



MERCADO DE CRÉDITO Y MERCADO 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 5

Marzo 2023

Págs. 373–400

SUMARIO: I. COMERCIALIZACIÓN DE VALORES NEGOCIABLES Y PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS. 1. *Productos de inversión de carácter complejo*. 2. *Acciones*. II. CONTROL DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS. 1. *Aspectos generales*. 2. *Cláusulas de imputación de gastos*. 3. *Cláusulas de referencia al IRPH*. 4. *Cláusulas suelo y cláusulas de renuncia a la interposición de acciones*. 5. *Cláusulas de conversión en préstamos multidivisa*. 6. *Cláusula de comisión por ingresos en cuenta corriente*. 7. *Cláusula de comisión por amortización anticipada*. III. OPERACIONES BANCARIAS. 1. *Operaciones bancarias activas o de financiación (contrato de préstamo)*. 2. *Cuenta corriente*. IV. OTRAS CUESTIONES. 1. *Responsabilidad derivada de la Ley 57/1968 por la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes de viviendas*. 2. *Registros de solvencia y control de riesgos*.

En el presente número se traen a colación las sentencias aparecidas en un periodo de medio año, que abarca desde abril hasta septiembre 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, tanto en relación con operaciones

bancarias concretas, como por referencia a otros aspectos relacionados con las mismas: régimen de las operaciones vinculadas con consumidores, licitud de determinadas comisiones bancarias, control de riesgos y responsabilidad derivada de la Ley 57/1968 e inscripción en registros de solvencia, básicamente.

Para confeccionar la sección en esta ocasión se han analizado un total de 160 sentencias.

I. COMERCIALIZACIÓN DE VALORES NEGOCIABLES Y PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS

Aunque ha disminuido su volumen de forma muy notable respecto a los periodos anteriores, siguen dictándose sentencias sobre 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 parte de la tarea del TS. 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. PRODUCTOS DE INVERSIÓN DE CARÁCTER COMPLEJO

§ 1 En el apartado relativo a las sentencias sobre adquisición de **participaciones preferentes, obligaciones subordinadas, bonos estructurados** y otros **productos de carácter complejo** se han contabilizado pocas sentencias. Nos limitamos a reseñar la *STS de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2140)*, la *STS de 5 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2127)*, la *STS de 10 de mayo de 2022 (JUR 2022, 182777)*, la *STS de 18 de julio de 2022 (RJ 2022, 3298)* y la *STS de 19 de julio de 2022 (RJ 2022, 3388)*. En las cinco se declara la caducidad de la acción de nulidad por vicio del consentimiento, entablada una vez habían transcurrido cuatro años desde que la entidad emisora hubo de ser intervenida por el FROB o desde la reclamación previa de los demandantes ante una autoridad de consumo –señal de que en este momento ya eran conscientes del error– en alguno de los casos. La primera y la última de ellas, además, rechazan la pretensión alternativa de **resolución del contrato**, bajo el argumento de que el incumplimiento resolutorio ha de venir referido a las obligaciones derivadas del contrato y no a las de información precontractual, que son de carácter previo. Y las otras tres acogen la pretensión de **responsabilidad por el daño ocasionado como consecuencia del incumplimiento** de tales obligaciones de información precontractual.

§ 2 En otro orden de cosas, la *STS de 20 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4050)* declara abusiva y nula una **cláusula de renuncia al ejercicio de acciones** contenida en un contrato de **canje de obligaciones subordinadas** de una entidad en proceso de resolución. La cláusula había sido aceptada por unos inversores acuciados por las adversas circunstancias que estaban sobrellevando: «la entidad emisora de los productos financieros se encontraba en proceso de ‘resolución’, por lo que tras el canje obligatorio de las obligaciones subordinadas por bonos del Banco Ceiss, los inversionistas no tenían otra alternativa razonable, para no perder toda su inversión, atendidas las vicisitudes por las que atravesaba la entidad emisora, que aceptar la oferta de canje realizada por Unicaja, pese a que suponía una nueva pérdida patrimonial y se condicionaba a la renuncia al ejercicio de acciones. Por tanto, a los clientes que invirtieron en productos híbridos de Banco Ceiss se les planteaba la disyuntiva de aceptar, en un breve periodo de tiempo, la renuncia a las acciones que pudieran corresponderles por la comercialización de tales productos o arriesgarse a sufrir una pérdida patrimonial inmediata y posiblemente absoluta. Se trató de la imposición de la renuncia a solicitar tutela judicial efectiva en una situación límite de la que el cliente no es responsable».

2. ACCIONES

§ 3 En relación con el **Caso Bankia** han aparecido varias sentencias que reiteran algunos de los criterios seguidos por sus precedentes, con algunos matices de interés. La *STS de 26 de abril de 2022 (RJ 2022, 2121)* estima el recurso planteado por la entidad suscriptora de las acciones perteneciente al **tramo institucional**, en este caso una SICAV.

Respecto a la posibilidad de que los inversores del tramo institucional pudieran invocar las incorrecciones del folleto informativo para instar la **responsabilidad de la entidad emisora**, siendo que esta no estaba obligada a emitir dicho documento en relación con este tipo de inversores, la STUE de 21 de diciembre de 2021 ya se había pronunciado en sentido afirmativo. Según el Tribunal de Justicia, «una información completa, fiable y accesible sobre los valores y sus emisores contribuye al logro de los dos objetivos de la Directiva 2003/71/CE, que son la protección del inversor y el buen funcionamiento de los mercados. Desde este punto de vista, la publicación del folleto contribuye a las salvaguardias de protección de los intereses de los inversores, reales o potenciales, para que estén capacitados a la hora de evaluar, con la información suficiente, el riesgo que conlleva la inversión en valores, y de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa (apartado 32). Siendo así, es legítimo que los inversores cualificados invoquen la información contenida en dicho folleto y que, en consecuencia, puedan ejercitar las acciones de responsabilidad del art. 6 de la Directiva por esa información, aunque no sean sus destinatarios».

Por otra parte, y, al igual que en otros casos anteriores, en el presente no tampoco se considera que el suscriptor contara con especiales elementos de juicio sobre las condiciones de la operación y la situación patrimonial del emisor: «En el caso de Portfolio, no consta que hubiera podido acceder a fuentes de información adicionales a las del folleto. Tampoco que mantuviera con Bankia relaciones jurídicas o mercantiles que le hubieran permitido obtener esa información. Más allá de su intención de obtener una rentabilidad con la inversión, no se aprecia que la conducta de Portfolio 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 a su valor razonable. 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./ No son atendibles tampoco los argumentos relativos a que Portfolio, como inversor cualificado, podía interpretar adecuadamente la información contenida en el folleto. Lo sucedido en la OPS de Bankia no fue que la información del folleto solo fuera comprensible para inversores de determinado nivel, sino que en el folleto se contenían informaciones falsas, en el sentido amplio antes indicado, y omisiones relevantes».

§ 4 Lo mismo sucede en los casos de la *STS de 27 de abril de 2022 (RJ 2022, 2120)*, la *STS de 3 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2155)* y la *STS de 31 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2428)*, en relación con tres **acciones de nulidad por vicio del consentimiento** instadas en sendos casos por **inversores profesionales**. En la primera de las tres sentencias, las demandantes eran tres sociedades de un mismo grupo, cuyo objeto social consistía, principalmente, en la compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles, así como la compra, suscripción, tenencia, permuta y venta de valores mobiliarios nacionales y extranjeros, con excepción de las actividades reservadas a las Instituciones de Inversión Colectiva. De las sociedades demandantes no se cuestiona su condición de inversoras cualificadas o profesionales: «En nuestro caso, no consta que Sheratan, Deimos y Vatapa tuvieran otra vinculación o relación jurídica o mercantil con Bankia distinta de la derivada de su condición de suscriptores de la OPS. Tampoco consta que las citadas demandantes pudieran 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 se ha acreditado que dispusieran de otras fuentes de donde pudieran deducir la existencia de inexactitudes, falsedades u omisiones de datos relevantes en el folleto; ni que tuvieran 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./ La prueba de estos extremos, como hechos impositivos, extintivos o enervantes de la eficacia jurídica derivada del hecho de la inexactitud grave del folleto informativo

de la OPS, no puede imputarse a las demandantes (art. 217.3 LEC), sobre la base de la genérica presunción de experiencia, conocimientos y cualificación que define legalmente a los inversores cualificados (art. 78 bis.2.º LMV), como sostuvo la Audiencia, pues, como hemos dicho, si esta presunción fuera suficiente a estos efectos, el resultado práctico sería la exclusión de este tipo de inversores del ámbito de protección del folleto, resultado que la STJUE pretende evitar».

