

# Contrato con una entidad bancaria de producto financiero

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

## Enunciado

Una persona (consumidora) contrata con una entidad bancaria un producto financiero complejo: un préstamo con condiciones generales de la contratación, con cláusula suelo e interés variable; después, tras la novación, se confecciona un nuevo convenio que modifica el tipo de interés, concretando dos periodos: en el primero se establece un tipo fijo; en el segundo concierta uno variable con el diferencial y el índice de referencia prefijados en la original escritura de préstamo. Se suprime definitivamente la cláusula suelo. Sucede, además, que en dicho convenio se incluye una cláusula de renuncia de acciones contra la entidad bancaria, una vez aceptada la novación. A su vez, esa persona había efectuado un requerimiento al banco para que, en un plazo de 10 días, dejara sin efecto la cláusula suelo, y con devolución de las cantidades indebidamente cobradas. El banco contestó al requerimiento justo el décimo día y pidió al cliente la reclamación previa a la entidad antes de proceder judicialmente, y a contar desde que recibió el burofax. El prestatario, un día antes presentó la demanda. Alegó, además, que el contrato era nulo por defectos de información precontractual, al tratarse de un producto financiero complejo.

Cuestiones planteadas:

- a) ¿Cómo debe interpretarse, al hilo de la doctrina consolidada, este tipo de modificaciones sustanciales del préstamo inicial para que no haya dudas de su legalidad?
- b) ¿La cláusula de renuncia de acciones es válida?
- c) ¿La reclamación previa del banco, así definida, es correcta? ¿Qué posibilidades legales podrían darse para que el banco no hubiera actuado de mala fe ante el requerimiento de pago del consumidor y la reclamación del banco para el acuerdo para la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la cláusula suelo?
- d) ¿La comercialización de productos financieros complejos sin cumplir con los deberes de información impuestos por la normativa MiFID permite resolver el contrato?

## Solución

a) ¿Cómo debe interpretarse, al hilo de la doctrina consolidada, este tipo de modificaciones sustanciales del préstamo inicial para que no haya dudas de su legalidad?

La primera cuestión nos plantea, dada la posibilidad de una novación, un cambio del contenido de lo contratado inicialmente en el préstamo: la forma adecuada para que no sea nulo por falta de transparencia o de información. Ni que decir tiene que no es lo mismo la edad en todo caso del prestatario. No es lo mismo, por ejemplo, que el prestatario tenga 18 o 35 años; no lo es tampoco que sea o no una persona especializada en el mundo de las finanzas; y no es igual que la persona, por su formación, dentro de la medida, pueda comprender lo que firma, o que por falta de aquella (o de capacidad) carezca de comprensión; porque, en este caso, la información ha de ser transparente, ha de procurar la fácil comprensión tanto de los efectos financieros para el presente como por las implicaciones futuras del devenir financiero del producto contratado.

Por otro lado, si el convenio –el nuevo convenio a que hace referencia el caso– aparece redactado de forma clara y comprensible, deduciéndose sin problemas de su interpretación que en principio el interés es fijo, para después pasar a ser variable, con el índice de referencia original, y eliminando la cláusula suelo –razón de ser fundamental de la novación–, si figura redactado así, difícilmente puede declararse abusivo. Por ello, en las sentencias de pleno 580 y 581/2020, de 5 de noviembre,

es relevante el contexto en el que se lleva a cabo la novación, después de que la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo (NCJ057740), provocara un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían las exigencias de transparencia.

Y esto es conforme a la doctrina sentada por la STJUE de 9 de julio de 2020 (NCJ064888), que declaró posible que la cláusula suelo nula pudiera ser modificada después; ahora bien, producida esta modificación a que hace referencia el caso –incluso por documento privado–, si no se negocia individualmente entre el prestamista y el prestatario, debe cumplir, «entre otras exigencias, con las de transparencia».

Por consiguiente, la pregunta debe contestarse así: la adecuada transparencia, la información, la condición o naturaleza del consumidor prestatario son requisitos que hace o no viable la validez de la modificación, de la novación. Porque, como dice la jurisprudencia sobre la que tratamos de ilustrar, si el interés fijo se sustituye después por otro variable, suprimiendo la cláusula suelo, pero manteniendo el índice de referencia del original contrato, puede entenderse que se supera «el control de transparencia, pues un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de esa novación».

