

# MERCADO DE CRÉDITO Y DE VALORES

RAFAEL MARIMÓN DURÁ

Catedrático de Derecho Mercantil  
Departamento de Derecho Mercantil "Manuel Broseta Pont"  
Universitat de València

Revista de Derecho del Sistema Financiero 4  
Julio – Diciembre 2022  
Págs. 399–440

SUMARIO: 1. COMERCIALIZACIÓN DE VALORES NEGOCIABLES Y PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS. 1.1. *Productos de inversión de carácter complejo*. 1.2. *Swaps sobre tipos de interés o sobre inflación*. 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 (IRPH y 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 fianza*. 2.7. *Cláusula de interés de vencimiento anticipado*. 2.8. *Cláusula de interés de demora*. 3. OPERACIONES BANCARIAS. 3.1. *Operaciones bancarias activas o de financiación (contrato de préstamo)*. 3.2. *Cuenta corriente*. 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. *Registros de solvencia y control de riesgos*. 4.3. *Sanciones en mercado de crédito*.

En el presente número se traen a colación las sentencias aparecidas en un periodo de medio año que abarca desde octubre de 2021 a marzo de 2022 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 valores y otros productos de inversión, 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 también han ocasionado cierta litigiosidad: inscripción en registros de solvencia y control de riesgos y responsabilidad derivada de la Ley 57/1968, básicamente.

Para confeccionar la sección en esta ocasión se han analizado un total de 393 sentencias.

## 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 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, aunque alterando el orden, pues primero se tratan las sentencias relativas a productos de ahorro-inversión (participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, productos estructurados, etc.), y, a continuación, las referidas a productos de cobertura de riesgos (swaps).

Junto a ellas, destacamos la presencia de varias sentencias de interés en relación con el Caso Bankia, centradas en la responsabilidad de la entidad frente a suscriptores del tramo institucional y también frente a determinados adquirentes en el mercado secundario.

### 1.1. PRODUCTOS DE INVERSIÓN DE CARÁCTER COMPLEJO

§ 1 En primer lugar, damos noticia de las sentencias sobre adquisición de participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, bonos estructurados y otros productos de carácter complejo.

En este periodo se decantan por la declaración de nulidad por vicio del consentimiento la *STS de 11 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4496)*, la *STS de 15 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 5508)*, la *STS de 12 de enero de 2022 (RJ 2022, 18)*, la *STS de 24 de enero de 2022 (RJ 2022, 725)* y la *STS de 23 de febrero de 2022 (RJ 2022, 1112)*. La segunda de ellas enjuicia un supuesto en que los demandantes habían adquirido unas participaciones preferentes de un banco luego canjeadas por bonos convertibles en acciones de la entidad. En el momento de la segunda conversión las acciones tenían un valor de cotización superior a la inversión inicial de los demandantes, que, además,

habían obtenido una rentabilidad previa equivalente a la mitad de su inversión. Sin embargo, cuatro años después de dicha conversión las acciones perdieron todo su valor por motivo de la resolución de la entidad emisora. En la demanda se solicitaba la nulidad con restitución de las aportaciones, valorando a tal efecto las acciones según su precio durante su último día de cotización. Pero la sentencia de instancia tomó como referencia el valor medio de las acciones en septiembre de 2014, un año después de su conversión en acciones, porque fue entonces cuando los demandantes adquirieron por herencia los títulos. El TS confirma esta decisión que considera ajustada a los principios de reciprocidad e integridad derivados del art. 1.303 CC y congruente con el art. 1.307 CC, aplicable a los supuestos de imposibilidad de restitución en especie por pérdida de la cosa: “Esta sala considera que la solución correcta es la adoptada por la sentencia de apelación impugnada porque se ajusta mejor a los criterios de reciprocidad e integridad del efecto restitutorio propio de la nulidad de los contratos y a la ratio del art. 1303 CC, a cuya luz ha de interpretarse también el art. 1307 CC”.

Bajo el mismo fundamento, la *STS de 12 de enero de 2022 (RJ 2022, 18)* toma la fecha de la conversión en acciones de un conjunto variado de productos financieros complejos, como referencia para el cálculo de su valor a los efectos de la restitución, sin tener en cuenta la depreciación posterior de los títulos de renta variable, si bien en este caso la *ratio decidendi* se basa en que la nulidad de la adquisición de las acciones no se había solicitado en la demanda.

Por su parte, la *STS de 23 de febrero de 2022 (RJ 2022, 1112)* aplica la doctrina de la **propagación de los efectos de la nulidad** de los contratos de suscripción de productos financieros complejos al del crédito suscrito para financiar dicha suscripción: “Esta doctrina resulta de aplicación en el presente caso, en que también se aprecia una clara vinculación entre el contrato de adquisición del producto estructurado y la póliza de crédito, propia de los negocios complejos o coaligados. Esta conexión muestra cómo, desde su celebración, ambos contratos cooperan necesariamente para la consecución del resultado económico perseguido por las partes. Se conciertan al mismo tiempo (julio de 2007) y el estructurado se constituye con el dinero concedido por el propio banco mediante la póliza de crédito, de tal forma que la adquisición del producto estructurado es causa de la concesión del crédito, siendo la duración de esta póliza la misma que la del estructurado, tres años. Del mismo modo, la reestructuración del producto financiero complejo, sustituyendo un estructurado por otro, este último con un plazo de duración de cinco años, va acompañado de la necesaria renovación de la póliza de crédito, que también se extiende por un plazo de cinco años. El crédito se concede para permitir la inversión en el producto estructurado, así se ofreció al cliente y así fue aceptado./ Esta vinculación o conexión conlleva que, en este caso, en atención a las circunstancias expuestas, la

nulidad por error vicio tanto de la adquisición del producto estructurado en julio de 2007, como de su sustitución por otro producto estructurado en marzo de 2010, justifique también la nulidad del contrato de crédito constituido para adquirir el estructurado en julio de 2007 y novado con ocasión de la reestructuración de marzo de 2010”.

§ 2 En cambio, desestima la demanda de nulidad la *STS de 11 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4822)*, al apreciar la **falta de legitimación activa de la asociación de consumidores** que actuaba en representación de los intereses de sus socios, por entender que las operaciones impugnadas no constituían actos de consumo: “El servicio que da lugar al litigio es la adquisición por dos particulares, Oscar y Rosa, en un año y medio aproximadamente (de diciembre de 2006 a febrero de 2008), de diez productos financieros por un valor aproximado de 4 millones de euros. Estos diez productos financieros comprenden tres paquetes de acciones de sociedades que cotizan en bolsas internacionales (Neuropharma, Meinl Airports y Meinl Power) y siete bonos estructurados, que tienen la consideración de productos complejos, de marcado carácter especulativo./ Una operación de estas características no puede considerarse un acto o servicio de consumo porque, en atención a los importes y a su carácter especulativo, no es de uso común, ordinario y generalizado./ Los afectados pueden litigar directamente por sí mismos y no está justificado que lo haga una asociación de consumidores, en nombre propio y por cuenta de sus asociados, para evitar los riesgos derivados de una eventual condena en costas”.

Por su parte, la *STS de 8 de febrero de 2022 (RJ 2022, 634)* **niega la existencia de legitimación pasiva de la entidad de crédito cabeza de grupo por la actuación de su filial de banca privada** en relación con la comercialización irregular de unos productos financieros complejos que tenían como subyacente acciones de la propia entidad y de una tercera compañía. Según se indica, toda la documentación comercial y contractual aparecía firmada y con membrete de la filial de banca privada, mencionándose la matriz únicamente por referencia al subyacente financiero y con el mismo tratamiento que la tercera compañía cuyas acciones también servían de referencia. A juicio del TS, tampoco resulta aplicable la doctrina de los actos propios por el hecho de que las reclamaciones planteadas por los demandantes tuvieran contestación (negativa) por parte de la matriz, donde se centralizaban los servicios de atención al cliente de todo el grupo.

§ 3 En relación con el **inicio del cómputo del plazo de la acción de nulidad**, la *STS de 11 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4668)*, referida a la suscripción de unas **participaciones preferentes**, considera que los inversores pudieron tomar conciencia de la verdadera naturaleza del producto en el momento en que el banco se puso en contacto con ellos indicándoles la conveniencia del canje por otro producto, toda vez que las participaciones no estaban produciendo rendimientos; la *STS de 24 de enero de 2022 (RJ 2022, 725)* en el de la publicación de la resolución administrativa del FROB

que dio lugar al canje; y, tanto la STS de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022, 667), como la STS de 2 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1169) y la STS de 14 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1160), en el momento en que la entidad emisora fue intervenida por el FROB, habiendo caducado la acción en los tres casos.

En relación con 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, la de 9 de febrero de 2021 o la de STS de 14 de julio de 2021, señala como *dies a quo* del plazo el de la completa consumación del contrato: “a efectos del cómputo del dies a quo (día inicial de cómputo del plazo de extinción de la acción) de la acción de nulidad del art. 1301 CC en el ámbito de contratos como el litigioso habrá que estar a la fecha del cumplimiento de las prestaciones de las partes, puesto que las liquidaciones que en este caso se producen a favor del cliente dependen de manera variable del valor de unos valores subyacentes”.

Por su parte, la STS de 25 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4874), en relación con unos **valores obligatoriamente canjeables por obligaciones necesariamente convertibles en acciones ordinarias** del banco emisor, sitúa el inicio del cómputo del plazo en el momento de la conversión en acciones, que permitió al bonista advertir el carácter arriesgado de la operación: “la consumación se produce con la fecha de conversión obligatoria de los títulos en acciones, que es el momento en que se materializa el riesgo y la inversión cumple su finalidad económica”. Sigue con ello la estela de otros pronunciamientos anteriores vistos en esta Crónica, como la STS 22 de junio de 2020, la STS de 5 de febrero de 2021, la STS de 16 de marzo de 2021, la STS de 25 de mayo de 2021 o la STS de 15 de junio de 2021.

§ 4 Estiman la **acción de responsabilidad** derivada del incumplimiento de las obligaciones propias de un correcto asesoramiento la STS de 11 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4668) y la STS de 3 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4998). 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 STS de 11 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4668) y la STS de 3 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4985) aclaran, por una parte, que para determinar el daño resarcible no se debe incrementar con el interés legal del dinero ni las cantidades entregadas por el cliente para la suscripción de los valores ni los rendimientos obtenidos por la inversión, sin perjuicio de que la cantidad resultante devengue a favor del damnificado el interés legal desde el momento de la interpelación judicial (art. 1.108 CC); y, por otra, que no ha lugar a la indemnización en caso de que el montante de las cantidades recibidas por el cliente sea superior al importe que haya desembolsado, porque en tal caso no existe perjuicio alguno.

Por su parte, la *STS de 26 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4882)* confirma la sentencia de la Audiencia que había desestimado la acción de responsabilidad, en un supuesto de **adquisición de bonos necesariamente convertibles**, por entender que la pérdida se había producido tras la conversión, siendo imputable a la propia demandada la decisión de no vender las acciones tras ese canje.

Finalmente, la *STS de 10 de enero de 2022 (RJ 2022, 19)* recuerda que las cantidades debidas por la entidad de crédito en concepto de indemnización devengan intereses desde el momento de la interpelación judicial y no desde que se llevó a cabo la inversión, como ocurre en los casos de declaración de nulidad con obligación de devolución de contraprestaciones.

## 1.2. SWAPS SOBRE TIPOS DE INTERÉS O SOBRE INFLACIÓN

§ 5 En materia de **swaps** aprecian la existencia de **nulidad por vicios del consentimiento**, siguiendo los criterios generales sobre la materia, la *STS de 24 de enero de 2022 (RJ 2022, 487)*, la *STS de 9 de febrero de 2022 (RJ 2022, 776)* y la *STS de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022, 904)*.

En cambio, no la estima la *STS de 7 de febrero de 2022 (RJ 2022, 918)*, en un supuesto en que se consideró demostrado que en la suscripción del swap intervino un asesor financiero del cliente.

§ 6 En relación con el **inicio del cómputo del plazo de la acción de nulidad**, la *STS de 24 de enero de 2022 (RJ 2022, 487)*, la *STS de 28 de febrero de 2022 (RJ 2022, 1079)*, la *STS de 14 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1572)* y la *STS de 21 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1425)* reiteran que el plazo de caducidad no puede comenzar antes de la consumación de la operación, siguiendo el criterio establecido por la STS de 19 de diciembre de 2018, no siendo posible diferir el inicio del cómputo al momento en que el cliente obtuvo un informe pericial en el que se concretaba el resultado exacto del producto de la operación (*STS de 14 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1572]*).