Esta sentencia, además, declara que la **inexactitud del folleto emitido por Bankia** con motivo del aumento de capital y la OPS de 2011 constituye un **hecho notorio**: «El conocimiento público de las inexactitudes del folleto de la OPS de Bankia y las reiteradas declaraciones judiciales sobre tal hecho, incluidas las efectuadas por este Tribunal Supremo desde sus sentencias 23 y 24/2016, de 3 de febrero (RJ 2016, 1), permiten concluir que constituyen un hecho notorio, en el sentido expresado por el art. 281.4 LEC y por la reseñada jurisprudencia».

§ 5 Finalmente, en relación con una **adquisición de acciones en mercado secundario** la STS de 3 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2367) desestima la **acción de nulidad por falta de legitimación pasiva de la entidad demandada**: «Bankia no vendió las acciones, porque no se trató de una venta como consecuencia de una oferta de la propia entidad (OPS), o en el mercado primario, sino de una venta en el mercado secundario (bolsa) en la que los recurrentes compraron las acciones a un tercero, del que se desconoce cómo las había adquirido a su vez. Bankia no fue parte en los contratos de compraventa de las acciones. Por lo tanto, Bankia no está legitimada pasivamente para soportar la acción de nulidad».

Sin embargo, estima la pretensión subsidiaria de **responsabilidad por folleto**, al haberse producido la adquisición de los valores dentro del periodo de los 12 meses posteriores a la emisión del documento: «las personas responsables por el folleto informativo [...] estarán obligadas a indemnizar a las personas que hayan adquirido de buena fe los valores a los que se refiere el folleto durante su periodo de vigencia por los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado como consecuencia de cualquier información incluida en el folleto que sea falsa, o por la omisión en el folleto de cualquier dato relevante requerido de conformidad con este real decreto, siempre y cuando la información falsa o la omisión de datos relevantes no se haya corregido mediante un suplemento al folleto informativo o se haya difundido al mercado antes de que dichas personas hubiesen adquirido los valores./ El 'periodo de vigencia' a que hace referencia el precepto transcrito es el de doce meses desde su aprobación que establece el art. 27 del Reglamento./ En este régimen especial de responsabilidad civil, la responsabilidad nace del incumplimiento de las obligaciones de información recogidas en el régimen normativo del folleto, fundamentalmente las relativas a la situación económica y financiera del emisor, así como a sus previsiones de futuro, que tienen como fin inmediato que el inversor, en especial el inversor minorista, pueda formarse un juicio fundado sobre la inversión».

Además, el TS entiende que la acción de responsabilidad interpuesta por la demandante no estaba prescrita, pues, aunque hubiera sido planteada una vez transcurridos los tres años desde el 25 de mayo de 2012, día en que se hizo patente la inexactitud del folleto, se había presentado con anterioridad una reclamación extrajudicial suya, que había propiciado la interrupción del plazo.

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

Dejando ya de lado las sentencias que tienen por objeto la impugnación de contratos de colocación de productos financieros, situados por tanto en la esfera de la actividad parabancaria de las entidades de crédito, pasamos ahora a abordar el otro gran grupo de casos relacionados con la contratación bancaria típica que sigue ocupando una buena parte de los esfuerzos de nuestros órganos jurisdiccionales, los litigios de impugnación de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas incluidas en contratos bancarios, generalmente de préstamos hipotecarios y personales.

La tendencia descrita en los números anteriores se ha mantenido durante la parte central de 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.

1. ASPECTOS GENERALES

- § 6 La *STS de 27 de julio de 2022 (RJ 2022, 3852)*, con motivo de la impugnación de una cláusula suelo, incide en la **calificación de no consumidor del prestatario en un contrato con finalidad mixta**, es decir, en un préstamo concedido para financiar la adquisición de un inmueble dedicado, en parte, a vivienda y, en parte, a una actividad profesional, por referencia a la jurisprudencia emanada del TJUE, a los efectos de la posible aplicación de los controles de transparencia y abusividad: «la STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (Maximilian Schrems), indicó: ‘32 Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente

en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, apartado 39)./ Esta doctrina es de plena aplicación del presente caso, en el que, según declaró probado la Audiencia, la finalidad principal del préstamo estaba directamente vinculada a la actividad empresarial de los prestatarios./ 3.– La consecuencia de ello es que respecto del préstamo hipotecario de 2009 y de su modificación de 2015 los demandantes no pueden acogerse el estatuto tuitivo propio de los consumidores, pues el préstamo tenía una finalidad principalmente empresarial. La exclusión de la cualidad de consumidores en los demandantes hace improcedente la realización de los controles de transparencia material y abusividad, según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta sala (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre; 414/2018, de 3 de julio; 230/2019, de 11 de abril, y 391/2020, de 1 de julio, entre otras muchas)./ 4.– Por tanto, dado que los argumentos de este motivo están articulados bajo la premisa de la aplicabilidad al caso de la normativa comunitaria y nacional de protección de consumidores y usuarios, y de los citados controles de transparencia y abusividad, y que este presupuesto resulta incompatible con la declaración de la Audiencia de que los demandantes no tenían el carácter de consumidores, el motivo no puede prosperar».

- § 7 Por su parte, la *STS de 3 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2177)* afirma la **legitimación activa y pasiva en un litigio entablado por el adquirente de un inmueble que se había subrogado en un préstamo hipotecario al constructor, contra el banco prestamista para impugnar por abusiva la cláusula de gastos incluida en el préstamo original**: «No se cuestiona por la entidad demandada su consentimiento, siquiera tácito, a la subrogación de los demandantes en el préstamo hipotecario. Y la consecuencia es que los demandantes adquirieron la posición jurídica de prestatarios y, con ella, la legitimación para accionar y denunciar el carácter abusivo de las estipulaciones contenidas en el contrato de préstamo hipotecario de 22 de marzo de 2002, precisamente, contra la parte que las predispuso e impuso, la entidad prestamista./ Esta es precisamente la pretensión que ejercitan. Los demandantes no pretenden la nulidad de una estipulación contenida en el contrato de compraventa con subrogación en préstamo hipotecario, como equivocadamente mantiene la entidad demandada, sino la de imposición de gastos contenida en el contrato de préstamo hipotecario en el que se han subrogado como deudores, y reclaman las cantidades abonadas por ellos con arreglo a aquella estipulación». Se trata de una situación diferente a la que se había presentado en otros litigios anteriormente enjuiciados por el TS en los que el prestatario subrogado solicitaba la nulidad de una cláusula contenida en el contrato de préstamo con subrogación, que era *res inter alios acta* para el banco: «La diferencia con las reclamaciones examinadas en las sentencias 303/2020, de 15 de junio, y 314/2020, de 17 de junio, es que, en aquellos pleitos, se reclamaba la nulidad de la estipulación contenida en el contrato de compraventa y subrogación en el que, de modo patente, no había intervenido la entidad financiera. De ello se deducía su ausencia de legitimación».

§ 8 En materia de **imposición de costas procesales**, el criterio fijado por el alto Tribunal en su 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), es el de entender **que en los litigios sobre cláusulas abusivas en que el consumidor demandante obtenga una sentencia estimatoria debe aplicarse el principio general del vencimiento** y no la excepción a dicho principio de no imposición al demandado por existencia de serias dudas he hecho o de derecho en el asunto en cuestión. De otro modo no se cumpliría el **principio de efectividad del Derecho de la UE** y se produciría un estímulo inverso para los profesionales en orden al cumplimiento de la Directiva 93/13/CE. Lo mismo cabe decir en aquellos supuestos en que se haya producido una **estimación parcial de la demanda** (STS de 3 de mayo de 2022 [RJ 2022, 2161] y STS de 27 de junio de 2022 [JUR 2022, 233059]).

Por otra parte, la STS de 5 de julio de 2022 (RJ 2022, 3810) declara que no cabe imponer al consumidor demandante las costas cuando lo obtenido en virtud del litigio es igual a lo que le había ofrecido el demandado por vía extrajudicial, en aplicación del art. 4.1 del Real Decreto-Ley 1/2017 de 20 de enero. Dicha norma se refiere exclusivamente a distintas posibilidades de imposición de costas a la entidad prestamista demandada, pero nunca al consumidor demandante.

