



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Pablo Sánchez Martín



BOLETÍN DIGITAL CIVIL

NUMERO 18. OCTUBRE 2017

LA LEGITIMACIÓN DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EN LOS PROCESOS CIVILES. PROBLEMÁTICA JURISPRUDENCIAL

PABLO SÁNCHEZ MARTÍN
Magistrado
Juzgado de Primera Instancia nº 1. Cádiz

PRODUCTOS BANCARIOS Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. DIFERENCIAS DE TRATO

EUGENIO PIZARRO MORENO
Profesor Titular Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide



www.ajfv.es

AJFV

1.- LA LEGITIMACIÓN DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EN LOS PROCESOS CIVILES. PROBLEMÁTICA JURISPRUDENCIAL

PABLO SÁNCHEZ MARTÍN

Magistrado

VOCES: Comunidad de Propietarios, Presidente, Legitimación, Jurisprudencia.

Se constata la existencia de criterios jurisprudenciales contradictorios para resolver la cuestión de legitimidad del Presidente de la Comunidad de Propietarios en orden al ejercicio de acciones en defensa de los intereses de los condóminos, cuando en otras ocasiones se atribuye dicha legitimación a cualquiera de los condóminos aun cuando no haya acuerdo de la Junta de Propietarios en orden al ejercicio de acciones en nombre de la Comunidad.

COMENTARIO

Señala la Exposición de Motivos (EM) de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH), que, teniendo en cuenta la concurrencia de una colectividad de personas en la titularidad de derechos que recaen sobre fracciones del mismo edificio y dan lugar a relaciones de interdependencia, confía el adecuado funcionamiento del régimen de propiedad horizontal a tres órganos: la Junta, el presidente y el administrador.

La Junta, que se compone por todos los titulares y tiene los cometidos propios de un órgano rector colectivo, en tanto que el cargo de presidente, que solo podrá ser nombrado de entre quienes ostente la condición de propietarios, lleva implícita la representación de todos los titulares en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que le afecten (art. 13 Ley de Propiedad Horizontal).

Con ello se pretendía salvar, según la EM, “el delicado problema de legitimación que se ha venido produciendo.”

Así, cabría entender que el único legitimado para el ejercicio de acciones en defensa de los intereses de la Comunidad de Propietarios (CCPP) es el Presidente, por cuanto al mismo le corresponde la defensa y representación de aquella, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que le afecten, y siendo necesario para ello que esté debidamente facultado, por acuerdo adoptado por la Junta para entablar acciones legales, de conformidad al vigente artículo 14 e) de la Ley de Propiedad Horizontal.

Sin embargo este tema sigue lejos de obtener una respuesta uniforme por los tribunales.

La STS nº 699/2011, de 10 de octubre (Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos) pretende fijar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión.

Como antecedentes cabe citar que la sentencia de primera instancia estima que el acuerdo por el que se faculta al presidente a ejercer acciones legales era nulo al adoptarse en junta de propietarios no constituida legalmente.

Dicha sentencia fue recurrida, estimándose el recurso interpuesto al entender la Audiencia Provincial que, si bien el acuerdo adoptado por la Junta relativo a autorizar al Presidente para ejercitar acciones judiciales contra el copropietario era nulo, sin embargo reconoció que el presidente ostentaba legitimación activa para ejercitar la acción interpuesta al actuar en defensa de los intereses de la comunidad de propietarios, por lo que no requería de previa autorización de la Junta de Propietarios.

El copropietario afectado interpone recurso de casación alegando que con aplicación de la doctrina jurisprudencial declarada en SsTS de 6 de marzo de 2000, 11 de diciembre 2000 y 1 de marzo de 1984. el presidente de la comunidad de propietarios precisa de un acuerdo,

válidamente adoptado en Junta de Propietarios, para instar acciones judiciales en defensa de aquella. En el supuesto enjuiciado y al haberse acordado en la sentencia recurrida la nulidad tanto de la Junta de Propietarios, como del acuerdo adoptado relativo a la autorización al presidente de la comunidad para instar acciones judiciales contra el copropietario, aquél no ostenta legitimación activa para ejercitar la acción interpuesta.

