distintas vías (a través de agentes del banco, o compañeros de trabajo), como tampoco el hecho de que hubiera solicitado el cambio de la divisa de referencia en dos ocasiones durante la vigencia del préstamo.

- § 25 En cambio, la STS de 20 de julio de 2021 (RJ 2021, 3590) considera que la **cláusula multidivisa se incluyó en el contrato respetando las debidas condiciones de transparencia**: «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 banco facilitó una información suficientemente clara de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; (ii) el banco le proporcionó simulaciones de diversos escenarios relacionados con el comportamiento previsible del yen, y se les explicó que en función del cambio del yen podía alterarse la cantidad debida; (iii) el demandante comprendía que contrataba un préstamo multidivisa, que esa cláusula afectaba al objeto principal del contrato y los riesgos derivados de su funcionamiento; (iv) el demandante pertenece a un colectivo, trabajadores del aeropuerto, entre los que se comercializó el producto, y para los que se celebraron unas jornadas, a las que asistió,

donde le explicaron el funcionamiento del préstamo multidivisa; (v) el Sr. Lorenzo estuvo informado durante la vida del préstamo, a través de la banca electrónica, de la evolución del capital y de su equivalencia en euros; (vi) un mes después de suscribir el contrato, abrió en la sucursal una cuenta en yenes japoneses, y cuando el yen se apreció significativamente frente al euro, cambió la divisa del préstamo a francos suizos en marzo del 2009, y nuevamente abrió un cuenta corriente en esa divisa».

## 2.6. Cláusula de interés de demora

§ 26 Por su parte, la *STS de 7 de julio de 2021 (Civil) (RJ 2021, 3079)* casa y revoca la Sentencia de la Audiencia que había declarado nula la **cláusula de interés de demora** incluida en un contrato para financiar las inversiones del prestatario, en aplicación de las normas contractuales generales, por comportar una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente, siendo que la demanda había solicitado la nulidad por el carácter abusivo de la estipulación, con apoyo en las normas de protección de los consumidores. La sentencia acoge el recurso extraordinario por infracción procesal, al considerar que la Audiencia no había respetado los principios de justicia rogada y congruencia.

## 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 (contrato de préstamo)

§ 27 El marco de los contratos de préstamo, traemos a colación en primer lugar la *STS de 18 de mayo de 2021 (RJ 2021, 1273)*, que, siguiendo el criterio mantenido por el TS en sentencias precedentes reseñadas en números anteriores de esta Crónica, considera 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. También desestima la demanda la *STS de 30 de junio de 2021 (RJ 2021, 3044)*, aunque en este caso por considerar caducada la acción. Entiende el TS que en el inicio del plazo de caducidad se produjo cuando la demandante, al realizar las operaciones liquidatorias de la sociedad de gananciales con su exmarido, tuvo conocimiento de que, pese a haber pagado regularmente las



cuotas de amortización del préstamo, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se había incrementado.

En cambio, no aplica esta consecuencia la *STS de 8 de junio de 2021 (RJ 2021, 2667)*, por no haberse alegado en el recurso de apelación del banco frente a la sentencia estimatoria de primera instancia, en la que se había declarado la nulidad de las cláusulas de conversión por vicio del consentimiento. La sentencia se pronuncia también sobre el inicio del plazo de prescripción de la acción de nulidad, fijándolo en el momento en que los prestatarios pudieron ser conscientes del riesgo que implicaba la suscripción de esta modalidad de préstamo.

§ 28 También resulta de interés la *STS de 20 de julio de 2021 (RJ 2021, 3847)*, a pesar de no tratarse de una operación mercantil, por lo peculiar del supuesto de hecho enjuiciado. El litigio versaba sobre **préstamo entre particulares, con interés y sin determinación del plazo de vencimiento**, en que la cantidad prestada debía ser amortizada a requerimiento del prestamista –y de su hija– o por voluntad de los prestatarios («cuando D. Braulio y su hija... lo requieran y D. José Daniel y su esposa también lo deseen»). Transcurridos 17 años desde la estipulación del préstamo, la hija y heredera del prestamista reclamó la devolución del capital y el pago de intereses mediante burofax y, posteriormente, interpuso la correspondiente demanda de reclamación. Ya en sede judicial los prestatarios opusieron, entre otras excepciones, la de **prescripción de la acción**. La objeción fue acogida por las sentencias de instancia por considerar transcurrido el plazo de 15 años que disponía la Ley (art. 1.964 CC, antes de la reforma de 2015) para las acciones personales sin plazo de prescripción especial, que en este caso debían ser contados desde la fecha de perfección del contrato, al no haber establecido las partes un plazo de vencimiento determinado.