En sentido inverso, según la STS de 12 de julio de 2022 (RJ 2022, 3387), tampoco cabe imponer las costas al banco que había contestado al requerimiento en el plazo de ocho días planteado por los prestatarios por el cauce extrajudicial del art. 3 RDL 1/2017 y luego se allana a la demanda planteada por estos sin esperar a que venciera dicho plazo, no pudiendo apreciarse en tales circunstancias la concurrencia de mala fe por parte del demandado.

2. CLÁUSULAS DE IMPUTACIÓN DE GASTOS

§ 9 En el marco de las **cláusulas de imputación al prestatario de los gastos de formalización del préstamo hipotecario**, las tres SSTS de 3 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2162), (RJ 2022, 2377) y (RJ 2022, 2380), 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), (RJ 2019, 91), (RJ 2019, 92), (RJ 2019, 93) y (RJ 2019, 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).

3. CLÁUSULAS DE REFERENCIA AL IRPH

§ 10 En este periodo el TS confirma su doctrina anterior en relación con el carácter no abusivo de las cláusulas por las que se fija el IRPH, como tipo de referencia del interés variable de los préstamos hipotecarios con consumidores, en las SSTS de 19 de abril de 2022 (RJ 2022, 2269), (RJ 2022, 2270), (RJ 2022, 2274) y (RJ 2022, 2276) y la STS de 25 de mayo de 2022 (JUR 2022, 194399).

Recordemos que la cuestión había sido ya tratada en una primera sentencia del Pleno de la Sala 1.^a 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 la misma 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 resoluciones han venido a confirmar la doctrina anterior emanada por el propio órgano jurisdiccional sobre la cláusula en cuestión, que se mantiene en todas las nuevas sentencias, en el sentido de entender que la cláusula por la que se fija el IRPH no puede considerarse abusiva:

«5. 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.

6. 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 (solvencia del deudor, calidad de las garantías concurrentes –fiadores–, plazo y cuantía del préstamo, contratación de otros productos o servicios, etc.).

7. 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. [...]

10. 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».

§ 11 En otras sentencias también referidas a préstamos referenciados al IRPH se plantea un problema distinto, cual es el de la **posible integración del contrato tras haber dejado de publicarse dicho índice**.

Así ocurre en la *STS de 26 de abril de 2022 (RJ 2022, 2115)*. Los prestatarios suscribieron en 2005 un contrato de préstamo hipotecario a interés variable, referenciado al índice IRPH Cajas y como índice sustitutivo al IRPH Entidades, en el que constaba la siguiente cláusula: «La interrupción, durante un lapso de tiempo superior a dos meses de la publicación del Índice de Referencia Sustitutivo, implicará la perduración de la aplicabilidad al préstamo del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular».

La Disp. Ad 15.^a de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, suprimió el tipo de referencia principal (IRPH Cajas «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por cajas de ahorro») y el tipo de referencia sustitutivo (CECA «tipo activo de referencia de las cajas de ahorro»). Como consecuencia de ello, la entidad prestamista activó la cláusula antes transcrita y comenzó a aplicar

al préstamo un tipo nominal del 4,046% anual (tipo de referencia de 3,796%, más un diferencial del 0,25%), al ser el último tipo aplicado en el contrato durante la subsistencia de los índices suprimidos.

Los prestatarios presentaron una demanda contra la entidad prestamista en la que solicitaban la declaración de nulidad por abusiva de la mencionada cláusula, al considerar que comportaba la conversión de un préstamo hipotecario con interés variable en uno con un interés fijo, lo que les perjudicaba por no poder beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés.

El JPI estimó la demanda y declaró la nulidad, pero en apelación la Audiencia decretó que la desaparición de los tipos de referencia principal y secundario debía integrarse de la forma que establecía la citada disposición, titulada «Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia» y cuyo contenido era el siguiente:

«1. Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.
- c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado 'tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España', aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición».

En congruencia con esta norma, la Audiencia decretó la aplicación del IRPH Entidades y condenó a la entidad a la devolución de la diferencia entre el tipo fijo establecido y este tipo de referencia. Pero esta sentencia es impugnada en casación por los demandantes al entender que infringe la doctrina del TJUE en virtud de la cual no cabe integrar el contrato en perjuicio del consumidor, tras haber declarado nulas determinadas cláusulas.

El TS desestima el recurso por los siguientes motivos: «Es cierto que, conforme a la jurisprudencia del TJUE que se cita en el motivo, una vez que el juez declara el carácter abusivo de una cláusula, debe excluir su aplicación, puesto que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, impone que tales cláusulas ‘no vincularán al consumidor’ (...) Pero también lo es que esa misma jurisprudencia permite que se pueda sustituir la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional supletoria cuando concurren dos requisitos: en primer lugar, que la inaplicación de la cláusula declarada abusiva implique, conforme al Derecho nacional, la anulación del contrato en su totalidad y, en segundo lugar, que la anulación de dicho contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (...) En este caso, concurren ambas circunstancias: (i) la anulación del contrato en su totalidad sería perjudicial para el consumidor, pues perdería la posibilidad de devolver el préstamo en el amplio plazo pactado y tendría que reintegrar el capital de una sola vez; y (ii) el contrato de préstamo bancario de dinero objeto de litigio es oneroso y esa onerosidad es su causa, puesto que el banco es un prestamista profesional que celebra el contrato con ánimo de lucro, por lo que el contrato no puede subsistir sin su precio, que son los intereses remuneratorios. Cuando en un contrato de préstamo se pacta la existencia de intereses remuneratorios, dicha retribución forma parte del elemento esencial del contenido contractual que, a su vez, es la base del consentimiento prestado». La misma doctrina se aplica en la STS de 26 de abril de 2022 (JUR 2022, 193542) y en la STS de 3 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2128).

4. CLÁUSULAS SUELO Y CLÁUSULAS DE RENUNCIA A LA INTERPOSICIÓN DE ACCIONES

§ 12 Declaran la **nulidad de cláusulas suelo**, aplicando la doctrina general, las SSTs de 4 de abril de 2022 (RJ 2022, 1967), (RJ 2022, 1971) y (RJ 2022, 2242), las SSTs de 5 de abril de 2022 (RJ 2022, 1960), (RJ 2022, 1961) y (RJ 2022, 1973), las SSTs de 7 de abril de 2022 (RJ 2022, 2022) y (RJ 2022, 2023), las SSTs de 3 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2375), (RJ 2022, 2376), (RJ 2022, 2378) y (RJ 2022, 2384), las SSTs de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2175), (RJ 2022, 2383) y (RJ 2022, 2388), las SSTs de 5 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2167), (RJ 2022, 2169), (RJ 2022, 2173), (RJ 2022, 2381) y (RJ 2022, 2382), las SSTs de 10 de mayo de 2022 (JUR 2022, 173706) y (RJ 2022, 2409), (RJ 2022, 2410) y (RJ 2022, 2411), la STS de 25 de mayo de 2022 (JUR 2022, 194006), las SSTs de 31 de mayo de 2022 (JUR 2022, 203182),

(JUR 2022, 203282), (JUR 2022, 203354), (JUR 2022, 203466), (JUR 2022, 203818), (JUR 2022, 203988), (JUR 2022, 211813) y (JUR 2022, 212317) y (RJ 2022, 2433), la STS de 1 de junio de 2022 (JUR 2022, 203077), la STS de 15 de junio de 2022 (JUR 2022, 224771), las SSTS de 4 de julio de 2022 (RJ 2022, 3075), (RJ 2022, 3076), (RJ 2022, 3077), (RJ 2022, 3078), (RJ 2022, 3144), (RJ 2022, 3656), (RJ 2022, 3704), (RJ 2022, 3708) y (RJ 2022, 3808), las SSTS de 6 de julio de 2022 (RJ 2022, 3531), (RJ 2022, 3536) y (RJ 2022, 3807), las SSTS de 7 de julio de 2022 (RJ 2022, 3153), (RJ 2022, 3294), (RJ 2022, 3809), (RJ 2022, 3814) y (RJ 2022, 3816), las SSTS de 8 de julio de 2022 (RJ 2022, 3528), (RJ 2022, 3705), (RJ 2022, 3710) y (RJ 2022, 3817), la SSTS de 19 de julio de 2022 (RJ 2022, 3703) y (RJ 2022, 3711), las SSTS de 26 de julio de 2022 (RJ 2022, 3850) y (RJ 2022, 3853), la STS de 20 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4383) y la STS de 26 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4384).