La respuesta dada por el Tribunal Supremo a la cuestión planteada es contundente “La doctrina jurisprudencial pese a no desconocer que el Presidente de la Comunidad de propietarios asume la representación orgánica de la Comunidad declara que la actuación del presidente en defensa de aquella ha de autorizarse a través de un acuerdo adoptado válidamente en el ámbito de las competencias de la comunidad, ya que de conformidad con el artículo 13.5 de la Ley de Propiedad Horizontal es a la Junta de Propietarios a la que corresponde «conocer y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad acordando las medidas necesarias o convenientes para el mejor servicio de la comunidad. Así mismo la jurisprudencia es clara cuando exige que el acuerdo para actuar en juicio en defensa de los intereses de la Comunidad es requisito indispensable atribuido a la Junta de Propietarios, y cita en apoyo de esta tesis tres sentencias de la Sala de lo Civil del TS, cuales son la de 11 de diciembre de 2000, 6 de marzo de 2000 y 23 de diciembre de 2005.

La STS reprocha la solución dada por la AP por estimar que la solución dada por ésta, de estimar legitimado al Presidente de la Comunidad no obstante estimar que el acuerdo por el que se le facultaba para el ejercicio de acciones estaba viciado de nulidad, por cuanto el tribunal de apelación resuelve en contradicción con la doctrina jurisprudencial fijada al efecto, según la cual, el Presidente para ejercitar acciones en defensa de la comunidad tendrá que hallarse autorizado por acuerdo válidamente adoptado en Junta de Propietarios, y concluye **“Por lo expuesto, se declara como doctrina**

jurisprudencial la necesidad de un previo acuerdo de la junta de propietarios que autorice expresamente al presidente de la comunidad para ejercitar acciones judiciales en defensa de esta.”

Si bien la jurisprudencia no se integra dentro de las fuentes del derecho (art. 1.1 del Código Civil), dispone no obstante que la misma complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho (art. 1.6 del Código Civil).

Así el TS entiende que la jurisprudencia es considerada por el artículo 1.6 del Código Civil como complemento del ordenamiento jurídico en el sentido de aplicar e interpretar las leyes con unidad de criterio, de fundamentar un recurso de casación, y de elaborar el Derecho vivo actualizando la ley, evolucionando en su realización práctica y constituyendo, en fin, la forma viva del derecho (STS 557/2001, de 31 de mayo).

Sin embargo, no parece que en la práctica dicha función esté pronta a cumplirse, pues analizadas diversas resoluciones del tribunal Supremo sobre esta cuestión, más parece que nos encontramos ante una jurisprudencia de ponentes que ante una efectiva jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ciertamente no son pocas las resoluciones dictadas por Audiencias Provinciales, de fecha posterior a la citada STS de 10 de octubre de 2011, que se aparta de la doctrina jurisprudencial fijada en la misma, si bien, como puede observarse, la opción por una distinta solución a la dada por la citada STS de 10 de octubre de 2011, no parece una posición caprichosa o falta de fundamentación; antes al contrario, se tiene en cuenta diversas resoluciones dictadas por el propio Tribunal Supremo, tanto con anterioridad como posteriores a la citada sentencia que dice fijar doctrina jurisprudencia sobre la cuestión.

Así la SAP Cádiz (Sección 2ª) nº 187/2014 de 31 de julio señala

“No hace falta abundar en la conocida tesis que atribuye legitimación a cualquier comunero -no solo de los integren una comunidad proindiviso ordinaria, sino también de los constituidos en régimen de Propiedad Horizontal- para ejercitar acciones respecto de asuntos comunitarios siempre y cuando actúen en beneficio de la comunidad y aprovechen a todos los comuneros.”

Por su parte la SAP de Murcia (Sección 5ª) nº 220/2012, de, reconoce la legitimación de cualquier comunero para el ejercicio de acciones en defensa de los elementos comunes. Plantea el problema de la legitimación activa del comunero que actúa en interés de la CCPP sin tener la condición de presidente de la misma, bajo el prisma de la nueva regulación dada por la vigente Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, pues refiere que “En la actualidad, está en vigor el artículo 7.6 de la citada Ley Procesal , que sólo permite comparecer en juicio a quién la Ley conceda representación, por lo que la aplicación literal de la norma nos llevaría exclusivamente a admitir la representación legal del Presidente, o en su caso, del Vicepresidente que le sustituye.”

Se basaba dicha interpretación en la STS 30 de diciembre de 2009 que venía a establecer que, desde la publicación de la Enjuiciamiento Civil 1/2000, y estando en vigor el artículo 7.6 de la citada Ley Procesal, sólo permite comparecer en juicio a quién la Ley conceda representación, y el artículo 7.6, respecto a la comparecencia en juicio y representación, por parte de las entidades sin personalidad a que se refiere el apartado 5º del artículo 6.1º, llegaba a la conclusión de que con fundamento en los artículo 7 y 12 LPH, sus acciones solo podía ejercitarlas el presidente de la comunidad de propietarios, que es quien ostenta legalmente la representación de la comunidad.