§ 7 También ha aparecido una sentencia relativa a un **derivado implícito incluido en un contrato de crédito**, la *STS de 16 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5061)*. En la demanda se había pedido la nulidad de la cláusula en virtud de la cual se constituía el producto derivado. La tesis general en estos casos es la de negar la posibilidad de anular una cláusula concreta si la misma constituye parte inescindible o inseparable del contrato general, siendo solo admisible la nulidad de todo contrato, en su caso. Esta tesis se ha aplicado generalmente en las demandas de nulidad de las cláusulas por las que se establecía un derivado implícito sobre tipos de interés. Sin embargo, dicha doctrina no resulta aplicable en este supuesto, dado que el derivado no afecta a la fijación del interés sino a la cancelación anticipada, careciendo por esta circunstancia de la consideración de parte inescindible e inseparable del contrato de préstamo.

§ 8 Por su parte, estima la **acción de responsabilidad** derivada del incumplimiento de las obligaciones propias de un correcto asesoramiento, cuando ya había caducado la acción de nulidad, la *STS de 21 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1425)*.

### 1.3. ACCIONES

§ 9 En relación con el **Caso Bankia** han aparecido varias sentencias que, por una parte, reiteran algunos de los criterios seguidos por sus precedentes y, por otra, ventilan cuestiones nuevas. La *STS de 29 de octubre de 2021 (RJ 2021, 5041)* se refiere a un supuesto en que el demandante había adquirido diversas cantidades de **acciones de la entidad en el mercado secundario**, tiempo después de que se hubiera hecho pública la calamitosa situación financiera de la entidad, concretamente entre octubre de 2012 y enero de 2013. En su demanda instó la nulidad de las adquisiciones, apelando la información incorrecta que había recibido acerca de la situación patrimonial del banco y, subsidiariamente, la resolución del contrato de adquisición y la responsabilidad de la entidad basada en los errores contenidos en el folleto informativo. Las tres pretensiones (nulidad, resolución y responsabilidad) son rechazadas: la primera por falta de legitimación pasiva de la demandada, habida cuenta de que las acciones adquiridas por el demandante procedían de un tercero y no del propio banco, que sólo había actuado como intermediario (resuelve en el mismo sentido que la anterior *STS de 29 de junio de 2019*); la segunda, porque el incumplimiento alegado se produjo en la fase de la formación de la voluntad contractual del adquirente, siendo que el incumplimiento resolutorio es el que se residencia al tiempo de la ejecución del contrato; y, la tercera, porque la adquisición de las acciones se produjo una vez transcurrido el plazo de vigencia del folleto informativo a que dio lugar la OPS de 2011.

§ 10 Mucho más interesante es la *STS de 5 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4986)* en la que, por fin, se plantea –y se afirma– la **responsabilidad de la entidad ex art. 35 ter LMV** (actual art. 124 TRLMV), en otro supuesto de **adquisición de las acciones en mercado secundario**, pero en este caso ubicado temporalmente **dos días antes de que se hiciera pública la grave situación financiera de la entidad**, es decir el 23 de mayo de 2012. La Audiencia había admitido el encaje del supuesto en la norma, pero había desestimado la pretensión resarcitoria por considerar que no existía relación de causalidad entre la información financiera publicada y la pérdida sufrida por el demandante. Sin embargo, el TS afirma que dicha relación sí se había dado: “la existencia de la relación de causalidad se infiere de la propia argumentación de la Audiencia Provincial, la cual, tras referirse a la intervención del FROB el 9 de mayo de 2012 como causa productora de la ‘[s]evera caída del valor de cotización de las acciones de Bankia’, afirma, inmediatamente a continuación, que las acciones ‘[f]inalmente se desplegaron el 25 de mayo por la reformulación de las cuentas’. De lo que se

seguiría, a su vez, que la pérdida de valor de la acción determinante del daño en el que se basa la reclamación debutó no antes de la reformulación de las cuentas, sino con estas, puesto que fue entonces cuando se tuvo noticia cierta, repetimos, de las graves inexactitudes de las cuentas formuladas originalmente el 28 de marzo de 2012 y del hecho de no reflejar su contenido la imagen fiel del patrimonio de Bankia, de su situación financiera y de sus resultados./ (iii) Y, por último, si el contenido de la información regulada suministrada por Bankia hubiera reflejado su imagen fiel, se habría puesto de manifiesto su verdadera situación patrimonial y financiera y sus resultados reales, y, entonces, el precio de sus acciones no hubiera sido el que pagaron por ellas los recurrentes, sino otro muy inferior, so pena de no generar el más mínimo interés en los inversores. Contrafáctico el anterior que constituye algo más que una mera hipótesis o especulación, visto su precio de cotización el 22 de abril de 2013 (que es él que los recurrentes utilizan, como valor de contraste, para cuantificar su perjuicio económico) a consecuencia de la reducción de su valor nominal, agrupación y posterior canje en las condiciones determinadas por la resolución de la Comisión Rectora del FROB, de 16 de abril de 2013, en ejecución del plan de reestructuración del grupo BFA-Bankia, dada su valoración negativa y sus necesidades de capital y apoyo financiero público para garantizar su viabilidad”. Por otra parte, el TS rechaza la moderación de la indemnización solicitada por Bankia bajo el argumento de que los demandantes no habían procedido a vender sus acciones cuando se conoció la bancarrota de la entidad, sino que esperaron a una eventual recuperación de su valor: “La moderación de la indemnización solicitada subsidiariamente por Bankia en su escrito de contestación no procede./ No cabe reprochar a los demandantes haber mantenido la tenencia de las acciones y reclamado años después de la reformulación de las cuentas de Bankia. No tenían la obligación de venderlas. No se les puede hacer corresponsables del daño que han sufrido por el incumplimiento por parte de Bankia de sus obligaciones de información periódica como emisora. Y tampoco han reclamado con desmesura o desproporción. El criterio que han utilizado para cuantificar el daño resulta razonable y, además, no guarda relación con la fecha en la que decidieron presentar su demanda”.

§ 11 La tercera de las sentencias, la *STS de 12 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5664)*, se suscita por otro interesante caso en que las demandantes habían comprado unas participaciones preferentes indebidamente asesoradas por la entidad, que no dio cumplimiento a sus obligaciones de información, por lo que no pudieron obtener un conocimiento claro y real de las características del producto ofertado y que finalmente adquirieron. Posteriormente, las demandantes fueron inducidas a suscribir una oferta de **recompra de sus participaciones preferentes y suscripción de acciones** que aceptaron ante el temor de perder todo su dinero, si no lo hacían, tal y como les decía el personal de la entidad. Tiempo después de la pérdida del valor de sus acciones actuaron contra la entidad bancaria solicitando,



entre otros pedimentos, una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la deficiente información recibida al tiempo de suscribir las participaciones preferentes, que les obligó, con el tiempo, a convertirse en accionistas y a la pérdida de su inversión. Tras afirmar el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad, y a los efectos de calcular el daño sufrido por las clientes, el TS acoge la tesis de que **entre ambas operaciones existe una unidad orgánica**, pues sin la suscripción de las participaciones, no se habría producido la de las acciones: “el negocio de recompra y suscripción de acciones no se explica sin el previo negocio de adquisición de los títulos recomprados del que trae causa y que constituiría la situación jurídica inicial de la misma relación jurídica de la que aquel supondría, una vez operado el canje de las participaciones por acciones, la situación jurídica definitiva, por lo que formarían una unidad orgánica. En este sentido, resulta trasladable mutatis mutandis lo que dijimos en la sentencia 375/2010, de 17 de junio, que cita la demandante, puesto que sin el primer contrato (de adquisición de las preferentes) quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por el contrato posterior (de recompra y suscripción de acciones); este segundo contrato está causalmente vinculado a aquel en virtud de un nexo funcional, pues la demandante no hubiera aceptado de nuevo un nivel de riesgo impropio de la inversión originariamente realizada, si hubiera tenido otra alternativa razonable a la pura y dura pérdida de su dinero”.

El hecho de que ambas operaciones se traten como una sola propicia que el daño indemnizable se calcule por la diferencia entre el precio de adquisición de las participaciones y el valor residual de las acciones al tiempo de la presentación de la demanda: “Aplicando al caso la doctrina anterior lo que procede es condenar a la demandada a indemnizar a la demandante en el saldo que resulte de la siguiente cuenta: restar a 60 100 euros (pagados por la suscripción de las participaciones preferentes) el valor de las acciones por las que se canjearon dichas participaciones (conforme a su precio de cotización el día de presentación de la demanda), así como los rendimientos que la demandante hubiera percibido tanto por las participaciones (desde el momento de su suscripción hasta el momento del canje) como por las acciones (desde el momento del canje hasta la fecha de presentación de la demanda), lo que se determinará en ejecución de sentencia. El saldo positivo a favor de la demandante, una vez determinado, devengará, hasta su pago, los intereses legales del art. 576 LEC”.

§ 12 En cuarto lugar, la STS, Pleno, de 21 de diciembre de 2021 (RJ 2022, 293) afirma la **responsabilidad de Bankia ex art. 28 LMV –actual 38 TRLMV– frente a los suscriptores de acciones del tramo institucional en la OPS de julio de 2011**. El TS se apoya en la respuesta a una cuestión prejudicial planteada ante el TJUE, mediante la cual se preguntaba sobre la posibilidad de aplicar la responsabilidad por folleto derivado de la Directiva 2003/71 –vigente en el momento de autos– también frente a inversores profesionales, que fue contestada por el Tribunal europeo en los

siguientes términos: “la Directiva 2003/71, en su versión modificada por la Directiva 2008/11, debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de una oferta pública de suscripción de acciones dirigida tanto a inversores minoristas como a inversores cualificados, la acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto no ampara solamente a los inversores minoristas, sino también a los inversores cualificados” (STJUE de 3 de junio de 2021). Con base en esta interpretación y en función de las circunstancias del caso, el TS condena a Bankia a resarcir el daño causado a una compañía de seguros adquirente de acciones por importe de 600.000€: “no se había probado que UMAS tuviera una información sobre la verdadera situación económica de Bankia diferente a la reflejada en el folleto, ni que contase con un acceso distinto a los datos económicos de la entidad emisora o dispusiera de otras fuentes de donde pudiera deducir la existencia de inexactitudes, falsedades u omisiones de datos relevantes en el folleto. Ni mucho menos que pudiera acceder a información societaria interna de la demandada, más allá de lo reflejado en las cuentas anuales que deben ser objeto de publicación. Cuando en este caso la falta de veracidad del folleto informativo deriva de la falta de veracidad predicable de la información contable de la propia entidad incluida en dicho documento./ 5.– Como consecuencia de lo cual, habida cuenta que en casos anteriores esta sala ya ha considerado que el folleto de emisión de la OPS de Bankia adolecía de graves inexactitudes (sentencias 23/2016 y 24/2016, de 3 de febrero, y 382/2019, de 2 de julio), y al no estar probado que UMAS tuviera más información para decidir su inversión que el contenido del mencionado documento, el primer motivo de casación debe ser desestimado”.

Por otra parte, en esta sentencia el TS declara, de nuevo, la **inexistencia prejudicialidad penal**, en el mismo sentido que otras sentencias anteriores, como la de 3 de febrero de 2016: “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 LMV 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 LMV no exige la concurrencia de todos los elementos de los tipos delictivos de los arts. 282 bis y 290 del Código Penal, o cualquier otro por los que se formuló acusación en aquel proceso penal”.