A título de ejemplo, en las SSTS de 4 de abril de 2022 (RJ 2022, 1971) y (RJ 2022, 2242) se describe un supuesto típico de falta de transparencia: «la demandante debió ser suficientemente informada, por la entidad financiera demandada, de la predisposición e imposición de la cláusula suelo, máxime si aparece diluida entre otras condiciones de escasa relevancia, así como ubicada en un epígrafe poco significativo, con un considerable acopio de información, que desvía la atención del prestatario./ En efecto, la cláusula suelo aparece transcrita en la condición general tercera bis b), bajo el epígrafe, nada sugerente, de ‘diferencial sobre el tipo de referencia’, tras fijarse el interés variable en el euríbor a un año más 1,25% y establecerse los concretos supuestos en los que el prestatario podría verse favorecido de una bonificación de cero con cincuenta puntos. Después, se fija cuál es el índice sustitutivo y el sustitutivo de éste, y es solo, entonces, cuando se incorpora la limitación del tipo de interés variable pactado al 4,50%, en un último párrafo, cuya ubicación y falta de relevancia otorgada, contrasta, sin embargo, con su trascendencia contractual en la definición de la principal obligación del prestatario, cual es la amortización de las cuotas del préstamo suscrito./ Igualmente, se debió de extender la información suministrada, por la entidad financiera, al hecho de que el préstamo concertado a interés variable, únicamente operaría al alza, pues las bajadas del tipo de referencia nunca podrían ser inferiores al 4,50% predispuesto, aunque sí podrían ser superiores sin límite alguno./ Dicha información no es baladí, en tanto en cuanto condiciona la decisión del consumidor prestatario para optar libremente por la contratación de otros productos de financiación, y, tras la oportuna comparación, decidir cuál es el más conveniente para sus intereses». Por otra parte, las sentencias indican que la provisión de información debida o, en general, las obligaciones de transparencia «[n]o pueden entenderse cubiertas (...) por la circunstancia de que el notario haga constar que la entidad prestamista ha exhibido [al prestatario] la oferta vinculante que regula la Orden de 1994 y que, tras su examen, no existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante y las cláusulas del préstamo hipotecario contenidas en la escritura». En definitiva, «[l]a intervención notarial, a la que tanta importancia se le da en la sentencia de la Audiencia, no dispensa del deber precontractual de información».

En las SSTS de 7 de abril de 2022 (RJ 2022, 2022) y (RJ 2022, 2023) se decreta la nulidad de la cláusula al no haberse acreditado por la entidad que el prestatario hubiera recibido la oferta vinculante ni folleto alguno con la suficiente antelación respecto a la firma de la escritura, no siendo suficientes las advertencias realizadas por el notario en el momento de su otorgamiento.

- § 13 También aprecian la nulidad por falta de transparencia, en sendos supuestos de subrogación del cliente en la posición deudora del promotor, las SSTS de 5 de abril de 2022 (RJ 2022, 1964) y (RJ 2022, 1966), la STS de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2388), la STS de 10 de mayo de 2022 (JUR 2022, 174032), las SSTS de 31 de mayo de 2022 (JUR 2022, 202956), (JUR 2022, 203042), (JUR 2022, 203746) y (JUR 2022, 204062), las SSTS de 1 de junio de 2022 (JUR 2022, 203610), (JUR 2022, 204009) y (JUR 2022, 212677), la STS de 1 de julio de 2022 (RJ 2022, 3669), la STS de 4 de julio de 2022 (RJ 2022, 3526), las SSTS de 6 de julio de 2022 (RJ 2022, 3152) y (RJ 2022, 3702) y la STS de 26 de julio de 2022 (RJ 2022, 3390). Como se indica en alguna 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». Entre las sentencias citadas llama la atención la STS de 1 de julio de 2022 (RJ 2022, 3669), en la que uno de los prestatarios ocupaba un puesto en el consejo de administración de una inmobiliaria y, además, el inmueble se había adquirido, presuntamente, para su arrendamiento: «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».
- § 14 Pero la declaración de nulidad no obsta para que la cláusula suelo pueda ser novada posteriormente de forma transparente. Así, las SSTS de 4 de abril de 2022 (RJ 2022, 1967), las SSTS de 5 de abril de 2022 (RJ 2022, 1960), (RJ 2022, 1961), (RJ 2022, 1964) y (RJ 2022, 1966), la STS de 19 de abril de 2022 (RJ 2022, 2092), la STS de 3 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2375), las SSTS de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2175), (RJ 2022, 2383) y (RJ 2022, 2388), las SSTS de 5 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2167), (RJ 2022, 2169), (RJ 2022, 2381) y (RJ 2022, 2382), las SSTS de 10 de mayo de 2022 (JUR 2022, 173706) y (JUR 2022, 174032) y (RJ 2022, 2409), (RJ 2022, 2410) y (RJ 2022, 2411), la STS de 25 de mayo de 2022 (JUR 2022, 194006), las SSTS de 31 de mayo de 2022 (JUR 2022, 202956), (JUR 2022, 203042), (JUR 2022, 203182), (JUR 2022, 203282), (JUR 2022, 203354), (JUR 2022, 203466), (JUR 2022, 203746), (JUR 2022, 203818), (JUR 2022, 203988), (JUR 2022,

204062), (JUR 2022, 211813) y (JUR 2022, 212317) y (RJ 2022, 2433), las SSTS de 1 de junio de 2022 (JUR 2022, 203077), (JUR 2022, 203610), (JUR 2022, 204009) y (JUR 2022, 212677), las SSTS de 4 de julio de 2022 (RJ 2022, 3075), (RJ 2022, 3076), (RJ 2022, 3077), (RJ 2022, 3078), (RJ 2022, 3144), (RJ 2022, 3526), (RJ 2022, 3656), (RJ 2022, 3704), (RJ 2022, 3708) y (RJ 2022, 3808), las SSTS de 6 de julio de 2022 (RJ 2022, 3152), (RJ 2022, 3531), (RJ 2022, 3536), (RJ 2022, 3702) y (RJ 2022, 3807), las SSTS de 7 de julio de 2022 (RJ 2022, 3153), (RJ 2022, 3294), (RJ 2022, 3809), (RJ 2022, 3814) y (RJ 2022, 3816) y las SSTS de 26 de julio de 2022 (RJ 2022, 3850) y (RJ 2022, 3853), 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) y que ha sido confirmado después por los AATJUE de 3 de marzo de 2021 (Asunto C-13/19) y 1 de junio de 2021 (Asunto C-268/19), estiman la **validez del acuerdo novatorio** planteado con motivo de la subrogación o en un momento posterior, por medio de una escritura de modificación, en todo caso 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 ellos para ofrecer una **rebaja del umbral mínimo de interés por la vía de la transacción** o, incluso, **la eliminación de dicho umbral** (en este último sentido las SSTS de 8 de julio de 2022 [RJ 2022, 3528], [RJ 2022, 3705], [RJ 2022, 3710] y [RJ 2022, 3817] y la STS de 20 de septiembre de 2022 [RJ 2022, 4383]).

Lo mismo sucede en aquellas situaciones en que el acuerdo llega en el momento de la subrogación del adquirente de la vivienda en el préstamo otorgado a la promotora (SSTS de 19 de abril de 2022 [RJ 2022, 2273] y [RJ 2022, 2275]).

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». El TS considera que, 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 4 de abril de 2022 [RJ 2022, 1967], SSTS de 5 de abril de 2022 [RJ 2022,

1960], [RJ 2022, 1961], [RJ 2022, 1964], [RJ 2022, 1966] y [RJ 2022, 1973], STS de 3 de mayo de 2022 [RJ 2022, 2375], SSTS de 4 de mayo de 2022 [RJ 2022, 2175], [RJ 2022, 2383] y [RJ 2022, 2388], SSTS de 5 de mayo de 2022 [RJ 2022, 2167], [RJ 2022, 2169], [RJ 2022, 2381] y [RJ 2022, 2382], SSTS de 10 de mayo de 2022 [JUR 2022, 173706] y [JUR 2022, 174032] y [RJ 2022, 2022], [RJ 2022, 2409], [RJ 2022, 2410] y [RJ 2022, 2411], STS de 31 de mayo de 2022 [JUR 2022, 202956], [JUR 2022, 203042], [JUR 2022, 203182], [JUR 2022, 203282], [JUR 2022, 203354], [JUR 2022, 203466], [JUR 2022, 203746], [JUR 2022, 203818], [JUR 2022, 203988], [JUR 2022, 204062], [JUR 2022, 211813] y [JUR 2022, 212317] y [RJ 2022, 2433], SSTS de 1 de junio de 2022 [JUR 2022, 203077], [JUR 2022, 203610], [JUR 2022, 204009] y [JUR 2022, 212677], SSTS de 4 de julio de 2022 [RJ 2022, 3075], [RJ 2022, 3076], [RJ 2022, 3077], [RJ 2022, 3078], [RJ 2022, 3144], [RJ 2022, 3526], [RJ 2022, 3656], [RJ 2022, 3704], [RJ 2022, 3708] y [RJ 2022, 3808], SSTS de 6 de julio de 2022 [RJ 2022, 3152], [RJ 2022, 3531], [RJ 2022, 3536], [RJ 2022, 3702] y [RJ 2022, 3807], SSTS de 7 de julio de 2022 [RJ 2022, 3153], [RJ 2022, 3294], [RJ 2022, 3809], [RJ 2022, 3814] y [RJ 2022, 3816] y SSTS de 26 de julio de 2022 [RJ 2022, 3850] y [RJ 2022, 3853]).