Pero el TS revoca la sentencia, acogiendo el correspondiente recurso de casación planteado por la demandante, por entender que **el *dies a quo* del plazo de prescripción debía situarse en el momento de exigibilidad de la devolución, es decir, cuando se produjo el requerimiento de pago del prestamista**: «No puede sostenerse que la obligación de devolución del capital prestado resulta exigible desde el mismo momento de la perfección del contrato, como han mantenido los tribunales de instancia. Esa obligación sólo era exigible desde su vencimiento, vencimiento que se hacía coincidir la reclamación del acreedor, reclamación que resulta esencial para la constitución en mora del deudor (art. 1.100 CC). La mora solvendi, como ha señalado la doctrina, requiere la concurrencia de un presupuesto previo al incumplimiento que es la exigibilidad del cumplimiento de la obligación, exigibilidad que in casu,

conforme a la reglamentación contractual, no se produciría hasta que el acreedor reclamase el pago (vid. art. 1096 CC para las obligaciones de entrega cosa determinada). (...) La conclusión de todo ello es que, no siendo exigible la devolución del préstamo hasta el mismo momento de su reclamación (que en el caso tuvo lugar inicialmente mediante burofax de 18 de septiembre de 2017), el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para exigir su pago no puede anticiparse a una fecha previa al mismo momento de aquella intimación extrajudicial y, por tanto, cuando la demanda se interpuso no había transcurrido el plazo de prescripción para su ejercicio, conforme a los arts. 1964 CC. Tratándose de derechos de crédito, la violación del derecho subjetivo que se pretende reparar con el ejercicio de la acción judicial consiste en la inejecución por el deudor de la prestación debida, y no hay tal si ésta no es “debida” por no estar vencida y ser líquida y exigible. Faltando la exigibilidad, no llega a nacer la acción, ni comienza a correr el plazo para su prescripción, pues falta ese presupuesto legal para su ejercicio (art. 1969 CC)».

- § 29 Por su parte, la *STS, Pleno, de 7 de julio de 2021 (RJ 2021, 3083)* declara la **nulidad de los actos de constitución de hipoteca y otorgamiento de fianza en garantía de un préstamo bancario por inexistencia de poder de representación de la persona que actuó en nombre del hipotecante**. En el supuesto de autos el hijo del hipotecante obtuvo un poder de representación que le permitía gravar los bienes de su padre, un día antes de que se declarase la incapacitación judicial de éste. Con dicho poder firmó el préstamo, aunque el notario autorizante omitió la referencia al poder en el otorgamiento de la escritura de constitución, omisión que fue subsanada posteriormente. Tras el fallecimiento del hipotecante incapacitado, su otra heredera interpuso demanda de nulidad de la constitución del gravamen inmobiliario y de la asunción de responsabilidad personal por incapacitado. Frente a la sentencia estimatoria de la Audiencia el banco prestamista interpuso un recurso de casación fundamentado en su condición de tercero registral de buena fe *ex art. 34 LH*, alegando además que era ajeno al otorgamiento irregular del poder y que había actuado al amparo de la situación de apariencia generada por el falso representante. El TS desestima el recurso y mantiene la nulidad: «En el caso que juzgamos, a la vista de los antecedentes recogidos en el primer fundamento de derecho, podemos observar que no fue el representado quien creó la apariencia de representación, dada la absoluta falta de consentimiento, según la sentencia firme que declaró la nulidad del poder (lo que llevaría a la aplicación de los arts. 1259 y 1727 CC). Además, tampoco concurren los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para que el banco quede protegido por la confianza

que podría generar la apariencia de representación fundada en la intervención notarial y consistente, de una parte, en la existencia de un poder notarial, para cuyo otorgamiento el notario emite un juicio sobre la aptitud para el ejercicio de la capacidad, y, de otra, en el otorgamiento en escritura de los negocios concluidos en representación./ En el presente caso, por el contrario, concurren una serie de circunstancias que permiten concluir que el banco no observó la debida diligencia en la verificación de todos los presupuestos exigidos para eludir las consecuencias de la falta de representación. No solo es que la fianza y la garantía hipotecaria se prestaran a título gratuito, en garantía de una deuda ajena, sino que en la escritura en la que se otorgaron no se hizo referencia al poder, ni por tanto a su suficiencia, pues por error se hizo constar como compareciente en su propio nombre al padre, y no fue hasta después del inicio del procedimiento de incapacitación –que terminó con sentencia por la que, a requerimiento del Ministerio Fiscal se instaba a la hija a que promoviera las acciones legales respecto de los negocios realizados por su hermano sobre la finca– cuando el notario que había autorizado la escritura la rectificó mediante acta en la que hacía constar que por error se había omitido consignar el poder así como que lo valoraba suficiente para que el apoderado hipotecara la finca. Que el banco no interviniera en el otorgamiento del poder luego declarado nulo ni en la rectificación de la escritura de préstamo hipotecario no significa que, partiendo de la inexistencia de poder, pueda quedar amparado por la doctrina de la apariencia, dado que en el momento del otorgamiento de la escritura ninguna referencia se hizo al poder ni a su suficiencia».

- § 30 Finalmente, la *STS de 27 de julio de 2021 (Civil) (RJ 2021, 3665)* enjuicia un supuesto de liquidación, por la vía del art. 322 CCom, de una **prenda sobre valores negociados en un mercado secundario oficial ofrecida en garantía de un préstamo bancario**. El acreedor pignoraticio (la SAREB) no se ve vinculado al plazo de espera aprobado en el convenio del concurso del pignorante por no haber asistido ni votado en la correspondiente junta de acreedores, pudiendo ejercer su derecho de forma separada, por aplicación análoga del art. 135 LC. La sentencia declara, además, que el plazo de 3 días que habilita el art. 322 CCom para instar la enajenación de los valores desde el momento del vencimiento del préstamo garantizado tiene un carácter dispositivo y no imperativo, por lo que cabe que las partes renuncien a este límite.