Con el mismo fundamento que la anterior, la *STS de 22 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1448)* estima el recurso planteado por la entidad suscriptora de las acciones perteneciente al **tramo institucional**, en este caso una compañía constructora cuyas promociones estaban siendo financiadas por la misma entidad de crédito emisora de las acciones. Se entiende que tampoco en este caso el suscriptor, clasificado como profesional por su volumen de la inversión, contaba con especiales elementos de juicio sobre las condiciones de la operación y la situación patrimonial del emisor: “En nuestro caso, consta que la condición de inversor cualificado le viene dada a Roycasa por

el importe de la inversión que realizaba, que excedía del máximo permitido para los inversionistas del tramo no institucional, los no cualificados./ Roycasa no tenía mayor vinculación con Bankia que la de ser cliente, en cuanto que la entidad bancaria financiaba sus promociones inmobiliarias y estaba pendiente la próxima renovación de esta financiación. No consta que Roycasa pudiera acceder a otra información cualificada sobre la verdadera situación económica de Bankia distinta de la reflejada en el folleto que hiciera inexcusable el error al concurrir a la OPS. No disponía de otras fuentes de donde pudiera deducir la existencia de inexactitudes, falsedades u omisiones de datos relevantes en el folleto; ni tenía acceso a información societaria interna de Bankia, más allá de lo reflejado en las cuentas anuales que deben ser objeto de publicación, siendo notorio y acreditado que la falta de veracidad del folleto informativo derivaba de la falta de veracidad de la información contable de la propia entidad./ En estas condiciones, la falta de veracidad del folleto, en un caso como este, también propició el error sobre el valor de las acciones que se adquirían, un error sustancial porque, al margen de que existieran otras razones para concurrir a la OPS, se asumía que el precio que se pagaba por las acciones respondía al que había sido aceptado públicamente por la información general que ofrecían las cuentas de Bankia, en general, y el folleto, en particular. Y este error era excusable, en atención a que la demandante carecía de otros medios que le permitieran conocer la situación del Bankia”.

Y lo mismo sucede en el caso de la *STS de 23 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1426)*: “En el caso concreto de Porcelanosa, la Audiencia Provincial ha declarado que no era una sociedad experta en inversiones en el ámbito financiero ni consta que hubiera podido acceder a fuentes de información adicionales a las del folleto. Asimismo, no constan relaciones jurídicas o mercantiles que pudiera haber mantenido con Bankia y le hubieran permitido obtener esa información. También resulta de la sentencia recurrida que la información del folleto tenía un carácter determinante de su decisión de invertir, puesto que la finalidad perseguida por Porcelanosa al concurrir a la OPS de Bankia fue la de obtener rentabilidad directa e inmediata. No se observa que la conducta de Porcelanosa fuera contraria a la diligencia debida al confiar en la información contenida en el folleto de la OPS de Bankia y en que el precio de las acciones, en cuya fijación era determinante dicha información, se ajustaba al valor razonable de tales acciones”.

§ 13 En cambio, la *STS de 23 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1426)* desestima el recurso planteado por otro inversor del tramo institucional porque su decisión de inversión no se había fundamentado en la solvencia de Bankia ni en la información contenida en el folleto informativo, sino en otro tipo de consideraciones de estrategia empresarial, no pudiendo apreciarse pues la existencia de vicio del consentimiento, ni habiendo lugar a declarar la responsabilidad por inexactitud del folleto: “en la prueba de interrogatorio, el presidente de la sociedad recurrente reconoció que la decisión de adquirir las acciones de Bankia no estuvo motivada por el valor

económico de los títulos en función de la solvencia de la emisora, sino por la estrategia desarrollada desde antiguo por Festina de vincularse societariamente con las entidades prestamistas, a fin de asegurarse las líneas de crédito necesarias en el desarrollo de su actividad empresarial y compensar el interés. Además, el mismo representante orgánico de Festina manifestó que su vinculación mediante la compra de acciones era a largo plazo, sin intención alguna de vender los títulos, señalando, incluso, que disponen de acciones compradas hace treinta o treinta y cinco años. Y admitió también que continuaban trabajando con Bankia después de la intervención”.

§ 14 Por su parte, la *STS de 24 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1886)* fija el **inicio de los plazos de caducidad de la acción de nulidad y de prescripción de la de responsabilidad por inexactitud del folleto** en el 25 de mayo de 2012, momento en que se reformularon las cuentas de Bankia correspondientes al ejercicio 2011, dado que en este trance afloró la verdadera situación patrimonial de la entidad, con la existencia de graves pérdidas que lastraban su solvencia: “En un caso de salida a cotización oficial, el valor de la acción tiene que ver con el valor de la compañía que la emite. Por ello, como declaramos en la sentencia 602/2020, de 12 de noviembre (RJ 2020, 4232), si el dies a quo debe ser aquel en que el comprador pudo apercibirse de su error, en este caso, es claramente el 25 de mayo de 2012, fecha en que se reformularon las cuentas de Bankia, se suspendió su cotización en Bolsa y la entidad solicitó una inyección de capital de 19.000 millones de euros./ Momento que podemos identificar como el de inicio del cómputo del plazo de caducidad, a efectos del art. 1301.IV CC, que es cuando se produjo en el desarrollo de la relación contractual un acontecimiento que permitió la comprensión real de la solvencia y situación patrimonial de la emisora y del valor de las acciones que se habían adquirido mediante un consentimiento viciado”. Ídem en relación con el plazo de prescripción de tres años establecido en el art. 28.3 LMV (actual 38.3 TRLMV) para la acción de responsabilidad: “El momento en que la demandante pudo tener conocimiento de la falsedad u omisiones en el contenido del folleto, según lo antes razonado, fue igualmente la fecha en que se reformularon las cuentas de Bankia y se suspendió su cotización en bolsa, lo que tuvo lugar el 25 de mayo de 2012”.

## 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 final de 2021 y la inicial de 2022, 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, las cláusulas de imputación de gastos y aquellas por las que se fija el IRPH como tipo de referencia.

Pero, antes de empezar con el análisis de las cláusulas en particular, demos 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

§ 15 La STS de 23 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5190) y la STS de 15 de febrero de 2022 (RJ 2022, 913) inciden en la **exclusión de régimen de control de transparencia material y de abusividad de las condiciones generales entre empresarios o profesionales**, deduciendo que los prestatarios no reunían la condición de consumidores, pues los préstamos hipotecarios en ambos casos se habían estipulado para refinanciar operaciones anteriores de financiación de carácter empresarial. Según la primera de las sentencias, “de la atenta lectura de la sentencia de apelación se extraen como argumentos de apoyo a aquella conclusión los siguientes: (i) no se ha acreditado ‘la naturaleza empresarial o no del préstamo’ en la medida en que el objeto del préstamo hipotecario (que se reconoce relacionado con dos negocios empresariales distintos) ‘ha sido unificar varios créditos y sustituir garantías personales por otra real’; (ii) esto suponía un riesgo menor para la entidad financiera; (iii) los prestatarios intervinieron en el otorgamiento como personas físicas, en su propio nombre y derecho; (iv) en la escritura pública no consta la finalidad del préstamo, al no haberse trasladado a dicho documento público la finalidad que se refleja en los documentos precontractuales; (v) de estos documentos tampoco se infiere que la refinanciación responda a deudas comerciales o mercantiles; (vi) en el documento privado de novación se reconoce el carácter abusivo de la cláusula suelo, lo que implica reconocer que los prestatarios tienen la condición de consumidores./ 4.– Ninguno de estos razonamientos e inferencias llegan a desvirtuar el hecho de que el préstamo no tuvo por ‘único objeto satisfacer las propias necesidades del consumo privado del individuo’ (STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17) y que los demandantes no actuaron en el contrato de préstamo hipotecario ‘en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional’./ El hecho de que con el préstamo litigioso se unificasen varios créditos y se sustituyesen las iniciales garantías personales por otra hipotecaria en nada afecta al hecho de que esa operación, y su garantía, no tenía

por objeto satisfacer las propias necesidades de consumo privado de los prestatarios, sino refinanciar las mismas actividades empresariales que los iniciales créditos a los que sustituye. Igualmente resulta indiferente, a los efectos de estamos examinando, si esta refinanciación comporta garantías más seguras para el acreedor, lo que no afecta al destino del préstamo, sino al aseguramiento de las obligaciones de los deudores./ También resulta irrelevante que los prestatarios actuaran en la contratación del préstamo hipotecario como personas físicas. Ni el carácter de persona jurídica excluye necesariamente la condición de consumidor, pues nuestra legislación de consumidores, desde la Ley de 1984, ha ampliado el concepto de consumidor a las personas jurídicas siempre y cuando actúen sin ánimo de lucro (por todas, sentencia 232/2021, de 29 de abril), ni la intervención de una persona física en un contrato con condiciones generales se produce siempre con la condición legal de consumidor, sino solo cuando actúan ‘fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional’ (STJUE de 14 de febrero de 2019)”. Tal como se indica en la segunda de estas dos sentencias “[l]a infracción denunciada se habría producido porque la sentencia recurrida, pese a declarar probado la condición de no consumidor de la demandante en el contrato de préstamo, declaró la nulidad de las cláusulas impugnadas por esta por una aplicación indebida e incorrecta del denominado control de transparencia reforzada desarrollado, entre otras, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, únicamente aplicable a los contratos celebrados con consumidores”.

Tampoco actúa como consumidor el demandante en el caso que propicia la *STS de 18 de enero de 2022 (RJ 2022, 55)*, en que, según la propia parte prestataria, **un tercio del préstamo se destinó a la cancelación de un préstamo previo sobre una vivienda y los dos tercios restantes a la adquisición de un local comercial y una plaza de garaje anexa**. En los supuestos de operaciones con finalidad mixta como ésta el TJUE tiene dicho que no basta con que el prestatario actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial para ser considerado como consumidor, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo. La Sentencia indica asimismo que en las directivas sobre protección de los consumidores no se establecen reglas sobre la atribución de la carga de la prueba en relación con la determinación de la actuación como tal, “porque dicha cualidad legal no se puede fijar de manera apriorística, sino que, por su carácter objetivo, habrá de atenderse de forma esencial a la finalidad profesional o particular de la operación objeto del contrato. Es decir, habrá que estar a las circunstancias de cada caso”. Y añade que “[l]a única regla al respecto podría formularse a sensu contrario: si no constara que el bien o servicio objeto del contrato se destinara a una actividad empresarial o profesional, no podría negarse la cualidad de consumidora a la persona que, subjetivamente, reúna los requisitos para ello: ser persona física o persona jurídica sin ánimo de lucro”.

§ 16 En cambio, como indica la *STS de 1 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1114)*, **actúa como consumidor**, la persona física que, para financiar la

adquisición de su vivienda, **se subroga en un préstamo previamente concedido a un promotor** para la construcción del edificio en el que se halla la vivienda, **aunque hubiera tomado parte como avalista en dicho préstamo previo**: “El préstamo inicialmente concertado entre el banco y el promotor y la subrogación posterior por parte de un comprador-consumidor, junto con la novación de determinadas condiciones financieras, son operaciones diferentes. Como quiera que la segunda operación, la subrogación por parte del comprador en la obligación personal derivada del préstamo hipotecario, con el consentimiento del prestamista, es un negocio jurídico de consumo, está sometido al control de transparencia”, con independencia de las conclusiones a las que llegue la aplicación de dicho control.

Según la *STS de 29 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1469)*, también actúa como consumidor el prestatario que utiliza el dinero para adquirir un local de negocio sin hacer indicación en el préstamo del destino a que se iba a dedicar dicho local: “5.– La sentencia recurrida considera que la prestataria/recurrente no tenía la condición legal de consumidora cuando concertó el préstamo, porque lo solicitó para financiar la adquisición de un local de negocio, lo que le hace presumir que iba a desempeñar actividades profesionales o empresariales, y no iba a destinarlo a satisfacer sus necesidades privadas./ 6.– Sin embargo, en el contrato no consta a qué se iba a destinar el local. Nos encontramos, pues, ante un caso similar al abordado por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (Costea), donde el TJUE concluyó que cuando no se precisa el destino del crédito, el prestatario puede considerarse ‘consumidor’ con arreglo la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando dicho contrato no esté vinculado a una actividad profesional./ La demandante afirma que, como se había ido a vivir a Canarias, el local le iba a servir de guardamuebles o trastero, lo que es claramente una actividad privada. Mientras que la entidad prestamista sostiene que lo iba a destinar a arrendamiento, lo que –por sí mismo– tampoco resulta significativo a estos efectos, porque a diferencia de lo que sucede con las personas jurídicas o los entes sin personalidad, en el caso de las personas físicas el ánimo de lucro no es incompatible con la cualidad legal de consumidor, siempre y cuando ese ánimo de lucro no se enmarque en una actividad profesional (sentencia de pleno 16/2017, de 16 de enero)./ La jurisprudencia comunitaria ha venido considerando que la intención lucrativa no debe ser necesariamente un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto Hamilton), que resolvió sobre un contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE de 25 de octubre de 2005 (asunto Schulte), sobre un contrato de inversión. Y la STJUE de 2 de abril de 2020 (asunto C-500/18) ha ratificado que la finalidad lucrativa no excluye la condición de consumidor, sino que lo relevante es la finalidad profesional./ Desde ese punto de vista, es evidente que, aunque la adquisición de un

inmueble para su arrendamiento a terceros (lo que ni siquiera está probado como tal en este caso) pueda implicar la intención de obtener un beneficio económico, si esa actuación no forma parte de una actividad comercial, empresarial o profesional de esa persona física que la realiza, no deja de ser un acto de consumo (sentencia 356/2018, de 13 de junio). Es decir, no es lo mismo dedicar un inmueble a arrendamiento, aunque se obtenga un lucro, siempre que esa actividad arrendaticia no suponga una actuación profesional, que desempeñar una actividad empresarial o profesional en un local para cuya adquisición se pide el préstamo, o dedicarlo a una actividad profesional de arrendamiento de inmuebles”.