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.

- § 15 En relación con la renuncia a la interposición de acciones, incluida en el documento de transacción, entiende el TS que debe diferenciarse la renuncia a hacer valer los derechos respecto a la cláusula particular sobre la que se ha planteado la discusión, de la renuncia a poder interponer cualquier acción derivada de disputas futuras en relación con el contrato. Esta última no es posible: «un consumidor no puede comprometerse válidamente a renunciar para el futuro a la tutela judicial y a los derechos que le confiere la Directiva 93/13. En efecto, por definición el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de esa naturaleza por lo que se refiere a las controversias que puedan surgir en el futuro». Según la STJUE de 9 de julio de 2020, «la renuncia, en lo referente a controversias futuras, a las acciones judiciales basadas en los derechos que le reconoce la Directiva 93/13 no vincula al consumidor». En la mayoría de los casos, habida cuenta de la generalidad con la que se había expresado la renuncia en los documentos en cuestión, que iba más allá de la controversia suscitada con motivo de la cláusula suelo, considera el TS procedente la declaración de nulidad (STS de 4 de abril de 2022 [RJ 2022, 1967], SSTS de 5 de abril de 2022 [RJ 2022, 1960], [RJ 2022, 1961], [RJ 2022, 1964], [RJ 2022, 1966] y [RJ 2022, 1973], SSTS de 3 de mayo de 2022 [RJ 2022, 2170] y [RJ 2022, 2375], SSTS de 4 de mayo

de 2022 [RJ 2022, 2166], [RJ 2022, 2175], [RJ 2022, 2383] y [RJ 2022, 2388], SSTS de 5 de mayo de 2022 [RJ 2022, 2167], [RJ 2022, 2169], [RJ 2022, 2381] y [RJ 2022, 2382], SSTS de 10 de mayo de 2022 [JUR 2022, 173706] y [JUR 2022, 174032] y [RJ 2022, 2409], [RJ 2022, 2410] y [RJ 2022, 2411], SSTS de 31 de mayo de 2022 [JUR 2022, 202956], [JUR 2022, 203042], [JUR 2022, 203182], [JUR 2022, 203282], [JUR 2022, 203354], [JUR 2022, 203466], [JUR 2022, 203746], [JUR 2022, 203818], [JUR 2022, 203865], [JUR 2022, 203884, 203988], [JUR 2022, 204062], [JUR 2022, 211813] y [JUR 2022, 212317] y [RJ 2022, 2433], SSTS de 1 de junio de 2022 [JUR 2022, 203077], [JUR 2022, 203610], [JUR 2022, 204009] y [JUR 2022, 212677], SSTS de 4 de julio de 2022 [RJ 2022, 3075], [RJ 2022, 3077], [RJ 2022, 3078], [RJ 2022, 3144], [RJ 2022, 3526], [RJ 2022, 3656], [RJ 2022, 3704], [RJ 2022, 3708] y [RJ 2022, 3808], SSTS de 6 de julio de 2022 [RJ 2022, 3152], [RJ 2022, 3531], [RJ 2022, 3536], [RJ 2022, 3702] y [RJ 2022, 3807], SSTS de 7 de julio de 2022 [RJ 2022, 3153], [RJ 2022, 3294], [RJ 2022, 3809], [RJ 2022, 3814] y 3816], STS de 8 de julio de 2022 [RJ 2022, 3528] y SSTS de 26 de julio de 2022 [RJ 2022, 3850] y [RJ 2022, 3853]). La cláusula más repetida en las sentencias anteriores tenía el siguiente tenor: «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».

Sí 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 los casos de las SSTS de 19 de abril de 2022 (RJ 2022, 2090) y (RJ 2022, 2092), ni de la STS de 5 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2173), por lo que las correspondientes cláusulas se declaran igualmente nulas. La transparencia pasa, porque «la información proporcionada permita, al menos, un cálculo estimativo de las cantidades que los prestatarios podrían reclamar por los pagos indebidos realizados por la aplicación de la cláusula suelo y a cuya reclamación renunciaban» (STS de 20 de septiembre de 2022 [RJ 2022, 4383], lo cual no sucede en el caso enjuiciado por esta sentencia).

§ 16 En cambio, la STS de 7 de abril de 2022 (RJ 2022, 2021) certifica la validez de la cláusula suelo, por haber sido introducida en el contrato de forma transparente, entre otros motivos, porque el prestatario había tenido información sobre dicha cláusula en el proceso de negociación de un conjunto de condiciones del préstamo en el que acabó subrogándose, condiciones que en su mayor parte le resultaban beneficiosas: «El demandante se subrogó en las condiciones financieras de un préstamo hipotecario concedido a los propietarios de la vivienda que adquiriría, las cuales ha de conocer el comprador cuando decide aceptarlas y subrogarse en el mismo, comunicando a la entidad prestamista su solicitud de subrogarse. Y que eran conocidas y que debido a ese conocimiento el deudor solicitó una ampliación del crédito y negoció unas condiciones más favorables para sus intereses lo revela la novación modificativa que se efectuó en la misma escritura. Novación mediante la que el demandante obtuvo un incremento del capital prestado, y unas mejores condiciones de amortización por cuanto el diferencial del tipo de referencia se rebajó del 1'39% al 0'75%, y el plazo de amortización de la deuda se incrementó de 258 meses a 480. Tan sólo hubo una cuarta condición que empeoró levemente sus condiciones que fue la de la cláusula suelo que subió un 0'25%». También se considera que la cláusula obedecía a una renegociación conjunta de varias condiciones del préstamo, en un caso de transmisión con subrogación, la STS de 6 de junio de 2022 (RJ 2022, 2430).

Del mismo modo, tampoco se anula la cláusula suelo en la STS de 16 de junio de 2022 (JUR 2022, 216367), en un caso en que el prestatario era director de oficina de la entidad prestamista que se había subrogado en el préstamo inicialmente concedido por otra entidad, préstamo que fue sustituido por otro posterior en el que se incluyó la cláusula litigiosa. El TS entiende que, dada la experiencia del prestatario, la falta de cumplimiento de los deberes de información precontractual no determina en este caso la falta de transparencia: «Ese conocimiento, propio de un experto, es el que justifica que aunque no conste acreditado el contenido concreto de la información precontractual que en ese momento se le suministró sobre la cláusula suelo, no apreciamos la falta de transparencia, pues los conocimientos del prestatario frente al banco para el que trabajaba como director de oficina, dispensaban a la prestamista de tener que explicarle lo que era obvio que conocía perfectamente».

Igualmente, se considera que la introducción de las cláusulas suelo respetó las debidas condiciones de transparencia en la STS de 26 de julio de 2022 (RJ 2022, 3849) y en la STS de 20 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4048). En el primer caso uno de los prestatarios, que no actuó sin embargo como demandante, era abogado en ejercicio, había asesorado y administrado una sociedad inmobiliaria, y se publicitaba asimismo como experto en asuntos bancarios, mencionado expresamente que llevaba reclamaciones en materia de cláusulas suelo. Además, había quedado probado en la instancia que la cláusula suelo aparecía en la oferta vinculante y que fue entregada a los prestatarios tres días antes de la firma de la escritura, sin que constase que concurriera alguna circunstancia que impidiera a los prestatarios tener conocimiento de la misma. En el segundo, siguiendo el mismo criterio que la precedente STS de 22 de enero de 2020, se desestimó la demanda por considerar que la estipulación era clara y fácilmente comprensible y que

superaba los controles de incorporación y transparencia, en particular, porque se había entregado la ficha FIPER a los prestatarios con siete días de antelación y en ella constaba claramente la limitación a la variabilidad del tipo de interés, incluso con una mención específica a la cuota resultante en cada caso en el supuesto de aplicación de tales límites mínimo o máximo.