### 3.2. Cesiones de créditos

- § 31 La *STS de 20 de abril de 2021 (RJ 2021, 1850)* enjuicia un interesante caso de cesión de créditos por la entidad bancaria originadora

en favor de unas sociedades financieras una vez se había iniciado el procedimiento ejecutivo contra los deudores, por incumplimiento de sus obligaciones, y se había anotado preventivamente el correspondiente embargo de uno de sus bienes en el Registro de la Propiedad (con la letra E). Con posterioridad, se anotó otro embargo (con la letra H), embargo que se hizo efectivo mediante la subasta y adjudicación del inmueble a una persona física que cedió el remate a otros tres sujetos, a la postre demandados en el litigio del que trae causa la sentencia del TS. Al tiempo de la subasta el adjudicatario era consciente del gravamen previo en favor del banco y por eso pudo descontar el importe de la responsabilidad del precio pagado por el bien. Sin embargo, cuando los cesionarios del remate presentaron su título a inscripción había caducado ya la anotación preventiva de los embargos en favor de la entidad crediticia y, al comprobar esta circunstancia, se opusieron a satisfacer la deuda que gravaba la finca, apelando a su condición de terceros registrales. Los cesionarios del derecho de crédito bancario entablaron contra los adquirentes una demanda en reclamación de tales cantidades, frente a la cual se opuso una falta de legitimación activa, que fue acogida por la Audiencia.

El TS revoca esta sentencia, confirmando sustancialmente la de primera instancia, por considerar que los demandados no podían ampararse en la buena fe registral: «la anotación preventiva de embargo, al dar noticia de la constitución del mismo sobre la finca –con la efectividad erga omnes resultante de la llamada cognoscibilidad legal de lo que el Registro publica–, tiene como fin impedir que un tercer adquirente alegue que celebró el negocio adquisitivo en la confianza de que el derecho del transmitente no soportaba limitaciones ocultas, esto es, en la ignorancia inculpable de que el inmueble no estaba embargado y, por ello, que el embargo no anotado era para él inoponible, es decir, como inexistente. (...) En el caso de la litis la presunción de buena fe queda enervada por la cognoscibilidad legal de la existencia del embargo a través de su anotación registral, que estaba vigente en el momento de la subasta, de la cesión del remate y de la aprobación de la adjudicación a favor de los demandados en el procedimiento de apremio administrativo. La cancelación por caducidad posterior de la anotación no puede inhibir ese efecto enervante que provocó y consumó la anotación durante su vigencia. (...) Los demandados, al tomar parte en la subasta, aceptaron subrogarse en las cargas anteriores y su importe se descontó del tipo de la subasta y del precio de la adjudicación. Por tanto, la adjudicación se produjo por el precio ofrecido, bajo la condición de asumir las citadas cargas previas. En rigor, no se produce en esta situación una asunción de la obligación de pago del crédito garantizado con el embargo, sino que el adjudicatario

acepta quedar sometido a la posibilidad de que el bien sujeto al embargo anotado sea objeto de una nueva ejecución fundada en esa traba. (...) Cuestión distinta es que, ante la falta de una medida de protección registral como la anotación preventiva, una vez producida su cancelación por caducidad, un eventual tercer adquirente, en virtud de un acto dispositivo de los adjudicatarios posterior a aquella cancelación, pueda determinar la aparición de un tercer adquirente, éste sí protegido por la fe pública registral (presupuesta su buena fe y demás requisitos del art. 34 LH)».

- § 32 Por su parte, la *STS de 10 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2076)* se pronuncia sobre la **naturaleza del plazo de nueve días establecido por el art. 1.535 CC para el ejercicio del conocido como «retracto de crédito litigioso»**, es decir, aquel derecho que puede hacer efectivo el deudor cedido de un crédito calificado como litigioso para extinguirlo por confusión tras abonar al cesionario las cantidades que establece el precepto (el precio abonado por el cesionario al cedente, las costas y los intereses). El TS aclara que «el plazo de nueve días tiene la naturaleza propia de la **caducidad**, no admitiéndose por consiguiente interrupción alguna del mismo; que dentro del referido plazo es obligado presentar la demanda y hacer la consignación, aunque estos trámites no se efectúen al mismo tiempo; y que la demanda de retracto, o la consignación efectuada ante Juez que carece de jurisdicción para el conocimiento del proceso, no puede surtir efectos de clase alguna». Como consecuencia de esta doctrina, el TS desestima la demanda de retracto, por haberse interpuesto una vez transcurridos los nueve días desde la comunicación de la cesión, sin conferir relevancia al previo ejercicio extrajudicial de tal derecho ni tampoco a la presentación previa de un escrito en igual sentido ante el juzgado que tramitaba el procedimiento de ejecución hipotecaria, por no ser el competente para conocer sobre la demanda.

#### 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

- § 33 En el marco de las sentencias sobre la aplicación de la *Ley 57/1968*, *STS de 7 de junio de 2021 (RJ 2021, 2671)* reitera que dicha norma **no protege a quienes adquieren las viviendas con una finalidad de inversión**. En esta ocasión el TS llega a la determinación de que los adquirentes habían actuado con una finalidad especulativa porque habían comprado dos inmuebles en el mismo residencial, que estaba ubicado en un lugar muy distante de su domicilio, y, además, habían incluido en el contrato de compraventa una cláusula

en virtud de la cual se reservaban la facultad de transmitir la condición de comprador a cualquier tercero.