§ 17 Por su parte, las *SSTS de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4395, 4402, 4407, 4410 y 4483)*, la *STS de 21 de diciembre de 2021 (RJ 2022, 282)* y la *STS de 15 de febrero de 2022 (RJ 2022, 917)* reiteran la doctrina sentada por la STS, Pleno, de 12 de diciembre de 2019 en el sentido de aclarar que **la extinción del préstamo hipotecario no impide la interposición de la acción de nulidad parcial**, con reclamación del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por el prestamista, entre otros, por los siguientes motivos: “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”.

§ 18 En materia de **imposición de costas procesales**, la *STS de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4473)*, con base en lo declarado anteriormente



por la STS de 4 de julio de 2017 y la STS, Pleno, de 17 de septiembre de 2020 y con el refuerzo que ha supuesto en este punto la STJUE de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-259/19), afirman **que en los litigios sobre cláusulas abusivas en que el consumidor demandante obtenga una sentencia estimatoria debe aplicarse el principio general del vencimiento** y no la excepción a dicho principio de no imposición al demandado por existencia de serias dudas de hecho o de derecho en el asunto en cuestión. De otro modo no se cumpliría el **principio de efectividad del Derecho de la UE** y se produciría un estímulo inverso para los profesionales en orden al cumplimiento de la Directiva 93/13/CE: “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”.

Lo mismo cabe decir en aquellos supuestos en que se haya producido una estimación parcial de la demanda (*SSTS de 3 de enero de 2022 [RJ 2022, 432]*, *STS de 28 de febrero de 2022 [RJ 2022, 1075]*, *SSTS de 28 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1130, 1189, 1427, 1458, 1460, 1464, 1473, 1541, 1542 y 1573]* y *STS de 29 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1883]*) o un allanamiento parcial de la entidad de crédito, aunque este se produzca en casación, ya sea total (*STS de 6 de octubre de 2021 [RJ 2021, 4476]*, *STS de 20 de diciembre de 2021 [RJ 2022, 268]*, *STS de 28 de febrero de 2022 [RJ 2022, 1118]* y *STS de 1 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1890]*) o parcial (*STS de 3 de enero de 2022 [RJ 2022, 1489]*).

§ 19 Algunos de los recursos de casación interpuestos por las entidades de crédito se desestiman por no haberse identificado claramente la norma infringida en el encabezamiento del motivo (“No basta con citar como infringida una determinada jurisprudencia de esta Sala o pronunciamientos contradictorios de diversas Audiencias Provinciales, pues ello sirve para justificar la existencia de interés casacional”); tras haberse admitido a trámite inicialmente mediante el correspondiente auto, convirtiéndose la causa de inadmisión en causa de desestimación (*SSTS de 5 de octubre de 2021 [RJ 2021, 4394, 4397 y 4409]*).

## 2.2. CLÁUSULAS DE IMPUTACIÓN DE GASTOS

§ 20 En el marco de las **cláusulas de imputación de gastos de formalización al prestatario**, las *SSTS de 5 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4400, 4478 y 4479)*, las *SSTS de 6 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4399, 4412, 4413 y 4476)*,

las SSTs de 7 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4477 y 4497), las SSTs de 25 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4588, 4883, 4884, 4886, 4888, 4890 y 4891), la STS de 26 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4856), las SSTs de 29 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5170, 5185, 5188, 5189 y 5214), las SSTs de 30 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5279 y 5293), las SSTs de 9 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 5461, 5470 y RJ 2022, 277), las SSTs de 20 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 5597 y RJ 2022, 102, 268, 294 y 295), las SSTs de 22 de diciembre de 2021 (RJ 2022, 106, 112 y 115), las SSTs de 31 de enero de 2022 (RJ 2022, 485, 495, 496, 623 y 628), las SSTs de 1 de febrero de 2022 (RJ 2022, 482, 486, 500, 619 y 620), las SSTs de 1 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1077, 1081, 1090) y las SSTs de 29 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1574, 1577, 1579, 1583, 1890, 1892, 1895, 1899 y 1901) siguen, en términos generales, 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 a quien interesa liberarse de la carga), ni las copias (que corresponden a quien las solicite), y los aranceles del Registro (los de inscripción a cargo del prestamista y los de cancelación a cargo del prestatario); 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 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).

§ 21 Según la STS de 2 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1080), la **legitimación activa** para reclamar la devolución de los gastos indebidamente pagados (en este caso la mitad de los de notaría) corresponde a cualquiera de los prestatarios solidarios: “según nuestra jurisprudencia, los gastos notariales deben abonarse por mitad entre prestamista y prestatario, cualquiera de los prestatarios está legitimado para reclamar al banco la parte indebidamente abonada. Precisamente porque el citado art. 1141 CC permite que cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial, el Sr. Baldomero tiene legitimación para reclamar el pago indebido en interés común, de modo similar a como puede hacerlo cualquiera de los partícipes en beneficio de la comunidad, puesto que la sentencia que en su favor recaiga aprovechará a todos, sin que les pueda afectar la adversa”. Respecto a la **legitimación pasiva**, las SSTs de 1 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1082 y 1085) y la STS de 29 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1579) recuerdan que carece de ella la entidad de crédito prestamista en relación con la escritura de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario, de la que dicha entidad no forma parte, interviniendo en ella

a los meros efectos de exonerar de responsabilidad al prestatario inicial en aplicación del art. 1.205 CC. Curiosamente, en la *STS de 29 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1883)* se produce la misma situación pero se reconoce la legitimación de la entidad, al haber quedado ésta declarada en rebeldía por no haber contestado a la demanda.

§ 22 Por otra parte, tal como indicó la STS, Pleno, de 19 de diciembre de 2018, procede la **condena al pago de los intereses devengados desde el momento del desembolso del gasto** por aplicación analógica del art. 1896 CC –no del art. 1.303, por cuanto se trataba de pagos a terceros–: “para dar efectividad al tan mencionado art. 6.1 de la Directiva, en lo que respecta a los intereses que han de devengar las cantidades que debe percibir el consumidor, resulta aplicable analógicamente el art. 1896 CC, puesto que la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente. Conforme a dicho precepto, cuando haya de restituirse una cantidad de dinero deberá abonarse el interés legal desde el momento en que se recibió el pago indebido –en este caso, se produjo el beneficio indebido–” (*STS de 21 de diciembre de 2021 [RJ 2022, 105]*). Además, a pesar de la estimación parcial de la demanda en muchos de estos casos, procede la imposición de las costas de la primera instancia a la entidad demandada: “Pese a que la demanda solo es estimada en parte, procede condenar a la entidad financiera demandada al pago de las costas de primera instancia, pues estima la acción de nulidad por abusiva de la cláusula de gastos a cargo del prestatario, aunque los efectos restitutorios pretendidos por la demandante hayan quedado limitados a los aranceles de notario, de registrador de la propiedad y de gestoría...” (*STS de 9 de diciembre de 2021 [RJ 2022, 297]*). En términos similares, las *SSTS de 9 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5463 y RJ 2022, 273)* y la *STS de 28 de febrero de 2022 (RJ 2022, 1078)*, en sendos casos en que, además de la cláusula de imputación de gastos, se habían impugnado otras como la de interés de demora y la de vencimiento anticipado.

§ 23 En cambio, según la *STS de 26 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4856)* y la *STS de 29 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5170)*, **no procede la devolución por el banco del exceso de cuota tributaria** motivado por el cómputo de los intereses de demora en la responsabilidad hipotecaria, derivado de la aplicación de una cláusula de demora también declarada abusiva, fundamentalmente por tres motivos: “1. En el marco de una acción restitutoria derivada de una acción de nulidad, a diferencia de lo que sucede con los gastos (notaría, registro, gestoría, etc.), en que el banco se enriqueció indebidamente al ahorrarse –a costa del consumidor– unas cantidades que debería haber abonado, en el caso del IAJD, una vez que por Ley (en la fecha de suscripción del contrato) el prestatario era el sujeto pasivo del impuesto, el banco no se benefició de que la cuota tributaria fuera mayor o menor, sino que esta cuestión competía en exclusiva al prestatario, como sujeto pasivo, y a la administración tributaria./ 2. Una vez que el prestatario

abonó en su día el impuesto, no corresponde a la jurisdicción civil un pronunciamiento que atribuya a la otra parte la condición de sujeto pasivo del impuesto, sino que el prestatario tiene la posibilidad de solicitar de la administración tributaria la devolución del exceso abonado por la cuota, una vez declarada la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, conforme prevé el art. 57.1 TRLITPAJD, en relación con los arts. 32 y 66 c) y d) de la Ley General Tributaria (LGT). Por el contrario, la entidad prestamista no podría subrogarse en su posición de sujeto pasivo y efectuar la reclamación ante la administración, debido a la indisponibilidad de dicha posición, conforme a lo dispuesto en el art. 17.5 LGT./ 3. Conforme al art. 99 del Reglamento del ITPAJD, el impuesto debe ser objeto de autoliquidación por el sujeto pasivo (el prestatario, en la fecha en que se otorgó la escritura pública de préstamo), correspondiendo a la Administración Tributaria su comprobación y liquidación, que, en su caso, sería impugnabile ante la jurisdicción contencioso administrativo”.

### 2.3. CLÁUSULAS DE INTERÉS RETRIBUTIVO (IRPH Y AÑO COMERCIAL)

§ 24 En este periodo el TS retoma el análisis de las **cláusulas por las que se fija el IRPH como tipo de referencia del interés variable de los préstamos hipotecarios con consumidores** por medio de las SSTS de 27 de enero de 2022 (RJ 2022, 553, 563 y 722), la STS de 1 de febrero de 2022 (RJ 2022, 767), la STS de 14 de febrero de 2022 (RJ 2022, 952), las SSTS de 15 de febrero de 2022 (RJ 2022, 946 y 1288), la STS de 16 de febrero de 2022 (RJ 2022, 944), la STS de 18 de febrero de 2022 (RJ 2022, 983), la STS de 8 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1170), la STS de 15 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1571) y las SSTS de 16 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1882 y 1886). Recordemos que la cuestión había sido ya tratada en una primera sentencia del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> de 14 de diciembre de 2017 que, por una parte, había descartado el carácter abusivo de la cláusula y, por otra, había manifestado sus dudas acerca de su eventual falta de transparencia. Este criterio fue mantenido por el TS tras la aparición de la STJUE de 3 de marzo de 2020 (Caso Gómez del Moral) que declaró la necesidad de que el órgano nacional entrara a valorar las circunstancias en que se había producido la aplicación de este tipo de interés a los efectos de determinar si dicha aplicación se había realizado de forma transparente, por venir referida a un elemento esencial del contrato como es el precio (SSTS, Pleno, de 6 de noviembre de 2020 y 12 de noviembre de 2020). Con posterioridad, otros pronunciamientos del TJUE, en forma de autos, han venido a completar la doctrina de la corte europea sobre la materia (AATJUE de 17 de noviembre de 2021), aclarando, por una parte, que las exigencias de transparencia de la Directiva 93/89 permiten que el profesional no haga entrega al consumidor antes de la celebración del contrato de préstamo, de “un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial”, a pesar de que dicha exigencia sí venía

exigida por la normativa nacional de transparencia bancaria; y, por otra, que la falta de transparencia no determina *per se* la nulidad de una cláusula relativa a un elemento esencial del contrato, sino sólo que cabe realizar sobre dicha cláusula un análisis de abusividad. A juicio del TS, estas nuevas resoluciones han venido a confirmar la doctrina anterior emanada por el propio órgano jurisdiccional sobre la cláusula en cuestión, que se mantiene en estas nuevas sentencias, como muestra la parte que a continuación se reproduce por el interés y actualidad de la materia:

Las cuestiones suscitadas en estos dos motivos han sido resueltas en las sentencias del Pleno de esta sala 595/2020, 596/2020, 597/2020 y 598/2020 todas ellas de 12 de noviembre, que aplicaron la doctrina contenida en la STJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18) y en otras sentencias de este tribunal que han interpretado diversos preceptos de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. A cuyo contenido más extenso nos remitimos.