§ 17 En cuanto a las **consecuencias de la declaración de nulidad**, como es sabido, residen en la obligación del banco de devolver todas las cantidades indebidamente recibidas del prestatario por la aplicación de la cláusula suelo, desde el momento de la formalización del contrato, en aplicación del art. 1.303 CC y de conformidad con la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y con la jurisprudencia del TS posterior a la sentencia de 9 de mayo de 2013, a partir de la sentencia de pleno 123/2017, de 24 de febrero. Estas sentencias cambiaron el criterio anterior del TS de aplicar los efectos de la declaración de nulidad solo desde la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, momento en que se hizo patente el potencial carácter abusivo de la cláusula por falta de transparencia.

En este periodo ha surgido una nueva Sentencia del Pleno sobre esta cuestión, para resolver un caso en que la sentencia de primera instancia había aplicado el criterio antiguo, pero únicamente el banco planteó recurso de apelación para revertir la condena en costas. Esto ocasionaba un problema de congruencia, pues no se había sometido a revisión la cuestión de la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad.

Ante el posterior recurso de casación, interpuesto por el prestatario, el TS plantea una cuestión de prejudicialidad para aclarar si resulta lícito aplicar de oficio el criterio de la eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad. El TJUE resuelve en sentido afirmativo en su Sentencia de 17 de mayo de 2022 (Asunto C-869/19), lo que propicia la estimación del recurso de casación por la STS, Pleno, de 26 de julio de 2022 (RJ 2022, 3855), en los siguientes términos: «1.– Esta sala planteó ante el TJUE la cuestión consistente en si el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE se oponía a la aplicación de los principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de reformatio in peius, que impiden al tribunal que conoce del recurso interpuesto por el banco contra una sentencia que limitó en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una ‘cláusula suelo’ declarada nula, acordar la restitución íntegra de dichas cantidades y empeorar con ello la posición del recurrente, porque dicha limitación no ha sido recurrida por el consumidor./ 2.– En su sentencia, el TJUE declaró que el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse

a una pasividad total de este./ 3.– En la fundamentación de la sentencia, el TJUE afirma que, en las circunstancias del presente asunto, el hecho de que un consumidor no haya interpuesto recurso en el plazo oportuno puede imputarse a que, cuando dictó la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15) ya había transcurrido el plazo en el que se podía interponer recurso de apelación o impugnar la sentencia en virtud del Derecho nacional. Por tal razón, el TJUE declara que no cabe considerar que el consumidor haya mostrado una pasividad total al no cuestionar ante un tribunal de apelación la jurisprudencia hasta entonces mantenida por el Tribunal Supremo. En estas circunstancias, el TJUE concluye que la aplicación de los principios procesales nacionales de justicia rogada, de congruencia y de prohibición de reformatio in peius, al privar al consumidor de los medios procesales que le permiten hacer valer sus derechos en virtud de la Directiva 93/13, puede hacer imposible o excesivamente difícil la protección de tales derechos, vulnerando de este modo el principio de efectividad./ 4.– Dada la contestación del TJUE a la cuestión prejudicial planteada por esta sala, procede estimar el recurso de casación formulado por la prestataria, revocar la sentencia de la Audiencia Provincial, desestimar el recurso de apelación, acordar la estimación de la pretensión principal de la demanda y condenar a Unicaja a restituir a la demandante la totalidad de las cantidades que cobró por la aplicación de la cláusula suelo declarada nula, así como condenarla al pago de las costas».

5. CLÁUSULAS DE CONVERSIÓN EN PRÉSTAMOS MULTIDIVISA

§ 18 En materia de **hipoteca multidivisa**, la *STS de 11 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2185)*, siguiendo, en entre otras, a su precedente *STS de 18 de enero de 2022*, considera que **la cláusula de conversión se había incluido en el contrato de autos sin respetar las debidas condiciones de transparencia**, 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 infragarantía. Para reforzar el argumento añade lo siguiente: «que la iniciativa de contratar el préstamo multidivisa o multimoneda partiera del consumidor no libera al predisponente de informar, con la suficiente antelación, sobre los riesgos del producto demandado ni excluye la insuficiencia e inadecuación de la información obtenida» y que este déficit de información no es inocuo para el consumidor «sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros, y se compromete en un contrato de préstamo que puede tener para él consecuencias ruinosas».

Como consecuencia, la sentencia aplica el **control de transparencia** y declara la nulidad de las cláusulas relativas a divisas del contrato de préstamo hipotecario concertado entre las partes, decretando asimismo que la cantidad adeudada por razón de dicha operación es el saldo vivo del préstamo referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado inicialmente en euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses, también en euros, utilizando como índice de referencia el Euribor.

En términos similares, se pronuncian la *STS de 24 de mayo de 2022 (JUR 2022, 192964)* y las *SSTS de 27 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4399)*, la segunda de las cuales en un supuesto en que, de nuevo, habían sido los prestatarios quienes acudieron al banco con la intención de contratar un préstamo bajo esta modalidad, atraídos por su inferior tipo de interés, hecho este que no impide apreciar la falta de transparencia: «Que los prestatarios solicitaran la contratación de dicho préstamo porque la cuota era inferior a los préstamos referenciados al Euribor no puede ser un argumento que excluya el carácter abusivo de las cláusulas. Parece lógico que la opción de los prestatarios por un préstamo de este tipo, en el que concurren elementos no habituales como son la divisa y la referencia al Libor, esté motivada porque en aquel momento, para un mismo capital, las cuotas del préstamo resultaban inferiores a las de los préstamos referenciados al Euribor./ Pero eso no excluye que la falta de transparencia, por déficit de información, de las cláusulas relativas a la divisa, no es inocua sino que provoca un grave desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe, y determina su carácter abusivo. Tampoco permite presuponer que incluso aunque hubieran sido informados de los riesgos los prestatarios habrían contratado el préstamo».

En el mismo sentido la *STS de 23 de mayo de 2022 (JUR 2022, 182156)* y la *STS de 24 de mayo de 2022 (JUR 2022, 193228)*, que declaran «la nulidad parcial del contrato, que supone eliminar las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros», la segunda de ellas en un supuesto en que la contratación se había iniciado de forma telefónica.

§ 19 Por la solución contraria optan la *STS de 23 de mayo de 2022 (JUR 2022, 194722)*, las *SSTS de 20 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4046)* y *(RJ 2022, 4049)* y la *STS de 21 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4395)*, por entender que en el supuesto en cuestión **el prestatario había sido correctamente informado**, asumiendo por ello el riesgo de forma consciente.

Lo mismo sucede con la *STS de 20 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4046)*, en un caso en que el prestatario recibió la información necesaria a través de un asesor financiero que él mismo había contratado: «se ha considerado probado en ambas instancias que, en la contratación del préstamo, los prestatarios estuvieron asesorados por un tercero (un agente financiero contratado por ellos a tal efecto) que les explicó perfectamente el funcionamiento y los riesgos del contrato, tanto en lo relativo a la influencia de la fluctuación de la divisa en las cuotas periódicas de amortización del préstamo, como en la posibilidad de que, pese a las amortizaciones parciales, pudiera incrementarse el capital debido. (...)

Lo anterior no queda enturbiado por el hecho de que la información fuera suministrada por el asesor contratado al efecto por los prestatarios y no directamente por la entidad prestamista. Resulta irrelevante el modo en que los consumidores llegan a ser conscientes de la carga jurídica y económica de la cláusula controvertida, puesto que lo determinante es que tengan dicho grado de conocimiento, que en este caso ha quedado probado».

Y también la *STS de 20 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4049)*, por la presencia, entre la documentación entregada al cliente y firmada por él, de un documento con explicaciones claras acerca de los distintos escenarios posibles de evolución de los tipos y del capital pendiente de amortización en función de cambios hipotéticos en la cotización de la moneda de referencia: «el anexo del documento ‘Solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria. Documento de primera disposición’, entregado a los prestatarios antes de la celebración del contrato, les informaba expresamente, con ejemplos y explicaciones fáciles de entender, de que: (i) la apreciación de la divisa en la que han contratado el préstamo implica un incremento (a) en la cuota y (b) en el capital pendiente de amortizar; (ii) el contravalor en euros del capital pendiente puede superar el contravalor inicial del préstamo, situación que se describe en el cuadro con las simulaciones; (iii) en caso de optar el prestatario por un cambio de divisa, el riesgo sobre del capital vivo se materializa, es decir, habrá que estar al capital pendiente en euros en el momento en que se realiza el cambio (al igual que en el caso de amortización anticipada)».