§ 34 La STS de 20 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2222), la STS de 21 de junio de 2021 (RJ 2021, 3010), las SSTS de 28 de junio de 2021 (RJ 2021, 3082, 3229 y 3232), la STS de 12 de julio de 2021 (RJ 2021, 3356), la STS de 19 de julio de 2021 (RJ 2021, 3388), la STS de 19 de julio de 2021 (RJ 2021, 3392), las SSTS de 13 de septiembre de 2021 (RJ 2021, 4058, 4063 y 4064) y la STS de 12 de julio de 2021 (RJ 2021, 4310) aplican 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 por 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 «especial» de dicha cuenta. Algunas de estas sentencias recuerdan, además, 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.

§ 35 En cambio, como indica la STS de 26 de julio de 2021 (Civil) (RJ 2021, 3437), la **responsabilidad de la entidad de crédito depositaria ex art. 1.2.<sup>a</sup>** de la citada Ley se circunscribe a la devolución de las cantidades efectivamente ingresadas en la cuenta especial o en cualquier otra cuenta abierta por el promotor en dicha entidad, siempre que esta pudiera ser conocedora de que dichos ingresos se correspondían con cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes de las viviendas: «la responsabilidad de las entidades de crédito conforme al art. 1-2.<sup>a</sup> 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».

Por su parte, la STS de 19 de abril de 2021 (RJ 2021, 1887) confirma la desestimación de la demanda planteada contra una entidad que no era avalista ni había recibido cantidad alguna en depósito de las aportadas a cuenta por los compradores.

- § 36 La STS de 13 de abril de 2021 (RJ 2021, 1709) y la STS de 31 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2592) recuerdan que, como tiene sentado el TS, el **plazo de prescripción de la acción para reclamar la ejecución de la garantía** que cubre la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, sea bajo la forma de aval o de seguro de caución, es el general del art. 1.964 II CC y no el del art. 23 LCS, y que dicha doctrina jurisprudencial no puede desvirtuarse en base a la interpretación de una norma no vigente en el momento del otorgamiento del aval, cual es la Ley 20/2015, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, cuando circunscribe la duración de la garantía a dos años.
- § 37 Y, finalmente, la STS de 20 de mayo de 2021 (Penal) (RJ 2021, 2499) aclara que, para que pueda entenderse consumado un **delito de apropiación indebida por el promotor** que recibe cantidades a cuenta de la construcción de viviendas, no es suficiente con el incumplimiento de los deberes que le impone la Ley de ingresar las cantidades recibidas en una cuenta especial y de dotar de garantía de devolución a los aportantes, sino que es necesario demostrar que no se han utilizado dichas cantidades en la construcción de la obra para las que estaban destinadas. En este caso, el TS acoge el recurso de casación, absolviendo al promotor, al no considerar demostrado que el dinero aportado no se hubiera dedicado al conjunto urbanístico donde debía ubicarse el edificio de los compradores, a pesar de que dicho edificio ni siquiera llegó a iniciarse.

#### 4.2. Aavales prestados para garantizar las obligaciones asumidas frente a las administraciones públicas

- § 38 La STS de 23 de junio de 2021 (Cont.-Adm.) (RJ 2021, 2977) declara que «el derecho a exigir la devolución de las garantías constituidas **para asegurar el cumplimiento del deber de urbanización**, sólo nace tras la recepción por la Administración competente de las obras de urbanización, o, en su defecto, transcurrido el plazo en que debiera haberse producido la misma desde su solicitud, sin perjuicio de las obligaciones que puedan derivarse de la liquidación de las cuentas definitivas de la actuación».

En consecuencia, hasta ese momento no puede computarse el **plazo de prescripción de las acciones nacidas para reclamar el pago de los avales**, que se rige por lo establecido por el art. 1.964 CC, puesto que tales avales generan obligaciones de origen contractual y, por lo tanto, de carácter personal, no teniendo aquellas acciones un plazo de prescripción específico.



#### 4.3. Algunas cuestiones penales

- § 39 Por último, en el orden jurisdiccional penal destacamos las SSTs de 1 de julio de 2021 (Penal) (RJ 2021, 3061 y 3244) que declaran que el contrato de leasing es un título apto para la comisión del delito de apropiación indebida en caso de que el arrendatario no devuelva la cosa objeto del contrato, incorporándola a su patrimonio, o bien cuando transmita su propiedad a un tercero. En ambos supuestos se condena al arrendatario al pago de la cantidad correspondiente al valor de los bienes indebidamente apropiados, en concepto de indemnización de daños y perjuicios.
- § 40 Para concluir, reseñamos la STS de 9 de septiembre de 2021 (Penal) (RJ 2021, 4429)-Caso del Banco de Valencia- que confirma la condena por administración desleal y estafa al consejero delegado de la entidad de crédito que antepuso sus intereses a los de la sociedad administrada al realizar operaciones sin el estudio sobre la capacidad de reembolso, altamente arriesgadas y especulativas, ejecutadas con anterioridad a que fueran aprobadas por sus órganos. Además, ante el posterior impago, no procedió a instar su reclamación judicial, sino que autorizó refinanciaciones y daciones en pago perjudiciales para la entidad. Se condena, además, como cooperador necesario al directivo de la entidad que ejerció sus funciones en el consejo de administración de entidades participadas por la entidad, actuando con plena consciencia del grave riesgo que suponían económicamente las operaciones especulativas basadas en la recalificación de terrenos agrícolas, de un futuro más que incierto, con riesgo para la sociedad, con disposiciones económicas y con escasas o nulas garantías de devolución de lo entregado. Se declara, asimismo, la responsabilidad civil subsidiaria de estos sujetos frente al FROB, al ser este el perjudicado en el subsiguiente rescate bancario.