Hemos hecho referencia a la información necesaria para la novación correcta, pero ¿cómo debe entenderse para que el prestatario no pueda impugnarla por vicios en el consentimiento? Se trata de saber, razonablemente, las consecuencias económicas de lo que firma. Cuestión difícil, porque el futuro del mercado, de las finanzas, es una elucubración; sin embargo, las entidades, al encontrarse en una posición de ventaja, que deriva de su especialidad y del espacio económico en el que se desenvuelve su actividad, es lógico pensar que sus criterios derivan del conocimiento y explicación de los diferentes sectores que intervienen o informan (Banco de España, los mercados nacionales e internacionales, por ejemplo). Cuestión diferente sería que una cláusula suelo se haya novado por otra más baja, es decir, que se mantenga una cláusula suelo con un índice menor de interés a satisfacer. En tal caso, el TJUE ha declarado que

por lo que se refiere a las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula suelo, coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula suelo, debe señalarse que, en principio, esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional –en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información requeridos a este respecto– haya puesto a su disposición todos los datos necesarios.

Los datos necesarios son, por tanto, elementos importantes de información tanto si se elimina como si se mantiene la cláusula.

b) ¿La cláusula de renuncia de acciones es válida?

La respuesta es fácil, pues se constriñe, una vez más, a la transparencia y válida información. Si la entidad no aporta esos elementos, no se ha conformado válidamente la voluntad del prestatario, porque este no ha podido conocer mínimamente las consecuencias de su renuncia. Dice la jurisprudencia al respecto, en la sentencia de 63/2021, de 9 de febrero:

La consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, al no haber podido conocer el consumidor sus consecuencias jurídicas y económicas, consecuencias que no se advierten beneficiosas para el consumidor, es su consideración como abusiva, lo que lleva, por tanto, a que declaremos su nulidad de pleno derecho.

Al fin y al cabo, el artículo 83 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, no puede ser más claro: «Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». Lo mismo se deduce del 8.2, porque en él se indica que los derechos de los consumidores gozarán de una «especial protección». Ídem Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Citamos este precepto de la directiva como muchos otros que protegen al consumidor por su especial vulnerabilidad, y no solo de contratos escritos, sino también de los verbales. Aquí, en el caso, se plantea una novación escrita.

c) ¿La reclamación previa del banco, así definida, es correcta? ¿Qué posibilidades legales podrían darse para que el banco no hubiera actuado de mala fe ante el requerimiento de pago del consumidor y la reclamación del banco para el acuerdo para la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la cláusula suelo?

El prestatario formula un requerimiento al banco para que, en el plazo de 10 días, elimine definitivamente la cláusula suelo. Según se dice en el caso, «el banco contestó al requerimiento justo el décimo día a contar desde que recibió el burofax, solicitando al cliente que reclamara previamente a la entidad, previamente a la interposición de la demanda judicial. El prestatario, un día antes, presentó la demanda». Y el banco reclama previamente al consumidor conforme indica el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo: «Las entidades de crédito deberán implantar un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales, que tendrá carácter voluntario para el consumidor y cuyo objeto será atender a las peticiones que estos formulen en el ámbito de este real decreto-ley».

En principio, ese requerimiento no puede considerarse realizado de mala fe, pues la norma lo permite; otra cosa es que no sea vinculante para el prestatario. Al fin y al cabo, la razón de esta norma es precisar un serie de medidas que faciliten el reintegro de cantidades «indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria». Por consiguiente, por un lado, el consumidor está en su derecho de demandar, pero, por otro, el banco puede acudir al requerimiento previo de ese artículo 3.

Y es por ello que la jurisprudencia, en estos supuestos, nos recuerda lo siguiente:

El comportamiento del banco no puede calificarse de mala fe. Cuando recibió el requerimiento de los prestatarios, por un plazo de ocho días, estaba en vigor el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, que establecía un sistema de reclamación extrajudicial para la resolución de las controversias sobre la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, que preveía una duración máxima de tres meses. El banco contestó al octavo día del requerimiento y ofreció el trámite de reclamación extrajudicial del artículo 3 del RDL 1/2017.

Sin embargo, la demanda había sido presentada el día anterior. En esa tesitura el comportamiento del banco de solicitar del juzgado la suspensión para tratar de resolver la reclamación de forma extrajudicial, y, al no aceptar la suspensión el juzgado, allanarse a la demanda, siempre dentro del plazo para contestar a la demanda, no puede calificarse de mala fe.

La consecuencia que se deriva, en definitiva, es que la demanda puede seguir su curso, pero cabe el allanamiento del banco y la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, pidiendo en la audiencia la suspensión para el acuerdo. Sin embargo, no es del todo claro, porque el banco pudo y debió pagar al consumidor evitándole la incoación de un proceso judicial. Por ello, la STS núm. 131/2021, de 9 de marzo (rec. núm. 5108/2017) nos recuerda que

el requerimiento que determina la existencia de mala fe en la entidad financiera que no accede a satisfacer lo que se le exige (y que conlleva su condena en costas aunque posteriormente se allane a la demanda) es aquel que es apto para evitar el litigio, porque da a la requerida la oportunidad real de satisfacer extrajudicialmente la pretensión que se le formula, de modo que, si no lo hace, pone al consumidor en la necesidad de acudir a los tribunales para desvincularse de la cláusula abusiva y conseguir la reversión de sus efectos.