Las consideraciones contenidas en estas resoluciones han sido ratificadas por los dos Autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021 recaídos en los asuntos C-655/2020 y C-79/21. Como veremos a continuación, tales autos del TJUE confirman que la jurisprudencia de esta sala sobre el control de abusividad de esta cláusula ha interpretado correctamente la Directiva 93/13/CEE.

3. Conforme a tales resoluciones, un primer parámetro de transparencia vendría constituido por la publicación del IRPH en el BOE, que permite al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades. De modo que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH.

El segundo parámetro de transparencia establecido por el TJUE en la sentencia de 3 de marzo de 2020 era la información que la entidad prestamista facilitó al consumidor sobre la evolución pasada del índice. En concreto, debía comprobarse el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional, de “cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible”. Esta obligación ha sido matizada por los AATJUE de 17 de noviembre de 2021, al declarar:

“el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia

que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial, siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras”.

En todo caso, aun en el supuesto de que la ausencia de información directa sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores determinara la falta de transparencia de la cláusula cuestionada, ello no implica necesariamente su nulidad. Según reiterada jurisprudencia del TJUE, cuando se trata de elementos esenciales del contrato (precio y prestación), el efecto de la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no es su nulidad, sino la posibilidad de realizar el juicio de abusividad, esto es, permite valorar si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler; de 26 febrero de 2015, C-143/13, Matei; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriuc; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, Dunai; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, GT).

Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (sentencias de esta sala 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero; y 408/2020, de 7 de julio). La corrección de esta jurisprudencia ha sido ratificada por los AATJUE de 17 de noviembre de 2021 antes citados, al responder las cuestiones específicamente dirigidas al efecto respecto de préstamos con interés variable referenciados al índice IRPH:

“La respuesta a esta cuestión puede deducirse de la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus (C-421/14). Así, del punto 3, segundo guión, del fallo de esa sentencia se desprende que los artículos 3, apartado 1, y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, disposición con la que fundamentalmente se corresponde el requisito de transparencia contemplado en su artículo 5, le incumbe examinar si tal cláusula es ‘abusiva’ en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva.

‘De ello se deduce que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13’.

Por tanto, conforme a los tan citados AATJUE de 17 de noviembre, respecto de la cláusula que referencia el interés variable al índice IRPH, una hipotética falta de transparencia no conlleva por sí misma su nulidad, sino que únicamente permite realizar el control de abusividad.

4. Como advirtieron las SSTJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, y de 3 de octubre de 2019, C-621/17, Gyula Kiss, a efectos del juicio de abusividad, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un ‘desequilibrio importante’ entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido, para analizar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Y respecto a en qué circunstancias se causa ese desequilibrio ‘contrariamente a las exigencias de la buena fe’, habrá que comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

Las sentencias de esta sala antes indicadas, al realizar ese juicio de abusividad de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, consideraron que el ofrecimiento por la entidad prestamista de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, no puede vulnerar por sí mismo la buena fe. Además, el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, por lo que resulta ilógico considerar como actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

5. Para apreciar si hay desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor), porque para el cálculo del IRPH se toman en consideración no solo los préstamos con Euribor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo, así como los diferenciales. De forma que el tipo nominal resultante de la aplicación del índice más el margen o diferencial puede ser superior, inferior o igual, en el momento de la contratación, utilizando el IRPH con un diferencial menor que utilizando el Euribor con un diferencial mayor. El diferencial aplicado en uno u otro caso junto con el índice, a cada operación concreta, vendrá determinado por la valoración del riesgo y demás características de la operación (solventía del deudor, calidad de las garantías concurrentes –fiadores–, plazo y cuantía del préstamo, contratación de otros productos o servicios, etc.).

Desde el punto de vista del desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, que debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13 y STJUE de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, apartado 48, a la que se remiten los AATJUE de 17 de noviembre de 2021), la evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante. Que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte más caro que otros, no supone desequilibrio causante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios y el TJUE ha descartado que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible.

6. Por último, las indicadas sentencias de pleno, en sintonía con la sentencia 585/2020, de 6 de noviembre, consideraron que no se ha justificado que el índice IRPH, que está fiscalizado en todo caso por la administración pública, sea más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales.

7. Lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los dos parámetros a los que se refieren la Directiva y la legislación de consumidores, a los que antes hemos hecho mención: el desequilibrio importante y la mala fe. Ninguno de ellos concurre en presente caso, por las razones que hemos expuesto.

Como consecuencia de ello, los motivos segundo y tercero del recurso de casación deben ser estimados. Y la estimación del recurso de casación conlleva también, por sus mismos argumentos, la estimación del recurso de apelación y la desestimación de la demanda”.

§ 25 En relación con la cláusula de interés encontramos también planteada la cuestión de si resulta abusivo o carente de transparencia el uso del año comercial de 360, en vez del natural de 365, en las cláusulas que fijan las fórmulas para determinar el cálculo de intereses en periodos infraanuales. La cuestión ya fue analizada por la STS de 25 de mayo de 2021 (RJ 2021, 2245), que toman como base ahora la STS de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4892) y la STS de 29 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1883), para resolver que tampoco en estos casos dicho uso resulta ilícito, al haberse aplicado el año comercial, tanto para determinar el periodo transcurrido, como para fijar la base de cálculo (360/360): “de la mera lectura de la escritura pública se desprende que la fórmula de cálculo era 360/360 y no 365/360 como parece mantenerse en la demanda y en el recurso. Por lo que no cabe considerar que la cláusula cuestionada, aunque no se adapte estrictamente a las recomendaciones sobre formulación de la TAE, no fuera transparente, más allá de las dificultades de comprensibilidad intrínseca que puede tener cualquier fórmula matemático-financiera para una persona no experta./ 9.– Pero es que, aunque a efectos meramente dialécticos, considerásemos que la cláusula no era transparente, no hay elementos de juicio para considerarla abusiva. (...) En contra de lo afirmado en el



recurso de casación, el método de cálculo no beneficia sistemáticamente al banco, ni supone que se incremente el importe de los intereses remuneratorios. Como ha quedado expuesto, eso podría suceder si la fórmula adoptada hubiera sido la de 365/360, pero no con la que opera en el préstamo examinado”.

#### 2.4. CLÁUSULAS SUELO Y CLÁUSULAS DE RENUNCIA A LA INTERPOSICIÓN DE ACCIONES

§ 26 Declaran la nulidad de cláusulas suelo, aplicando la doctrina general, la STS de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4404), las SSTS de 8 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4481, 4523, 4726 y 4727), las SSTS de 13 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4538, 4670 y 4731), las SSTS de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4586, 4751, 4887, 4931, 4933, 4939, 4957), las SSTS de 3 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4754, 4932, 4942, 4983 y 5037), la STS de 15 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5340), la STS de 23 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5186), las SSTS de 30 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5280, 5294, 5670, 5674), las SSTS de 1 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 5282, 5669, 5671 y 5676), las SSTS de 9 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 5466, 5596 y RJ 2022, 271), las SSTS de 20 de diciembre de 2021 (RJ 2022, 109, 270, 280, 281, 283, 288 y 298), las SSTS de 21 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 5806 y RJ 2022, 103, 110, 113, 267, 278, 290 y 292), las SSTS de 23 de diciembre de 2021 (RJ 2022, 132, 133, 141, 143, 146, 150, 196, 197 y 198), las SSTS de 17 de enero de 2022 (RJ 2022, 56 y 58), la STS de 27 de enero de 2022 (RJ 2022, 629), las SSTS de 1 de febrero de 2022 (RJ 2022, 478, 481, 491, 498, 499, 624 y 901), las SSTS de 2 de febrero de 2022 (RJ 2022, 493, 617, 772 y 773), las SSTS de 3 de febrero de 2022 (RJ 2022, 630, 655, 656, 774, 845, 871 y 915), la STS de 15 de febrero de 2022 (RJ 2022, 917), la STS de 22 de febrero de 2022 (RJ 2022, 1295), las SSTS de 1 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1111, 1123, 1132, 1134, 1135 y 1356), las SSTS de 2 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1120, 1121, 1122, 1124, 1125, 1126, 1128, 1129 y 1136), las SSTS de 3 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1127, 1161 y 1894), la STS de 15 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1428), la STS de 24 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1561), las SSTS de 29 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1469, 1576 y 1586) y las SSTS de 30 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1482, 1570, 1582, 1884, 1885, 1893, 1896, 1900, 1905 y 1906). A título de ejemplo, las SSTS de 17 de enero de 2022 (RJ 2022, 56 y 58) recuerdan que uno de los elementos esenciales para que la cláusula se entienda incorporada de una forma transparente reside en que el prestatario haya podido contar con la información necesaria con la suficiente antelación y no únicamente en el momento de firmar la escritura en la notaría, donde puede no tener ya capacidad de reacción para negociar una alternativa de financiación: “no ha quedado acreditado que los clientes recibieran información precontractual con antelación suficiente para garantizar la transparencia de la cláusula suelo y no es bastante para superar el control de transparencia la claridad de la cláusula contenida en la escritura, ni puede sustituirse la falta de información previa y con antelación suficiente que permita conocer la carga jurídica y económica que

comporta la cláusula litigiosa mediante la incorporación en la escritura de una declaración estereotipada en el sentido de que se reconoce que se ha sido informado de las condiciones y que se aceptan”.

También aprecian la nulidad por falta de transparencia, en sendos supuestos de subrogación del cliente en la posición deudora del promotor, la STS de 13 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4671), las SSTS de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4692, 4902, 4940 y 5443), las SSTS de 3 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4754, 4755, 5035 y 5038), la STS de 23 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5167), la STS de 30 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5248), la STS de 1 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 5284), las SSTS de 20 de diciembre de 2021 (RJ 2022, 114 y 149), la STS de 21 de diciembre de 2021 (RJ 2022, 117), la STS de 23 de diciembre de 2021 (RJ 2022, 140), las SSTS de 1 de febrero de 2022 (RJ 2022, 614 y 914), la STS de 2 de febrero de 2022 (RJ 2022, 612), la STS de 1 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1116), la STS de 3 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1131) y las SSTS de 29 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1580, 1903 y 1908). Como se indica en algunas de estas sentencias, “[u]na parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de proporcionar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia 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”.

§ 27 En la STS de 23 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5172) se enjuicia la posible falta de legitimación pasiva del banco demandado en el marco de la transmisión de los activos del Banco Espirito Santo a Novo Banco, que ya había suscitado problemas similares en otros litigios, como el de la STS, Pleno, de 23 de julio de 2021, que reseñamos en el número anterior de esta Crónica, en relación con una demanda de nulidad de la adquisición de unas participaciones preferentes. Recordemos que la crisis del BES había dado lugar a la creación del Banco Novo al que se cedieron los activos de aquel, con los pasivos correspondientes derivados de posibles reclamaciones instadas por los clientes, aunque con posterioridad se intentó excluir de la cesión algunos de estos pasivos. Como en el caso precedente, en el que ahora nos ocupa el TS afirma la legitimación pasiva del Banco Novo, entre otros motivos porque el demandado recurrente en una reclamación extrajudicial hecha por el prestatario había asumido la subrogación en la posición de BES en lo relativo al contrato de préstamo hipotecario cuya cláusula suelo fue impugnada.