## II. MERCADO DE SEGUROS<sup>3</sup>

En el presente número se traen a colación las sentencias aparecidas en un periodo de medio año que abarca desde abril hasta septiembre de 2021 y en ella se sigue la estructura básica que se ha utilizado en los números anteriores de la Revista, agrupándose las sentencias en las mismas categorías o tópicos. Esta sección de la Crónica recoge sentencias sobre el seguro de accidentes de circulación, planes y fondos de pensiones, deber de declaración del riesgo, recargo por demora, prescripción de acciones, cláusulas delimitadoras y limitativas, subrogación del asegurador y responsabilidad civil por mala praxis médica.

---

3. Por Rafael Marimón Durá.



## 1. ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

§1 La STS de 6 de mayo de 2021 (Civil) (RJ 2021, 1958) acude a la jurisprudencia aplicable a las cláusulas que, en casos de **invalidez permanente**, distinguen o excluyen supuestos según la gravedad de las lesiones sufridas. Cuando en las condiciones particulares del seguro se establece una suma única por invalidez permanente, el cálculo de la indemnización según la importancia de las lesiones constituye una **limitación de los derechos del asegurado**. En el caso de autos, además, la cláusula que establecía dicho cálculo figuraba en las condiciones generales del contrato, que no se entregaron al tomador.

§2 En la STS de 10 de mayo de 2021 (Civil) (RJ 2021, 2065) se analizan algunos conceptos del **baremo de indemnización de vehículos a motor** en un caso de atropello a peatón: (i) “ayuda de terceras personas”: el TS considera que no hubo en la SAP infracción del art. 1.2 LRCSVM, al valorar que el lesionado podía efectuar algunas actividades esenciales por sí mismo (dependencia no absoluta), y fijar una cantidad inferior a la que correspondería por el total; (ii) el TS estima la legitimación del atropellado para reclamar los “perjuicios morales de familiares”. Por otra parte, se excluye que los **intereses moratorios del art. 20 LCS** puedan aplicarse a la renta vitalicia concedida. Y tampoco se reconoce que los intereses se devenguen desde la fecha del siniestro, sino desde la sentencia de apelación, puesto que la aseguradora demostró buena fe al consignar los importes necesarios para el inicio del proceso civil.

La STS de 28 de junio de 2021 (Civil) (RJ 2021, 3034) aborda un caso de aplicación del **baremo** de vehículos a motor (aplicación orientativa del baremo a un supuesto de **culpa extracontractual** –daños personales por contacto con amianto–), en el que la SAP reduce la indemnización que corresponde a la perjudicada porque esta fallece a consecuencia de la enfermedad tras la sentencia de primera instancia y antes de que se dicte la de apelación. El TS estima procedente dicha moderación a la baja, porque el fallecimiento delimita temporalmente el perjuicio padecido y, por tanto, la indemnización debida por la aseguradora.

En un caso de **conducción con exceso de alcoholemia**, la STS de 24 de mayo de 2021 (Civil) (RJ 2021, 2539) declara no haber causa que justifique la **demora de la aseguradora en el pago de la indemnización**. El TS recoge la doctrina judicial según la cual, la conducción en estado de embriaguez no demuestra *per se* una intencionalidad en la producción del accidente, ni siquiera la asunción de un resultado altamente probable y representado por el sujeto como tal. La oposición judicial de la aseguradora no estaba fundada –no se justifica el retraso en el pago de la indemnización–, no solo porque la

póliza no contenía la exclusión por alcoholemia sino también porque la mencionada doctrina judicial ya estaba consolidada cuando se interpuso la demanda del asegurado.

## 2. PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

§3 En la *STS de 10 de mayo de 2021 (Civil) (RJ 2021, 2136)* se aborda un caso que, no siendo propiamente de contrato de seguro, interesa por la analogía que presenta con la **designación genérica de los herederos-beneficiarios** del seguro. En el caso que da lugar a la sentencia reseñada, el suscriptor de unos planes de previsión no había designado expresamente beneficiarios del mismo y el reglamento de los planes señalaba que, en caso de no designación, se entenderían beneficiarios los herederos legales. En el testamento otorgado por el suscriptor de los planes, que no los contemplaba expresamente como parte de la herencia, se instituía como única heredera a una de las dos hijas, reservándole a la otra la legítima estricta a título de legado. La SAP, que consideraba herederas legales a ambas hijas, es casada correctamente por el TS, ya que en el testamento es claro que la legítima se otorga a título de legado y que la legataria no es instituida como heredera. Por ello, no tiene derecho a la prestación de los planes de previsión en los que se contemplan como beneficiarios los “herederos” del suscriptor.