6. CLÁUSULA DE COMISIÓN POR INGRESOS EN CUENTA CORRIENTE

§ 20 La interesante *STS de 26 de abril de 2022 (RJ 2022, 2123)* declara abusiva la cláusula por la que se establece una comisión de 2€ para los ingresos en cuenta corriente realizados por terceros. La sentencia rechaza la excepción de falta de legitimación activa de la asociación de consumidores demandante, esgrimida por el banco, así como la objeción de que no se trata de una cláusula para el reclamante, puesto que con él no se mantiene relación contractual alguna. Pero su interés reside en la calificación de la cláusula como abusiva, bajo la consideración de que pretende responder a la prestación de servicio que ya resulta retribuido por la comisión de mantenimiento de la cuenta, careciendo de sustantividad propia las otras actuaciones que lleve el banco con motivo de recibir la cantidad ingresada, como la emisión de un justificante escrito: «El servicio de caja, retribuido por la comisión de mantenimiento de la cuenta corriente bancaria, es un conjunto de prestaciones específicamente bancarias consistentes, básicamente, en la realización de pagos y cobros por cuenta y en interés del cliente. Teniendo en cuenta lo anterior, la expresión del concepto del ingreso es una actuación inherente a la realización del propio ingreso, que constituye un cobro realizado por cuenta del titular de la cuenta bancaria. El desplazamiento patrimonial que supone el pago en efectivo por el tercero y el cobro por el titular de la cuenta ha de responder a una causa, por lo que es consustancial a dicha actuación que además

del importe y del origen y destino del dinero, conste el concepto a que responde ese desplazamiento patrimonial./ 6.– Además, la expresión de la causa de la transmisión patrimonial ('concepto' del ingreso) supone una utilidad no solo para el tercero que realiza el ingreso sino también para el titular de la cuenta corriente que paga la comisión de mantenimiento por el servicio de caja, pues le permite conocer la causa de dicho cobro./ 7.– También es inherente, en la práctica, al ingreso en efectivo la emisión del justificante escrito para entregarlo a quien lo realiza, en el que constan los datos básicos de tal ingreso (fecha, importe, identificación de la cuenta en que se hace el ingreso y de la persona que lo realiza), y entre tales datos básicos se encuentra el concepto del ingreso, que justifica su causa./ 8.– En definitiva, la expresión del concepto del ingreso (cobro para el titular de la cuenta) y su inclusión en el justificante escrito emitido por la entidad financiera carecen de una sustantividad propia, distinta de lo que constituye el servicio de caja, que permita que sea considerada como un servicio añadido al ingreso en efectivo en sí. Por consiguiente, estando este servicio de caja retribuido por la comisión de mantenimiento que paga el titular de la cuenta, el cobro al tercero que realiza el ingreso de una comisión añadida carece de justificación y es contraria al art. 3.1, párrafo segundo, de la Orden EHA/2899/2011 porque no retribuye ningún servicio efectivo distinto del que ya es objeto de retribución por el cliente en la comisión de mantenimiento de la cuenta».

7. CLÁUSULA DE COMISIÓN POR AMORTIZACIÓN ANTICIPADA

§ 21 Por último, la *STS de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2129)* corrige la declaración de nulidad que había hecho la Audiencia de la **cláusula que fijaba la comisión por amortización anticipada de un préstamo hipotecario** concluido en 2003 en el 1%, por superar este porcentaje los límites que para tal comisión imponía la Ley 41/2007 en su art. 8 (0,5% y 0,25%), siendo que la misma había establecido su carácter irretroactivo (art. 7). Para ello se apoyaba en una «interpretación conforme» de la norma con la Directiva 14/2017/UE, que todavía no había sido traspuesta. El TS casa la sentencia y declara la validez de la comisión, con apoyo en el principio de irretroactividad de las normas y en los límites a la regla de la «interpretación conforme», acuñados por la jurisprudencia europea: «Ciertamente, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho interno tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional (...) la interpretación hecha por la Audiencia Provincial no solo no es conforme con la Directiva 2014/17/UE sino que es abiertamente contraria a la misma, ya que también la directiva, al regular su ámbito temporal, establece expresamente su no retroactividad, pues de acuerdo con la disposición transitoria contenida en su art. 43, la directiva 'no se aplicará a los contratos de crédito en curso antes del 21 de marzo de 2016'».

III. OPERACIONES BANCARIAS

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

1. OPERACIONES BANCARIAS ACTIVAS O DE FINANCIACIÓN (CONTRATO DE PRÉSTAMO)

§ 22 Al margen del control de condiciones generales, pero también en el marco de los contratos de préstamo, traemos a colación la *STS de 12 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4199)* que retoma y aplica la doctrina del alto Tribunal sobre la interpretación que debe darse al requisito de la existencia de un **acuerdo en exclusiva** entre el comerciante o prestador de un servicio y la entidad de crédito que financia sus ventas a los clientes de aquel (consumidores), a los efectos de entender que se da una **relación de vinculación** entre el contrato comercial y el de financiación, en virtud de la cual el segundo ha de seguir la misma suerte que el primero, por aplicación de la ya derogada **Ley 7/1995, de crédito al consumo**. Se afirma la existencia de dicha vinculación entre unas entidades de crédito y unas empresas de prestación de servicios turísticos.

Para la existencia de vinculación no obsta el hecho de que se recabe la **colaboración de varias entidades financieras**, si la libertad de elección del cliente queda de hecho comprometida: «está acreditado en la instancia que hubo acuerdo con varias entidades (demandadas), no constando que los demandantes tuviesen libertad de elección con otras financiadoras, en el sentido establecido en el art. 15 de la Ley de Crédito al Consumo, en tanto se le efectuó una oferta limitada de financiación a determinadas entidades financieras, con las que de hecho se agruparon los consumidores, como se evidencia de la interrelación entre los recurrentes y los bancos recurridos, lo que determinó una exclusividad en cascada en la que en primer lugar se remitía a los consumidores al BBVA y si este no aceptaba el crédito, se pasaba a un segundo escalón de entidades financieras, por lo que la libertad de elección del consumidor quedaba comprometida./ En conclusión, existió un acuerdo previo entre el proveedor de servicios y las entidades bancarias, en el sentido establecido en el art. 15 de la LCC, en tanto que los consumidores eran remitidos ‘en masa’ a las entidades demandadas como primera o segunda opción, lo que comprometía la libertad de elección del consumidor. La agrupación de la infinidad de recurrentes en torno a un escaso número de entidades financieras es una manifestación no casual de la existencia de un acuerdo previo (no explícito) pero sí jurídicamente relevante en cuanto a su existencia y efectos».

Por aplicación del art. 15 LCC al supuesto, una vez decretada judicialmente la resolución y consiguiente ineficacia de los contratos de consumo con las empresas prestadoras, procede declarar asimismo la de los préstamos suscritos con las referidas entidades financieras, por lo que son inexigibles

las cuotas vencidas y no satisfechas de los referidos préstamos, debiendo las entidades financieras restituir todas las cantidades efectivamente satisfechas por razón de los préstamos, con sus intereses, desde la personación en juicio de los consumidores.

- § 23 En relación con los contratos de préstamo hipotecario véase también la reseña a la *STS de 4 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2129)*, sobre la **cláusula que fija la comisión por amortización anticipada**, en el apartado 2.7, § 21, de esta Crónica.

2. CUENTA CORRIENTE

- § 24 Véase la reseña a la *STS de 26 de abril de 2022 (RJ 2022, 2123)* sobre la abusividad de una **cláusula por la que se establece una comisión de 2€ para los ingresos en cuenta corriente realizados por terceros**, en el apartado 2.6, § 20, de esta Crónica.