§ 28 La declaración de nulidad no obsta para que la cláusula suelo pueda ser novada posteriormente de forma transparente. Así, las SSTS de 8 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4481, 4523, 4726 y 4727), las SSTS de 13 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4538, 4670, 4671 y 4731), las SSTS de 2 de noviembre

de 2021 (RJ 2021, 4586, 4692, 4751, 4887, 4902, 4931, 4939, 4957, 5443), las SSTs de 3 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4754, 4755, 4932, 4942, 4983, 5035, 5037 y 5038), las SSTs de 23 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5167 y 5186), las SSTs de 30 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5248, 5280, 5294, 5670, 5674), las SSTs de 1 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 5282, 5284, 5669, 5671 y 5676), las SSTs de 20 de diciembre de 2021 (RJ 2022, 109, 114, 149, 270, 280, 281, 283, 288 y 298), las SSTs de 21 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 5806 y RJ 2022, 103, 110, 113, 117, 267, 278, 290 y 292), las SSTs de 23 de diciembre de 2021 (RJ 2022, 132, 133, 140, 141, 143, 146, 150, 196, 197 y 198), la STS de 27 de enero de 2022 (RJ 2022, 629), las SSTs de 1 de febrero de 2022 (RJ 2022, 478, 481, 491, 498, 499, 614, 624, 762, 901 y 914), las SSTs de 2 de febrero de 2022 (RJ 2022, 493, 612, 617, 772 y 773), las SSTs de 3 de febrero de 2022 (RJ 2022, 630, 655, 656, 774, 845, 871 y 915), la STS de 22 de febrero de 2022 (RJ 2022, 1295), las SSTs de 1 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1111, 1123, 1132, 1134, 1135 y 1356), las SSTs de 2 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1120, 1121, 1122, 1124, 1125, 1126, 1128, 1129 y 1136), las SSTs de 3 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1131, 1161 y 1894), la STS de 24 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1561), las SSTs de 29 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1576, 1580, 1586, 1903 y 1908) y las SSTs de 30 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1482, 1570, 1582, 1884, 1885, 1893, 1896, 1900, 1905 y 1906), siguiendo el criterio establecido por la SSTs, Pleno, de 5 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 4172) y 28 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5038), 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 haya producido 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. Tampoco se estima que hubo negociación, ni que se subsanó el déficit de información en la STS de 1 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1116), en un caso en que la novación se planteó por el banco antes de la aparición de la sentencia de 9 de mayo de 2013, por lo que no existía todavía conciencia social de la posible nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia. Por este motivo, no se aprecia la validez de dicha novación.

En la mayoría de estas sentencias el 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 introducción de esta declaración manuscrita venía impuesta 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 que ha 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 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 (SSTS de 8 de octubre de 2021 [RJ 2021, 4481, 4523, 4726 y 4727], SSTS de 13 de octubre de 2021 [RJ 2021, 4538, 4670, 4671 y 4731], SSTS de 2 de noviembre de 2021 [RJ 2021, 4586, 4692, 4751, 4887, 4902, 4931, 4939, 4957, 5443], SSTS de 3 de noviembre de 2021 [RJ 2021, 4754, 4755, 4932, 4942, 4983, 5035, 5037 y 5038], SSTS de 30 de noviembre de 2021 [RJ 2021, 5248, 5280, 5294, 5670], SSTS de 1 de diciembre de 2021 [RJ 2021, 5282, 5284, 5669, 5671 y 5676], SSTS de 20 de diciembre de 2021 [RJ 2022, 109, 114, 149, 270, 280, 281, 283, 288 y 298], SSTS de 21 de diciembre de 2021 [RJ 2021, 5806 y RJ 2022, 103, 110, 113, 117, 267, 278, 290 y 292], SSTS de 23 de diciembre de 2021 [RJ 2022, 132, 133, 140, 141, 143, 146, 150, 196, 197 y 198], SSTS de 1 de febrero de 2022 [RJ 2022, 478, 481, 491, 498, 614, 901 y 914], SSTS de 2 de febrero de 2022 [RJ 2022, 493, 612, 617, 772 y 773], SSTS de 3 de febrero de 2022 [RJ 2022, 630, 655, 656, 774, 845, 871 y 915], SSTS de 1 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1123, 1132, 1134 y 1135], SSTS de 2 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1120, 1121, 1122, 1124, 1125, 1126, 1128, 1129 y 1136], SSTS de 3 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1131, 1161 y 1894], SSTS de 29 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1576, 1580, 1586, 1903 y 1908] y SSTS de 30 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1482, 1570, 1582, 1884, 1885, 1893, 1896, 1900, 1905 y 1906]). En cambio, la omisión de esta declaración de conocimiento puede hacer inválido el acuerdo de transacción, como ocurre en la STS de 20 de diciembre de 2021 (RJ 2022, 107).

En todos estos supuestos la cláusula suelo ha estado vigente durante un cierto tiempo antes de que se alcanzase el acuerdo o documento transaccional. Como resultado de su análisis, el TS opta por declarar nula cláusula suelo inicialmente incluida en el contrato, pero certifica la validez de la aceptada posteriormente por el prestatario a propuesta del banco. A juicio del TS, la propuesta y aceptación de la cláusula se 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.

§ 29 En relación con la renuncia a la interposición de acciones, incluida en el documento de transacción, entiende el TS que debe diferenciarse la

renuncia a hacer valer los derechos respecto a una cláusula en particular sobre la que se ha planteado la discusión, de la renuncia a poder interponer cualquier acción derivada de disputas futuras en relación con el contrato. Esta última no es posible: “un consumidor no puede comprometerse válidamente a renunciar para el futuro a la tutela judicial y a los derechos que le confiere la Directiva 93/13. En efecto, por definición el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de esa naturaleza por lo que se refiere a las controversias que puedan surgir en el futuro”. 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 8 de octubre de 2021 [RJ 2021, 4481, 4523, 4726 y 4727], SSTS de 13 de octubre de 2021 [RJ 2021, 4538, 4670, 4671 y 4731], SSTS de 2 de noviembre de 2021 [RJ 2021, 4586, 4692, 4751, 4887, 4902, 4931, 4939, 4957, 5443], SSTS de 3 de noviembre de 2021 [RJ 2021, 4754, 4755, 4932, 4938, 4942, 4983, 5035, 5037 y 5038], SSTS de 23 de noviembre de 2021 [RJ 2021, 5167 y 5186], SSTS de 30 de noviembre de 2021 [RJ 2021, 5248, 5280, 5294, 5670, 5674], SSTS de 1 de diciembre de 2021 [RJ 2021, 5282, 5284, 5669, 5671 y 5676], SSTS de 20 de diciembre de 2021 [RJ 2022, 109, 114, 149, 270, 280, 281, 283, 288, 291 y 298], SSTS de 21 de diciembre de 2021 [RJ 2021, 5806 y RJ 2022, 103, 107, 110, 113, 117, 267, 278, 290 y 292], SSTS de 23 de diciembre de 2021 [RJ 2022, 132, 133, 140, 141, 143, 146, 150, 196, 197 y 198], SSTS de 1 de febrero de 2022 [RJ 2022, 478, 481, 491, 498, 614, 624, 762, 901 y 914], SSTS de 2 de febrero de 2022 [RJ 2022, 493, 612, 617, 772 y 773], SSTS de 3 de febrero de 2022 [RJ 2022, 630, 665, 656, 774, 845 y 915], SSTS de 22 de febrero de 2022 [RJ 2022, 1295], SSTS de 1 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1123, 1132, 1134 y 1135], SSTS de 2 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1120, 1121, 1122, 1124, 1125, 1126, 1128, 1129, 1136 y 1137], SSTS de 3 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1127, 1131, 1161 y 1894], SSTS de 29 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1576, 1580, 1586, 1903 y 1908] y SSTS de 30 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1482, 1570, 1582, 1884, 1885, 1893, 1896, 1900, 1905 y 1906]).

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 estos casos no es aplicable la doctrina de los actos propios, como derivación del principio de la buena fe: “no es correcto afirmar que el predisponente de una cláusula de renuncia de acciones abusiva por abarcar cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional considere

una exigencia derivada de la buena fe que el consumidor quede vinculado por tal cláusula abusiva, por el hecho de haber prestado su consentimiento mediante la adhesión al contrato predispuesto. La abusividad de la cláusula de renuncia viene determinada justamente porque causa, en contra de la buena fe, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato” (*STS de 1 de febrero de 2022 [RJ 2022, 614]* y *STS de 22 de febrero de 2022 [RJ 2022, 1295]*). Si cabe, en cambio, la renuncia a hacer valer los derechos respecto a una cláusula en particular sobre la que se ha planteado la discusión, en este caso la relativa al interés mínimo, siempre que tal renuncia se lleve a cabo mediando las adecuadas condiciones de transparencia, cosa que no ocurre en el caso de las *SSTS de 1 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1356 y 1111)*, por lo que las correspondientes cláusulas se declaran igualmente nulas.

§ 30 En cambio, la *STS de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4408)* certifica la validez de la cláusula suelo, por haber sido introducida en el contrato de forma transparente habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el caso: “Consta que en los correos intercambiados con el representante del banco dos semanas antes de la firma de la escritura, no solo se hacía referencia al tipo mínimo y máximo ‘del préstamo a subrogar’ (respectivamente, 4,35% y 15%), sino que se proporcionó por parte de la entidad una simulación de la cuota mensual que debería pagarse aplicando un interés del 2,95% (que fue el fijado como mínimo en la escritura), atendiendo a la cantidad que los prestatarios abonaran al promotor al contado. No puede por tanto decirse en modo alguno que no contaran con información con antelación suficiente sobre la existencia de un suelo del 2,95%, y esa fue precisamente la modificación que las partes acordaron en el préstamo en el que se iban a subrogar los demandantes”.

Lo mismo sucede en el supuesto de la *STS de 1 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1114)*, entre otros motivos, porque el prestatario había tenido información sobre la cláusula suelo con más de dos años de antelación respecto de la firma de la compraventa y simultánea subrogación hipotecaria, dado que ya había intervenido como avalista en el otorgamiento de la escritura del préstamo hipotecario a la promotora en el que luego se subrogó actuando como consumidor. Lo mismo sucede en la *STS de 2 de febrero de 2021 (RJ 2022, 770)*, en un caso en que los prestatarios habían contratado a una asesora financiera para que les buscara el préstamo más adecuado a sus necesidades y fue esta la que realizó todas las gestiones con el banco, excepto la firma de la escritura: “siendo clara y sencilla la redacción de la cláusula y presumible su adecuada comprensión por la persona con conocimiento especializado contratada por los prestatarios para actuar en su lugar, representándolos, ante el prestamista, es lógico y razonable que la Audiencia, con arreglo a estas concretas circunstancias, considere superado el control de transparencia al resultar excusable, por su carácter innecesario, ‘[u]na explicación añadida de la carga económica que implica dicha cláusula en el contrato cuando su interlocutor debe presumirse que la conoce, y

en tal situación está representando a los demandantes que deben asumir la misma pues precisamente contrataron los servicios de la financiera para la búsqueda y negociación del contrato por sus conocimientos especializados, los cuales, a los efectos que nos ocupan, deben tomarse en consideración para valorar la posición contractual de los demandantes”. También se aprecia que la cláusula respeta las condiciones de transparencia exigibles en las SSTS de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4693, 4752 y 4935) y en la STS de 21 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1450).

Tampoco se declara la nulidad de la cláusula suelo en la STS de 17 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5060), en un supuesto de **financiación de la adquisición de un establecimiento mercantil**, por no resultar aplicable al caso el control de transparencia material, cuya infracción se había denunciado en la demanda; ni la STS de 15 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1421), por cuanto el préstamo se había concertado para la **adquisición de una licencia de taxi**.

## 2.5. CLÁUSULAS DE CONVERSIÓN EN PRÉSTAMOS MULTIDIVISA

§ 31 En materia de **hipoteca multidivisa**, la STS de 5 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4475), la STS de 10 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5002), la STS de 30 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5165) y la STS de 18 de enero de 2022 (RJ 2022, 430) consideran que **la cláusula de conversión se incluyó en los respectivos contratos sin respetar las debidas condiciones de transparencia**. En una de ellas se indica que, para cumplir tales condiciones, “no basta con presumir que quien solicita un préstamo de esta naturaleza conoce que las divisas fluctúan. Porque junto a ello, lo relevante es que los prestatarios fueran debidamente informados del riesgo principal de este tipo de préstamos referenciados en divisas, que es que el cumplimiento de sucesivos plazos de amortización no supone que la equivalencia en euros del capital prestado vaya disminuyendo, sino que incluso puede suceder lo contrario; como de hecho sucedió. La Audiencia Provincial infiere que si los prestatarios conocían que la fluctuación de las divisas podía afectar a las cuotas de amortización también deberían conocer que afectaba al ‘contravalor del capital pendiente pues son aspectos inescindibles’; pero dicho juicio de inferencia no tiene base fáctica, porque no consta probado que se informara a los clientes sobre ese segundo extremo./ 4.– 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 tan mencionadas SSTJUE Andriciuc 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./ 5.– Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es lo verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario, puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros”.