También con relación a los beneficiarios, se discute en la *STS de 10 de mayo de 2021 (Civil) (RJ 2021, 1990)* si la **reclamación del beneficiario** a la aseguradora está sujeta al **plazo de prescripción de 5 años del art. 23 LCS**. Según el beneficiario recurrente, la acción que ejercita como beneficiario no es una acción para que se declare la obligación de la aseguradora (obligación que la aseguradora *a priori* no negó) sino una acción personal que no tiene establecido en nuestro ordenamiento un plazo especial de prescripción. El TS desestima el motivo, argumentando que, aunque el beneficiario no es un contratante, no es ajeno al contrato de seguro, puesto que su derecho nace de su designación en dicho contrato y ejercita una acción derivada de un contrato de seguro de personas (art. 23 LCS). Tampoco se considera reconocimiento de deuda la petición que la aseguradora hiciera al beneficiario para que acreditara su condición; y, aunque así fuera, «[...] el llamado efecto constitutivo del reconocimiento de deuda no supone la extinción de la deuda anterior o su sustitución por una obligación de distinta naturaleza a los efectos de la prescripción». En conclusión, dice el TS que, aun partiendo de la existencia de un reconocimiento de deuda, la misma trae causa de un contrato de seguro, asumiendo la aseguradora la obligación que contrajo en virtud de dicho contrato de seguro, por lo que el plazo de prescripción seguiría siendo el fijado en el art. 23 de la

LCS. Con todo, el TS estima que el plazo de prescripción de 5 años no ha transcurrido, porque el **dies a quo** se fija el momento en que la acción pudo ejercitarse (art. 1969 c.c.), y habida cuenta de la discapacidad intelectual del beneficiario, dicho momento acontece varios años después de la muerte del asegurado, cuando al beneficiario se le comunica la declaración de herederos. Solo en tal fecha reúne el beneficiario la información precisa para el ejercicio de su derecho y adquiere conocimiento aproximado de su situación.

### 3. DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO

§4 El **deber de declaración del riesgo** se concreta en la *STS de 19 de julio de 2021 (Civil) (RJ 2021, 3386)*. La Sala remarca la necesidad de que el declarante omita o falte a la verdad de forma deliberada, concurriendo dolo o negligencia grave, siempre y cuando esta información se haya requerido por la aseguradora, que debe desconocerla, y sea conocida (o deba ser conocida) por el solicitante, existiendo un nexo de causalidad entre la omisión o falsedad y el riesgo objeto de cobertura.

La *STS de 29 de abril de 2021 (Civil) (RJ 2021, 1941)* no aprecia incumplimiento del **deber de declaración del riesgo**, porque, aunque existen antecedentes de hipertensión, colesterol y tabaquismo, estos no persisten al tiempo de contratar el seguro. El asegurado no tiene por qué ser consciente de padecerlos en el momento de firmar la póliza ni tiene por qué representarse su importancia para la valoración del riesgo, ante la ausencia de preguntas específicas sobre tales aspectos. Con relación al recargo de demora del art. 20 LCS, el TS estima que, no habiendo razón que justifique el retraso de los beneficiarios en la comunicación del siniestro, el devengo de intereses no se aplica desde la fecha de fallecimiento sino desde su comunicación a la aseguradora.

### 4. RECARGO POR DEMORA

§5 La *STS de 27 de abril de 2021 (Civil) (RJ 2021, 1871)* resuelve que la compañía aseguradora no puede cuestionar la realidad del siniestro ni la responsabilidad del asegurado desde el momento en que éste **reconoce su negligencia** en el acto de conciliación. La simple diferencia entre lo reclamado y lo ofertado o finalmente obtenido no puede considerarse causa de exoneración a la luz del art. 20 LCS.

Por otro lado, en los seguros de **asistencia sanitaria**, la *STS de 29 de abril de 2021 (Civil) (RJ 2021, 2007)* destaca que si existe una **condena firme de la aseguradora** con base en el art. 1903.4 CC., fundada en el incumplimiento de su obligación contractual de garantizar una correcta atención, la consecuencia del daño producido es la aplicación del recargo por mora del art. 20 LCS. Además,

constatado el error de diagnóstico con el grave resultado producido, la entidad demandada debió hacerse cargo de la reclamación efectuada y no adoptar una posición procesal de oposición a la demanda, por lo tanto, la fecha de devengo es la del conocimiento del error médico a través de las diligencias preliminares que se abrieron.

Además, la *STS de 6 de mayo de 2021 (Civil) (RJ 2021, 2056)* clarifica que ni la discrepancia sobre la responsabilidad del siniestro ni sobre la cuantía de la indemnización postulada en la demanda, constituyen **causas justificadas** para la elusión de los intereses.

En caso de la interposición de la acción directa, la *STS de 24 de mayo de 2021 (Civil) (RJ 2021, 2511)* establece que no tener conocimiento la aseguradora de la reclamación por requerimiento o notificación de la perjudicada, no constituye causa que justifique su no imposición, puesto que tal conocimiento lo tuvo con la **presentación de la demanda**, por lo que los intereses del 20% deben devengarse desde la interpelación judicial.