IV. OTRAS CUESTIONES

1. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA LEY 57/1968 POR LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA POR LOS ADQUIRENTES DE VIVIENDAS

- § 25 En el marco de las sentencias sobre la aplicación de la *Ley 57/1968*, la *STS de 4 de abril de 2022 (RJ 2022, 1979)*, las *SSTS de 19 de abril de 2022 (RJ 2022, 2091 y 2271)*, la *STS de 3 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2370)*, las *SSTS de 17 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2655)* y *(RJ 2022, 2664)*, las *SSTS de 23 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2735)* y *(RJ 2022, 2742)*, las *SSTS de 30 de mayo de 2022 (RJ 2022, 2432)* y *(RJ 2022, 2817)*, la *STS de 5 de julio de 2022 (RJ 2022, 3661)* y la *STS de 12 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4042)* aplican la jurisprudencia sobre la **extensión cuantitativa de los avales**, señalando que la responsabilidad del avalista, aunque se trate de un aval colectivo y no se hayan entregado «certificados individuales», deriva del propio aval, y que su efectividad a la hora de responder frente a los compradores por la totalidad de los anticipos –incluyendo la cantidad correspondiente a reserva o señal– 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. A ello no obsta el hecho de que el adquirente haya firmado un recibí de la cantidad entregada a cuenta, que no puede interpretarse como una renuncia al ejercicio de su derecho (*STS de 12 de septiembre de 2022 [RJ 2022, 4042]*).

- § 26 El banco avalista no responde, en cambio, por las cantidades entregadas por el adquirente que no tengan reflejo en el contrato (*STS de 5 de julio de 2022 [RJ 2022, 4042]*). Tampoco no responde si la falta de entrega se produce por la previa resolución del contrato instada por el adquirente, haciendo uso de una cláusula contenida en el mismo que le faculta para ello en caso de no obtener los recursos financieros necesarios para hacer frente a la compra: «en el régimen de la Ley 57/1968 lo que se garantiza al comprador es la devolución de las cantidades anticipadas ‘para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el tiempo convenido’ (art. 1.1.^a), de modo que la responsabilidad legal de las entidades de crédito establecida en la condición 2.^a del art. 1 de la misma ley solo nacerá en esos mismos casos de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, no en los de resolución o extinción del contrato por otras causas como el mutuo disenso o la imposibilidad del comprador de pagar el precio aunque, como en el presente caso, la imposibilidad por no obtener financiación se reconozca en el contrato como determinante del derecho del comprador a resolverlo» (*STS de 6 de junio de 2022 [RJ 2022, 2863]*).
- § 27 Además, según la *STS de 26 de julio de 2022 (RJ 2022, 3393)*, ni el banco depositario ni el avalista responden si las cantidades se entregan por una tercera sociedad, sin ingresarlas en la cuenta habilitada a tal efecto y sin que se haga mención alguna a la Ley 57/68 en el contrato de compraventa con los adquirentes efectivos. La entidad depositaria no pudo conocer ni controlar el origen de los pagos, puesto que los mismos se hicieron a través de una sociedad limitada de un despacho de abogados, sin identificación de los compradores. En relación con la avalista, no se había acreditado la concurrencia de ninguna circunstancia en virtud de la cual pudiera haberse generado una situación de confianza en los compradores de encontrarse cubiertos por una garantía.
- § 28 La *STS, Pleno, de 27 de abril de 2022 (JUR 2022, 157839)*, la *STS de 14 de junio de 2022 (RJ 2022, 2878)* y la *STS de 21 de junio de 2022 (RJ 2022, 3368)*, importantes más por las cuestiones procesales que plantean y resuelven que por sus decisiones sobre el fondo, consideran responsable al banco depositario de las cantidades entregadas a cuenta por no asegurarse de la emisión del aval o garantía para afianzar su devolución, en un caso en que los reclamantes eran los socios de una cooperativa de viviendas, siguiendo la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala desde su sentencia 733/2015, de 21 de diciembre (RJ 2015, 5403).
- § 29 Por su parte, la *STS de 19 de abril de 2022 (RJ 2022, 2271)* recuerda 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.

- § 30 Finalmente, la *STS de 4 de abril de 2022 (RJ 2022, 1981)* y la *STS de 8 de junio de 2022 (RJ 2022, 3130)* reiteran que **las obligaciones que impone el art. 1 de la Ley 57/1968 no se extienden al banco descontante** "porque 'el carácter abstracto, y autónomo que la Ley Cambiaria y del Cheque confiere a las obligaciones cambiarias que se incorporan a la letra de cambio' determina que la parte compradora no pueda oponer frente al banco tenedor de la letra las excepciones causales, fundadas en 'la relación subyacente de la que deriva la relación cambiaria', al no constar en este caso que dicho banco descontante hubiera procedido a sabiendas en perjuicio del deudor».
- § 31 En cualquier caso, como indican la *STS de 25 de abril de 2022 (RJ 2277)*, la *STS de 5 de mayo de 2022 (JUR 2022, 157418)*, la *STS de 27 de junio de 2022 (RJ 2022, 3059)* y la *STS de 12 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4043)*, **la Ley 57/68 no protege a quienes adquieren las viviendas con una finalidad de inversión**, como ocurría en los respectivos supuestos enjuiciados. En uno de los casos, la demandante era una sociedad mercantil adquirente de dos viviendas en la misma promoción (*STS de 25 de abril de 2022 [RJ 2022, 2277]*); en otro concurrían «múltiples indicios de la finalidad especulativa de las compraventas», como la supuesta compra de una tercera vivienda, que los adquirentes tuvieran su residencia en una ciudad distinta de la localización de las viviendas, la obtención de una rebaja significativa en el precio a cambio de pagos en metálico y, sobre todo, la inclusión en los dos contratos de una estipulación negociada que permitía a la parte compradora ceder el contrato a terceros (*STS de 5 de mayo de 2022 [JUR 2022, 157418]*); en otro porque el inmueble que se adquiere viene constituido por una «unidad alojativa» en régimen de apartahotel destinada, como el conjunto en que se integraba, a una finalidad de explotación hotelera (*STS de 27 de junio de 2022 [RJ 2022, 3059]*). En tales casos, el eventual pacto *ad hoc* de que se emita un aval para garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta se registrará por lo pactado y no por el régimen tuitivo de la Ley 57/1968 (*STS de 25 de abril de 2022 [RJ 2022, 2277]*).

2. REGISTROS DE SOLVENCIA Y CONTROL DE RIESGOS

- § 32 La *STS de 14 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4197)* analiza la validez de la inclusión de un prestatario –aunque de un préstamo no bancario– en un **registro de impagados**, extrayendo dos conclusiones de interés sobre la misma. La primera de ellas es que **no resulta relevante la discordancia entre el montante de la deuda reclamada y el que aparece inscrito en el registro**: «La discordancia entre la cantidad por la que se practicó el requerimiento de pago en 2017 y la que en el año 2020 figura en el fichero de solvencia patrimonial no determina por sí sola que haya existido una vulneración del derecho al honor de la demandante. Como afirmamos en la sentencia 671/2021, de 5 de octubre, 'lo verdaderamente relevante para que pudiera considerarse infringido el derecho al honor de los demandantes [...] no es tanto la corrección de la concreta cantidad en

que el banco cifró la deuda, sino que se hubiera comunicado a la CIRBE sus datos personales asociados a datos económicos de los que resultara su condición de morosos, sin serlo realmente'».

La segunda conclusión que se alcanza reside en considerar **válido el requerimiento hecho por SMS** si este es el cauce de comunicación establecido por las partes en el contrato: «En el contrato firmado por las partes se previó que las notificaciones entre las partes pudieran realizarse, entre otros medios, por SMS y correo electrónico. La demandada realizó el requerimiento de pago previo a la comunicación de los datos al fichero común de solvencia patrimonial mediante un SMS enviado al número de teléfono que la demandante comunicó al celebrar el contrato y un mensaje enviado a la dirección de correo electrónico facilitada por la demandante de la misma forma./ Tales comunicaciones se hicieron con la intervención de un tercero de confianza previsto en el art. 25 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la redacción que dicho precepto tenía en el momento temporal relevante, que es lo que el apartado 36 del art. 3 del Reglamento n.º 910/2014 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, denomina un 'servicio de entrega electrónica certificada'. Este tercero de confianza ha informado sobre la remisión de los mensajes y su recepción en el número de teléfono y dirección de correo electrónico comunicados por la deudora al suscribir el contrato, con los efectos previstos en el art. 43 de dicho reglamento». No se trata de una cuestión baladí, habida cuenta de que el requerimiento constituye un acto con trascendencia jurídica: «el requerimiento previo de pago es un acto de comunicación de carácter recepticio que exige una constancia razonable de la recepción de la comunicación por el destinatario, por más que existan diversos medios de probar tal recepción».