En la *STS de 18 de enero de 2022 (RJ 2022, 430)* la falta de transparencia vino dada por la omisión de toda advertencia de que la evolución de la paridad entre la divisa y el euro podía determinar que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar pudiera no disminuir pese al pago regular de las cuotas del préstamo; y que esto podía determinar una situación de infra garantía.

## 2.6. CLÁUSULA DE FIANZA

§ 32 Otra de las cláusulas analizadas en este periodo es la relativa a la **constitución de una fianza contenida en las condiciones generales de un contrato de préstamo**, que la caracterizaba como **solidaria con renuncia al beneficio de excusión**. Con base en algunas de las afirmaciones esgrimidas en las precedentes SSTs de 20 de enero y 12 de febrero de 2020, la *STS de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5444)* declara que **no cabe anular tal cláusula, alegando vicio del consentimiento**, puesto que: “el beneficio de excusión no constituye un elemento esencial del contrato de fianza, en tanto que puede ser excluido, sin merma de la validez de la garantía, en los supuestos que prevé el art. 1831 CC, entre los que se encuentran expresamente la renuncia a este beneficio y que el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor/ 3.– Es decir, si la propia ley permite que el derecho de excusión no forme parte del negocio jurídico de fianza, a lo sumo el error se proyectaría sobre su consecuencia: la solidaridad, pero no sobre la fianza en sí. La solidaridad elimina la subsidiariedad de la fianza, de la que el beneficio de excusión constituye tan solo su manifestación más destacada, por lo que una cláusula que, al mismo tiempo, establece la solidaridad de la fianza y la renuncia al beneficio de excusión es, cuando menos, redundante”.

La cláusula, en cambio, sí puede ser objeto del control de **transparencia material y de abusividad**, como indica la *STS de 29 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5286)*. No obstante, tras analizar el supuesto en cuestión, afirma la validez de la cláusula: “la cláusula controvertida supera el control de transparencia material. Como señaló el juzgado, el convenio de fianza litigioso no es complejo, de forma que para su comprensión no son necesarios conocimientos financieros o económicos especiales. Además, como apreció la Audiencia, en cuanto a su regulación contractual se trata de ‘una cláusula [es] única y la intervención en el contrato de la ejecutada se limita



a la suscribir el contrato de fianza (es decir esa cláusula y la siguiente), por lo que no puede considerarse que su contenido estuviera dentro del contrato sin la debida separación o sin destacar' [...]. Desde el punto de vista del control de abusividad, entre los factores que deben tomarse en consideración para valorar la desproporción entre las garantías pactadas (en concreto respecto de la fianza) y la obligación afianzada, figuran, además de la solvencia personal de los deudores (arts. 1911 CC) y la correlación entre las mayores garantías y el menor tipo de interés remuneratorio pactado en el crédito como compensación a la disminución del riesgo para el acreedor (art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE), su ajuste o no a su normativa específica. En concreto, la disposición adicional 1.18.<sup>a</sup> LGDCU prescribía: '[...] Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica'. Extremo este último de particular relevancia en el presente caso en que se enjuicia un contrato de préstamo de financiación a comprador de bienes muebles (vehículo), sujeto a la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizado en el modelo oficial aprobado por la Resolución de la DGRN de 30 de noviembre de 1999, conforme al art. 10 de la Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Según el apartado 1 de este precepto, para la inscripción de esos contratos de financiación en el Registro de Bienes Muebles 'habrán de ajustarse a los modelos oficiales aprobados por la Dirección General de los Registros y del Notariado'; y para la aprobación de estos modelos es necesario que 'cumplan lo preceptuado en la Ley de Venta a Plazos, en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y en esta Ordenanza [...]' (apartado 2)".

## 2.7. CLÁUSULA DE INTERÉS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

§ 33 La *STS de 15 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5341)* declara **nula por abusiva la cláusula de vencimiento anticipado** incluida en un préstamo personal, que permitía al acreedor darlo por vencido **por falta de pago de cualquier plazo** de amortización del capital del préstamo o de los intereses o gastos. La abusividad de la cláusula no puede ser salvada porque no se hubiera aplicado en su literalidad y la entidad prestamista hubiera soportado un periodo de morosidad mayor al previsto antes de ejercitarla (cinco cuotas mensuales): "a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter 'abusivo' –en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva– de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia

de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión” (con cita de la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus). Entiende el TS que **para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo.**

La anulación de la cláusula produce la desestimación de la pretensión principal del banco demandante, pero no de la consistente en cumplimiento del contrato en aplicación del art. 1.124 CC, también instada por la entidad, de modo que el TS, asumiendo la función de instancia, acaba condenando a la prestataria al pago de las cantidades debidas en el momento de la interposición de la demanda.

## 2.8. CLÁUSULA DE INTERÉS DE DEMORA

§ 34 Por su parte, la *STS de 23 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5177)* casa y revoca la Sentencia de la Audiencia que había declarado nula la **cláusula de interés de demora en un préstamo a una compañía constructora**, por entender que no resultaba aplicable el control de abusividad, al no ser consumidor el prestatario, y que no se había acreditado que el interés moratorio fuera exorbitado en el momento de la celebración del contrato: “En el año en que se celebró el contrato, 2001, un interés moratorio del 17,25% en un contrato entre empresarios no era inusitado o sorprendente, sino que estaba en la media del mercado en esa fecha (véase, por ejemplo, la sentencia 869/2001, de 2 de octubre). Y la prestataria no ha probado, cual le incumbía, que la pena convencional anticipada en qué consisten los intereses moratorios fuera totalmente desproporcionada en relación con el incumplimiento o extraordinariamente inadecuada a las circunstancias del caso./ Además, debemos insistir, lo que debería haber postulado la demandante, en su caso, hubiera sido la moderación de la cláusula de intereses moratorios –en las circunstancias excepcionales antes expuestas– pero no su nulidad, puesto que ni le resulta aplicable la legislación tuitiva de consumidores, ni ha negado la realidad del incumplimiento contractual que da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados”. Sí anula dicha cláusula la *STS de 1 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1114)*, en un supuesto de subrogación del demandante en el préstamo inicial, aun cuando no aprecia la falta de transparencia en relación con la cláusula suelo, por cuanto la declaración de nulidad de la cláusula de interés de demora no fue objeto de impugnación en casación.

## 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 algunas 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)

§ 35 Ya al margen del control de condiciones generales, pero también en el marco de los contratos de préstamo, traemos a colación la *STS de 20 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4849)*, en que el prestatario demandado en un juicio ejecutivo niega la **legitimación activa del banco prestamista que había titulizado el crédito derivado del préstamo mediante la emisión de unas participaciones hipotecarias** suscritas por un fondo. El TS afirma con claridad dicha legitimación, desestimando la causa de oposición esgrimida: “el banco que concedió el préstamo o crédito hipotecario que ha sido titulizado mediante la emisión de participaciones hipotecarias tiene plena legitimación para promover el proceso judicial destinado al cobro de las cantidades adeudadas por el deudor hipotecario cuando este ha incumplido su obligación de pago, ya sea mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria, que será lo habitual, ya sea mediante otro procedimiento judicial que sea procedente, como es el caso del juicio declarativo ordinario./ 15.– No se trata de una legitimación extraordinaria, sino de la legitimación derivada de la posición jurídica que el emisor tiene en la relación negocial sui generis derivada de la emisión de participaciones hipotecarias sobre un préstamo o crédito hipotecario preexistente que concertó con el deudor hipotecario, en el que sigue conservando la cualidad de acreedor hipotecario y una obligación de custodia, administración y de realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo. Por tanto, BBVA ostenta una titularidad, en los términos ya indicados, que legalmente le legitima para accionar contra el deudor hipotecario que ha impagado el crédito./ 16.– A ello no obsta que el titular de la participación pueda estar también legitimado si no recibe los pagos a que tiene derecho con base en la participación, debido, a su vez, al impago del deudor hipotecario, legitimación que puede ser conjunta con el emisor si este promueve el procedimiento, o ‘por subrogación’ si el emisor no promueve el proceso o, promovido por el emisor, queda paralizado, pues también ostenta una titularidad de la relación jurídica litigiosa, aunque sea de una naturaleza diferente a la que ostenta el emisor y solo por la cuota del crédito que corresponda a su porcentaje de participación en el mismo”.

### 3.2. CUENTA CORRIENTE

§ 36 La *STS de 21 de febrero de 2022 (RJ 2022, 669)*, aplica la doctrina anterior del TS en materia de **cuentas indistintas**, según la cual, el mero hecho de ingreso de dinero privativo en una cuenta común no lo convierte en ganancial. En consecuencia, si se emplea para hacer frente a necesidades

y cargas de la familia o para la adquisición de bienes a los que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyen carácter ganancial, surge un derecho de reembolso a favor de su titular, aunque no hiciera reserva de ese derecho en el momento del ingreso del dinero en la cuenta.

#### 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

§ 37 Como recuerdan la *STS de 10 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 2671)*, la *STS de 18 de enero de 2022 (RJ 2022, 50)*, las *SSTS de 31 de enero de 2022 (RJ 2022, 621 y 626)* y las *SSTS de 7 de febrero de 2022 (RJ 2022, 654, 818, 994)*, la **Ley 57/68 no protege a quienes adquieren las viviendas con una finalidad de inversión**. En el primero de los casos el comprador había adquirido un apartamento turístico en construcción, destinado, como el conjunto en el que se integraba, a una finalidad y explotación hotelera, no residencial. El TS entiende, además, que el pacto que habían alcanzado adquirente y promotor para aplicar dicha ley no resulta vinculante para el banco, siendo además que no existía una vinculación equivalente para el avalista: “no tiene sentido imponer al banco demandado derechos irrenunciables del comprador cuando resulta que la razón de ser de esa imperatividad de la Ley 57/1968 no es otra que el destino residencial de la vivienda; no, por tanto, el puramente comercial o de explotación”. En otro caso, el TS deduce la finalidad inversora del adquirente por el hecho de residir en otro inmueble de su propiedad, sito en otra ciudad, y por haber incluido en el contrato litigioso una cláusula por la que podía vender la vivienda antes de su terminación, cediendo su posición jurídica a terceros (*STS de 18 de enero de 2022 [RJ 2022, 50]*), aunque la sola presencia de dicha cláusula no permite descartar la finalidad residencial de la compraventa (*STS de 28 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1459]*). En un tercer caso, los indicios que se toman en consideración son la afirmación del demandante en el litigio acerca de que la vivienda se había adquirido para disfrute de sus hijas, cuando al tiempo de efectuar la compraventa sólo tenía una, además de la falta de acreditación de la entrega de la cantidad mayor en efectivo, que además no tenía correspondencia con ninguno de los pagos parciales previstos en el contrato. Confirma, por ello, la sentencia desestimatoria de la audiencia, aunque por motivos diferentes a la misma. En el cuarto, que el adquirente, siendo un promotor inmobiliario, hubiera prescindido por completo del régimen de garantías previsto por la Ley 57/1968. Y, por último, en las *SSTS de 7 de febrero de 2022 (RJ 2022, 654, 818)*, que el inmueble adquirido consistía en una suite destinada a alquiler turístico.

§ 38 La *STS de 4 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4404)*, la *STS de 23 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 5215)*, las *SSTS de 21 de febrero de 2022 (RJ*

2022, 670, 905, 969, 995), la STS de 7 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1587), la STS de 22 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1543) y la STS de 28 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1459) 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.

En cambio, como indica la STS de 20 de diciembre de 2021 (RJ 2022, 312), **las obligaciones asumidas por una avalista no se extienden a las obligaciones de devolución de las cantidades entregadas a cuenta asumidas por una segunda promotora** a la que se transfiere la obra por acuerdo entre vendedores y compradores: “el mero hecho de que compradores y vendedoras acordaran aplicar los anticipos a cuenta del precio de la primera vivienda al de la segunda no puede significar que el aval colectivo de BP a HM se extendiera a este segundo contrato, toda vez que BP no tuvo intervención alguna en el mismo y según el art. 1827 CC la fianza no se presume ni puede extenderse a más de lo contenido en ella./ En definitiva, BP avaló a una determinada promotora respecto de una determinada promoción, y por tanto su garantía no puede extenderse a un deudor diferente por una promoción también diferente”. Tampoco cubren, según la STS de 31 de enero de 2022 (RJ 2022, 621) a las cantidades entregadas en efectivo y no ingresadas en la entidad, que no se correspondían con las previstas en el contrato.