Podemos afirmar, en definitiva, que en este caso el banco contesta al consumidor ofreciendo el requerimiento dentro del plazo, y si además pide la suspensión, asumiendo el compromiso de pago, y se allana, no puede hablarse de mala fe en su comportamiento. No serían susceptibles las costas procesales.

d) ¿La comercialización de productos financieros complejos sin cumplir con los deberes de información impuestos por la normativa MiFID permite resolver el contrato?

Aquí la materia que se trata es la de las consecuencias jurídicas que tendría el negocio realizado, cuando la información precontractual es incorrecta o deficiente. En el fondo, aunque el caso no lo dice expresamente, nos estamos refiriendo al cumplimiento de la normativa MiFID. Queremos saber si procede la nulidad, la anulabilidad, si el defecto es subsanable, etc., pues siempre hay una conexión entre la transparencia y la información y las consecuencias jurídicas, pero la naturaleza compleja de los contratos financieros y la llamada normativa MiFID ha generado una jurisprudencia uniforme que proporciona la solución que se dirá.

Conviene aclarar primero que esa normativa (*markets in financial instruments directive*) ha sido impuesta por la UE, mediante la trasposición de una Directiva núm. 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva, 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, y que recoge –con obligado cumplimiento– recomendaciones sobre la transparencia en los mercados financieros: el Real Decreto 1464/2018, de 21 de diciembre. El artículo 1 de este real decreto lo dice claramente:

Este real decreto tiene por objeto el desarrollo del Real Decreto-ley 21/2017, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores, y del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

Si partimos de que las cláusulas suelo pueden ser consideradas complejas, de difícil comprensión, nos adentramos en el terreno de las recomendaciones financieras de obligado cumplimiento. Habría que ver, por tanto, si el consumidor ha recibido la información precontractual anterior a la firma de la escritura de préstamo. Esta previa información es la que puede permitir al futuro prestatario comparar ofertas, o simplemente tener la información precisa que le permita elegir una u otra opción, y con tiempo suficiente. Es decir, si cada entidad proporciona la información precontractual, el consumidor tendrá distintas ofertas, pudiendo elegir con más libertad y mejor información; pues se supone que cada entidad tiene la misma obligación de información precontractual, ampliándose así el abanico de opciones.

Es, simplemente, poder poseer el conocimiento para decidir el producto financiero con repercusión, sin que en el futuro se pueda alegar ningún vicio en el consentimiento, ni ningún incumplimiento por parte de la entidad bancaria. Es saber lo que se hace y decidir con criterio. Y por ello, la sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre (NCJ058799), nos recuerda que:

En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos mantenido en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas (sentencia 655/2021, de 4 de octubre). Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio [NCJ062413], y las que en ella se citan).

El caso nos sugiere, por consiguiente, la aplicación o no del artículo 1124 del CC: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe». ¿Es nulo el contrato que contempla una cláusula suelo compleja? Sucede que el defecto de información se produciría en una fase previa al contrato, en una etapa precontractual, que por supuesto vicia el consentimiento posterior. El incumplimiento de la normativa MiFID, por consiguiente, es previo a la firma del préstamo, y esto permite la anulación del contrato y la petición de una indemnización por daños y perjuicios por defectos de asesoramiento. La falta de un adecuado asesoramiento puede alterar el «proceso de formación» de una voluntad contractual correcta.

En la comercialización de los productos financieros complejos sujetos a la normativa MiFID,

el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento. [...] Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual.

Se estima el recurso de casación.

En consecuencia, el contrato es anulable y el defecto no subsanable.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1.124.
- Real Decreto-ley 1/2017 (medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo), art. 3.
- Real Decreto legislativo 1/2007 (TR de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), arts. 8.2 y 83.
- Real Decreto 1464/2018 (TR de la Ley del mercado de valores), art. 1.
- STJUE de 9 de julio de 2020.
- ATJUE de 3 de marzo de 2021.
- SSTS 241/2013, de 9 de mayo; 464/2014, de 8 de septiembre; 479/2016, de 13 de julio; 367/2017, de 8 de junio; 170/2018, de 23 de marzo; 172/2018, de 23 de marzo; 62/2019, de 31 de enero; 646/2019, de 28 de noviembre; 580 y 581/2020, de 5 de noviembre; 131/2021, de 9 de marzo; 485/2022, de 15 de junio; 510/2022, de 28 de junio, recurso de casación 4559/2018; 552/2022, de 8 de julio, y 562/2022, de 12 de julio.