La *STS de 6 de septiembre de 2021 (Civil) (RJ 2021, 4011)* recuerda la jurisprudencia existente sobre el art. 20.8 LCS. La causa justificada se interpreta restrictivamente dado el carácter sancionador de estos intereses; el único caso admisible es aquel en el que existen dudas acerca de la existencia del deber indemnizatorio y deviene necesario acudir a proceso judicial.

## 5. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES

§6 La *STS de 8 de junio de 2021 (Civil) (RJ 2021, 2661)* resuelve que el recurrente era conocedor del **alcance real de las lesiones padecidas y su evolución**, lo que le posibilitaba el ejercicio de las oportunas acciones judiciales con pleno conocimiento de la entidad del daño corporal sufrido, para lo cual no precisaba el informe médico forense, propio de un proceso penal, cuyo archivo había sido acordado posteriormente a la obtención de la sanidad. La falta de coordinación entre el juzgado y la clínica médico forense determinó que dicho informe fuera emitido cuando resultaba ya innecesario. Por lo tanto, la mera notificación del mismo al demandante, casi dos años después de la resolución del archivo del proceso penal, **no abre un nuevo plazo** de ejercicio de una acción, que se encontraba prescrita.

Por otro lado, la *STS de 22 de junio de 2021 (Civil) (RJ 2021, 2963)* aclara que el procedimiento penal interrumpe el ejercicio de la acción civil, independientemente de quién fuese el denunciante o quién estuviese personado. En este caso, el juzgado entregó una copia de las diligencias penales al padre del demandado, y como se refiere en la demanda, ese es el momento en que los perjudicados

también tuvieron **conocimiento de las actuaciones penales**. Por lo tanto, el plazo quedó interrumpido por carta remitida a la aseguradora antes de transcurrido un año.

La *STS de 22 de julio de 2021 (Civil) (RJ 2021, 3661)* vuelve sobre el **accidente de Spanair** de 2008 y resuelve sobre la **prescripción de la acción directa de responsabilidad** prevista en el art. 76 LCS y otras cuestiones relacionadas con las reclamaciones del tercer perjudicado. El primer motivo de casación gira en torno a la determinación del “momento en que el perjudicado puede ejercitar la acción civil” (art. 1969 c.c.), cuando el procedimiento penal sobre el mismo accidente queda archivado y el perjudicado no tiene efectiva constancia de ello. El TS sigue la línea uniforme del TC: se vulnera el art. 24 CE cuando, no habiéndose notificado el archivo de las actuaciones penales al perjudicado, el tribunal civil considera prescrita o caducada la acción de exigencia de responsabilidad civil, por basar en hechos no concluyentes la suposición de que el perjudicado conoció el archivo de las actuaciones penales. En el caso de autos, la perjudicada era una menor de edad y no consta que, con referencia al proceso penal seguido por el accidente en que murieron su madre y su hermano, se adoptaran las medidas exigibles para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. El segundo y el tercer motivo de casación cuestionan la **aplicación del art. 20 LCS** al caso, pues según la aseguradora, los plazos en los que deben satisfacerse las indemnizaciones vienen establecidos en el Convenio de Montreal y en el Reglamento (CE) n.º 2027/1997. El TS, como ya ha hecho en otras sentencias relacionadas con el mismo accidente, aclara que dicha normativa se aplica a las acciones ejercitadas por el pasajero frente al transportista, pero no a las obligaciones que las aseguradoras asumen frente a los perjudicados como consecuencia de la acción directa, las cuales se rigen por la LCS. Tampoco el pago de la indemnización mínima que establece el citado Reglamento comunitario enerva la aplicación del art. 20.3 LCS: lo regulado en el Reglamento no es el “importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas”, sino “los anticipos necesarios para cubrir las necesidades económicas inmediatas”, cuya cuantía está muy alejada de la indemnización mínima que el asegurador pudiera estar obligado a pagar por el fallecimiento de un pasajero.

## 6. CLÁUSULAS DELIMITADORAS Y LIMITATIVAS

- §7 Respecto de las **cláusulas limitativas de los derechos del asegurado** se pronuncia la *STS de 26 de julio de 2021 (Civil) (RJ 2021, 3440)*. Recuerda el TS las características de las cláusulas delimitadoras frente a las limitativas y el requisito, con relación a estas, de señalarlas expresamente y por escrito, tanto en las condiciones

generales como en las particulares, de modo que no resulte sorpresiva su aplicación.

La *STS de 15 de julio de 2021 (Civil) (RJ 2021, 3589)* sigue la línea jurisprudencial marcada por esta sala en cuanto a las **cláusulas delimitadoras del riesgo en el seguro de responsabilidad civil de explotación**. El seguro de responsabilidad civil se configura según lo establecido por las partes en el contrato, de modo que estas mismas son las que determinan el objeto de cobertura. El SRC de explotación excluye per se los daños causados sobre los bienes utilizados en el desarrollo de la actividad profesional, por lo que una cláusula contractual que prevea tal exclusión no puede ser considerada limitativa de derechos, sino delimitadora del riesgo. El TS se pronuncia también sobre la **interrupción de la prescripción por reclamaciones extrajudiciales**: sin que se exija una forma específica, el acto que interrumpe la prescripción debe incluir la voluntad de interrumpirla, el derecho que se hace valer, el titular y la persona a la que se dirige, siendo necesario, además, que la contraparte sea concedora de dicho acto.