**Las obligaciones derivadas de la Ley 57/1968 tampoco se extienden al banco descontante**, como declara la STS de 21 de diciembre de 2021 (RJ 2022, 202): “al permitir que los anticipos se hagan mediante efectos cambiarios, la ley está admitiendo la posibilidad de que exista un tenedor cambiario –el banco– frente a quien el aceptante –el comprador de la vivienda– no podrá oponer las excepciones causales que tenga frente al vendedor-promotor, librador de las letras, ya que estas son un título autónomo y abstracto frente al banco descontante conforme al régimen de oponibilidad de las excepciones cambiarias previstas en los arts. 20 y 67 de la LCCH”.

§ 39 Además, la STS de 25 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4875), la STS de 17 de enero de 2022 (RJ 2022, 25), la STS de 14 de febrero de 2022 (RJ 2022, 908), la STS de 7 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1167) y la STS de 28 de marzo de 2022 (RJ 2022, 1910) recuerdan que **los intereses legales a que se refieren la Ley 57/1968 (art. 3) y la Disp. Ad. Primera de la LOE**, en su redacción anterior a la reforma de la Ley 20/2015 –aplicable al caso–, se

devengan desde la fecha de cada anticipo, dado que se trata de intereses remuneratorios y no moratorios. Con independencia de ello, las SSTS de 18 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4850 y 5621) mantienen la **compatibilidad de los intereses establecidos en el art. 1 de la Ley 57/1968 con los intereses de demora que imponen los arts. 1.108 y 1.109 CC**, dado que aquéllos no tienen una naturaleza penalizadora, sino remuneratoria: “la obligación legal de devolución que imponen las normas citadas, en el caso de incumplimiento del promotor, se integra por una prestación que tiene un doble contenido: (i) devolución de las cantidades anticipadas y (ii) pago de los intereses legales devengados por éstas. Estos intereses tienen el carácter de obligación pecuniaria y de carácter accesorio respecto de la obligación principal de restitución del capital anticipado, como contraprestación o remuneración por el disfrute o disponibilidad de estos capitales por el promotor durante el tiempo que media entre su entrega inicial y su devolución, de forma análoga a lo que sucede con las sumas que se pagan por el préstamo de dinero (art. 1755 CC) o, de forma más próxima al caso por tener también un origen legal y no convencional, con el aplazamiento del pago del precio de un bien productivo (art. 1501, n.º 2 CC), o con la obligación de restitución del precio con sus intereses en caso de nulidad del contrato (art. 1303 CC)”. Esto supone que los intereses de demora han de calcularse sobre las cantidades anticipadas a cuenta, incrementadas por los intereses legales del art. 1 Ley 57/1968.

§ 40 Por otra parte, como tiene sentado el TS desde su Sentencia plenaria de 5 de junio de 2019, las obligaciones de los garantes, ya sean estos aseguradores o avalistas, continúan estando sometidas al **plazo de prescripción general** de las acciones personales del art. 1.964,2 CC y **no el del art. 23 LCS**. Dicha doctrina jurisprudencial no puede desvirtuarse en base a la interpretación de una norma no vigente en el momento del otorgamiento del correspondiente 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 (STS de 2 de noviembre de 2021 [RJ 2021, 4987] y STS de 14 de marzo de 2022 [RJ 2022, 1476]).

#### 4.2. REGISTROS DE SOLVENCIA Y CONTROL DE RIESGOS

§ 41 Por último, han aparecido varias sentencias reseñables en relación con la **inclusión legítima o ilegítima en registros de solvencia**, según los casos. La STS de 5 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4457) valora la inclusión en el CIRBE de un crédito impagado, derivado de la financiación de la adquisición de un vehículo. Cuando el prestatario no pudo pagar las cuotas devolvió el vehículo, pero el valor venal de este no fue suficiente para compensar a cantidad pendiente de amortización. Sin embargo, se discutió el importe de la misma que acabó siendo corregido en el juicio de reclamación, al conferírsele un valor superior al vehículo en el momento de la devolución. El carácter discutido del crédito fue alegado por el demandante en el

litigio posterior promovido por él para justificar el carácter indebido de la inclusión en el registro. Pero el CIRBE no es un registro de solvencia sino un registro que han de inscribirse todos los riesgos directos o indirectos asumidos por las entidades de crédito: “Hay ficheros que, aunque procesan datos que tienen relación con la solvencia, no son propiamente registros de morosos, o no lo son necesariamente. El fichero de la CIRBE, aunque procese datos que tienen relación con la solvencia, no es propiamente un registro de morosos, que son los regulados en el art. 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y, actualmente, en el art. 20 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. El fichero de la CIRBE recoge los riesgos asociados a personas y empresas (préstamos o créditos concedidos, avales prestados, etc.), sin necesidad de que se encuentren en mora. Su finalidad es, fundamentalmente, que las entidades financieras puedan evaluar el endeudamiento de quienes les solicitan financiación, y facilitar la supervisión de los organismos reguladores (concentración de riesgos, provisiones de fallidos, etc.)/ 6.– El art. 60.21 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, establece que las entidades de crédito tienen la obligación legal de enviar periódicamente al CIRBE ‘los datos necesarios para identificar a las personas con quienes se mantengan, directa o indirectamente, riesgos de crédito, así como las características de dichas personas y riesgos, incluyendo, en particular, las que afecten al importe y la recuperabilidad de éstos’. Y añade: ‘[e]ntre los datos a los que se refiere el párrafo anterior se incluirán aquellos que reflejen una situación de incumplimiento, por la contraparte, de sus obligaciones frente a la entidad declarante, así como los que pongan de manifiesto una situación en la cual la entidad estuviera obligada a dotar una provisión específica en cobertura de riesgo de crédito, según lo previsto en las normas de contabilidad que le sean de aplicación’/ 7.– Por tanto, como afirma la sentencia recurrida, la comunicación de estos datos al fichero de la CIRBE es una obligación legal, con un contenido fijado directamente por la ley y controlado por el Banco de España, que no puede ser eludida voluntariamente por las entidades de crédito, a diferencia de los ficheros de morosos”.

De estas y otras circunstancias concurrentes en el supuesto se desprende que la inclusión en el registro no fue ilegítima: “en el presente caso concurren circunstancias que excluyen la existencia de una actuación ilegítima de esta naturaleza. En primer lugar, como ya se ha dicho, la comunicación de los datos personales asociados a un crédito fallido al fichero de la CIRBE constituía una obligación legal del banco demandado y no una simple decisión potestativa de este. En segundo lugar, no consta que la razón de que los prestatarios hubieran dejado de pagar las cuotas de la nueva tabla de amortización del préstamo fuera la disconformidad con el importe de la deuda tras la entrega del vehículo, ni que los prestatarios hubieran negado la existencia del crédito fallido cuando BFS les requirió el pago de la cantidad pendiente de amortizar del préstamo de financiación

antes de comunicarlo a la CIRBE, sin perjuicio de que, una vez que el banco presentó la demanda judicial para el cobro de su crédito, los deudores alegaran que el vehículo entregado tenía un valor superior al que le atribuyó el banco acreedor y consiguieran que la sentencia estableciera una minoración de su deuda. Además, de la sentencia de la Audiencia Provincial se desprende con suficiente claridad que de ningún modo podía considerarse que hubiera existido una dación en pago que hubiera saldado la deuda. En tales circunstancias, no puede considerarse que la comunicación de los datos personales de los demandantes al fichero de la CIRBE constituyera un método de presión por parte del banco para lograr el cobro de un crédito objeto de controversia”.

Tampoco hay intromisión ilegítima en el derecho al honor del deudor en el supuesto de la *STS de 1 de diciembre de 2021 (RJ 2021, 5285)*. En este caso, el prestatario que había dejado de pagar las cuotas de un préstamo hipotecario fue incluido en un registro con carácter previo a que se instase contra él un procedimiento ejecutivo de reclamación de las cantidades debidas. En el procedimiento, el prestatario opuso el carácter abusivo de ciertas cláusulas contenidas en el contrato de préstamo. Sin embargo, dicha oposición no tenía visos de prosperar, habida cuenta de que en la operación financiera no actuaba como consumidor, por lo que no podían aplicarse los controles de transparencia material y abusividad. Por todo ello, el TS considera que la deuda no podía considerarse discutida a los efectos de limitar el acceso al registro de solvencia: “en el presente caso, lo planteado por el recurrente para oponerse a la ejecución, la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo, no estaba justificado, porque no podía ser considerado consumidor y, por lo tanto, invocar tal causa de oposición, cuyo estudio se consideró inadmisibles, primero, por el juzgado executor, y después por la Sala de Apelación que, al resolver el recurso interpuesto contra la misma, confirmó su resolución. Siendo esto lo que consigna la Audiencia en la sentencia recurrida y lo que le lleva, siguiendo nuestra doctrina, a considerar “[m]anifiestamente infundado que la deuda sea incierta, por ilíquida al alegar en el proceso de ejecución hipotecaria excepciones únicamente oponibles por consumidores y usuarios”.

§ 42 Sí se aprecia **intromisión ilegítima** en la *STS de 5 de octubre de 2021 (RJ 2021, 4457)*, en que se acaba discutiendo únicamente acerca de si la indemnización reconocida por la Audiencia, que rebajaba en 6000€ la que había fijado el Juzgado (de 8000 a 6000€), era o no suficiente. Entiende el TS que, dadas las circunstancias del caso: cantidad elevada de la deuda consignada, permanencia de 16 meses en el fichero y consulta de, al menos, cinco compañías financieras y de servicios de telecomunicaciones, la cantidad más ajustada era la que había fijado el Juzgado, que además era congruente con la petición del demandante. La rebaja de dicha cantidad por la Audiencia, podría suponer un incentivo inverso en los siguientes términos: “La redujo de forma tan marcada y significativa que convirtió una indemnización de justo contenido reparador, a la vista de las circunstancias



del caso, en una indemnización meramente simbólica, con lo que también contravino la doctrina de la Sala que señala que una indemnización simbólica tiene un efecto disuasorio inverso, puesto que “[...] No disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos, pero sí disuade de entablar una demanda a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor puesto que, con toda probabilidad, la indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido sino que es posible que no alcance siquiera a cubrir los gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa”.

También considera que concurre **intromisión ilegítima en el derecho al honor** la *STS de 13 de enero de 2022 (RJ 2021, 425)*, en un caso de **reiteración de la inclusión en el registro**, tras dos cancelaciones previas por haber alegado el demandante la inexistencia de la deuda y el carácter erróneo del domicilio al que se remitían las notificaciones de inclusión, por la sola insistencia del acreedor. El titular del registro no puede limitarse a trasladar la solicitud al acreedor para que este decida, y seguir acríticamente las indicaciones de éste dando una respuesta estandarizada al afectado.

#### 4.3. SANCIONES EN MERCADO DE CRÉDITO

§ 43 Finalmente, reseñamos la *STS de 27 de enero de 2022 (RJ 2021, 4457)*, que desestima el recurso contra la sanción recibida por una entidad de crédito por la comisión de una infracción grave, consistente en el incumplimiento del art. 5.4 del RD-Ley 6/2012, de 9 marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en lo relativo a la correcta aplicación temporal de las medidas del **Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual**. Lo que se discutía en el proceso no era la falta de aplicación de las medidas establecidas por el CBP, sino si lo hizo en el momento adecuado. Según el órgano sancionador y la sentencia de instancia, dicho momento venía dado por la acreditación del prestatario de encontrarse en el umbral de la exclusión social, aunque no se hubiera concluido todo el procedimiento de comprobación por la entidad de crédito, previa aportación por el interesado de toda la documentación exigida por la ley a tal efecto. En cambio, la entidad defendía que era necesaria la terminación de dicho procedimiento para considerar acreditada tal situación de riesgo de exclusión.

El TS se decanta por la primera tesis, teniendo en cuenta, en particular, la finalidad tuitiva de la norma, y da respuesta a las cuestiones de interés casacional que se plantearon en el auto de admisión, en los siguientes términos: “la Sala señala que: 1) el momento temporal en que deben ser aplicadas las previsiones del Código de Buenas Prácticas que obra en el Anexo del RDL 6/2012, en lo que se refiere a las concretas medidas de reestructuración de la deuda, es el de la acreditación de encontrarse los deudores

hipotecarios situados en el umbral de exclusión y 2) aceptado por la entidad de crédito que el deudor hipotecario se halla en el umbral de exclusión, la falta de aportación de alguno de los documentos previstos en el artículo 3.3 del Real Decreto 6/2012 no exime a la entidad de aplicar las previsiones del artículo 5.4 del citado texto legal”.