La *STS de 27 de septiembre de 2021 (Civil) (RJ 2021, 4474)* delimita conceptualmente el **seguro de defensa jurídica** con ocasión de la reclamación que la tomadora presenta frente a la aseguradora para que le abonen los gastos de abogado y procurador de un litigio seguido contra esta. El TS interpreta el art. 76 a) LCS: «El seguro de defensa jurídica requiere alteridad en el litigio [...] no tiene por objeto cubrir los gastos de los profesionales a los que recurra el asegurado con el fin de exigir el cumplimiento de las prestaciones pactadas por las partes en el contrato de seguro. La asignación de los gastos generados por un procedimiento seguido contra la aseguradora y en el que se discute el ámbito del contrato de seguro o su cumplimiento vendrá fijada en cada caso por el resultado del procedimiento seguido y, en particular, por el criterio que se adopte en la sentencia en materia de costas». De modo coherente con esta concepción del seguro, no se considera limitativa de los derechos del asegurado la cláusula por la que se excluyen los gastos por las reclamaciones contra la misma aseguradora; esta es una **cláusula delimitadora del riesgo**, por cuanto acota y define el riesgo de manera coherente con el objeto propio de este seguro, que se refiere a la protección jurídica o la cobertura de los gastos por reclamaciones frente a terceros.

## 7. SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR

- §8 La *STS de 21 de julio de 2021 (Civil) (RJ 2021, 3439)* analiza el alcance del **derecho de subrogación del asegurador** cuando el sujeto al que la compañía demanda forma parte del colectivo asegurado

(comunidad de propietarios) cubierto por la póliza. El recurrente (demandado por la aseguradora porque el incendio se origina en su local de negocio) es copropietario del inmueble asegurado y, por tanto, asegurado. Conforme a las condiciones generales de la póliza, no son terceros el tomador del seguro y el asegurado; aunque, como excepción, el seguro otorga la condición de tercero a los titulares o inquilinos de las viviendas y/o locales del edificio asegurado, pero solo con relación a daños personales o materiales no cubiertos por la póliza, exclusión de cobertura que no se produce en el caso de autos.

También con ocasión del **derecho de subrogación del asegurador** se pronuncia la *STS de 14 de septiembre de 2021 (Civil) (RJ 2021, 4062)*, considerando prescrita la acción de reclamación de la aseguradora contra el sujeto causante de los daños a la carga transportada. Satisfecha al asegurado-cargador la cantidad correspondiente, la aseguradora dirige su acción contra la empresa de trincaje que había sido subcontratada por la transitaria; y pretende que, por tratarse de un contrato de obra, el plazo de prescripción sea el del art. 1964 c.c. (5 años). El TS entiende que las acciones de la aseguradora por subrogación son las propias de un **contrato de transporte marítimo** y no aisladamente las de un contrato de trincaje. El contrato de transporte marítimo entraña una unidad negocial de todas las figuras necesarias para culminar la finalidad del transporte de la mercancía (estiba, trincaje, etc.). El plazo de ejercicio de la acción es, pues, el de 1 año del transporte marítimo (en el caso de autos, de aplicación el art. 3.6 del Convenio de Bruselas de 1924 y el art. 22 de la Ley de Transporte Marítimo de 22 de diciembre de 1949).

## 8. RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRAXIS MÉDICA

La *STS de 13 de septiembre de 2021 (Civil) (RJ 2021, 4051)* se pronuncia respecto de la **aplicación del Baremo** (Sistema legal de valoración del daño corporal, Anexo de la LOSSP) a una **reclamación de daños por imprudencia médica**, cubierta por el **seguro de responsabilidad civil profesional**. La Sala, siguiendo el criterio jurisprudencial marcado, aclara que el Baremo aplicable es el vigente en el momento de producción del daño o de la curación de las lesiones y fijación de las secuelas, pudiendo actualizar ciertos criterios al Baremo vigente en el momento de la sentencia si, en atención al caso particular, se considera necesario. No obstante, no es posible emplear diversos baremos en la cuantificación de daños y secuelas (p.ej, el baremo vigente en el año del siniestro y el vigente en el momento de dictar sentencia). Se produciría una resolución incoherente al utilizar dos normas distintas para un solo asunto.

También en el ámbito de la **responsabilidad civil por mala praxis médica**, la *STS de 19 de julio de 2021 (Civil) (RJ 2021, 3608)* se pronuncia



en este caso sobre la legitimación pasiva de la aseguradora en un **seguro de asistencia sanitaria**. Se recuerda el art. 105 LCS y la jurisprudencia existente sobre la asunción directa de la aseguradora por la prestación del buen servicio médico: la aseguradora no se encarga únicamente de poner en contacto a los asegurados y a los profesionales, ofreciendo un cuadro médico, sino que se le atribuye responsabilidad en cuanto a la oferta de prestaciones sanitarias de calidad, teniendo legitimación pasiva, por tanto, en los casos de mala praxis de los profesionales que integran estas instalaciones, así como en los servicios médicos defectuosos, erróneos o mal ejecutados.