Pero añade que dicha sentencia no tuvo continuidad, pues la STS 28 de junio de 2011 volvía a retomar la tesis de que "La legitimación de los comuneros propietarios para ejercitar acciones individualmente en defensa de los elementos comunes ha sido admitida reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala tal y como pone de relieve la sentencia de

7 de octubre de 1999 con cita de otras".

Posteriormente la STS n° 594/2014, de 30 de octubre (Ponente Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller) rechaza que el vigente artículo 7.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil suponga un obstáculo a reconocer legitimación activa a los condóminos como directamente interesados, pues en modo alguno impide que éstos puedan ejercitar las acciones que beneficien a la comunidad y viene a mantener, con cita de otras resoluciones del más Alto Tribunal, la legitimación de cualquier condómino para defender los intereses generales.

Y cita en apoyo de dicha argumentación la STC 115/1999 de 14 de junio, que aun cuando analiza el hecho de que al demandante de amparo, le fue denegada su personación en el proceso por una resolución del Letrado de la Administración de Justicia (mediante Diligencia de Ordenación) de la que no se dio cuenta al titular del órgano judicial, sin embargo viene a señalar que *«aunque en la práctica y como licencia del lenguaje, las comunidades de propietarios de un edificio constituido bajo el régimen de la propiedad horizontal dicen actuar como demandantes y como demandados a través de su presidente, en virtud de la llamada "representación orgánica" que le reconoce el actual art. 13 LPH, en rigor son los propietarios del edificio, en cuanto propietarios constituidos bajo el régimen de la propiedad horizontal, los que actúan a través de la figura del presidente de la Junta de propietarios que ostenta "ex lege" la representación de dichos propietarios en los asuntos que afectan a la Comunidad...»* ; a lo que añade *«así lo ha reconocido, por lo demás, la jurisprudencia civil, que, asimismo, ha declarado que cada propietario, pese a la representación orgánica que ostenta el presidente de la Comunidad de Propietarios, está legitimado para actuar en defensa de sus derechos en los casos de pasividad o incluso de oposición de la comunidad, por cuanto que la situación de propiedad horizontal no es propiamente una situación de comunidad, sino un régimen jurídico-real al que se sujeta la llamada "propiedad separada" (art. 396 Cc) ... Por ello, cada propietario debe estar*

facultado, en principio, para el ejercicio y defensa de sus derechos con independencia de los restantes propietarios, en términos y condiciones que no corresponde a este Tribunal precisar.....».

La STS 520/2005, de 27 de junio señala que “Para poder afirmar que existe un conjunto de sentencias y un criterio constante o una doctrina es preciso que más de una sentencia resuelva una cuestión en el mismo sentido, con el mismo criterio; es decir, que sea reiterada, lo cual exige el propio Tribunal Supremo, para lo que bastan dos sentencias con la misma doctrina. No significa que tengan que darse casos idénticos, sino la misma cuestión que es resuelta con un mismo criterio.”

El problema pues, surge cuando nos encontramos con diversas sentencias que resuelven una misma cuestión con un determinado criterio, al tiempo que otras sentencias del mismo Alto Tribunal resuelven la misma cuestión con distinto criterio.

Cual será entonces la jurisprudencia a seguir, o dicho de otro modo, cabe entender que existe infracción de la doctrina jurisprudencial por resolver siguiendo uno u otro criterio de los establecidos “reiteradamente” por el Tribunal Supremo.

Quizá cabría exigir que la doctrina del Tribunal Supremo cumpliera con efectividad la función de servir de complemento del ordenamiento jurídico en el sentido de aplicar e interpretar las leyes con unidad de criterio.

[Roj: STS 6992/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6992](#)

[Roj: STS 4341/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4341](#)

2.- PRODUCTOS BANCARIOS Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. DIFERENCIAS DE TRATO

EUGENIO PIZARRO MORENO

Profesor Titular de Derecho Civil

VOCES: Contratos bancarios, Participaciones preferentes, Hipoteca Multidivisa, SWAPS.

Estamos asistiendo a un colosal aumento de asuntos que desembocan en el TS a raíz de la contratación bancaria, bien sea con empresas bien con consumidores o usuarios. Nos interesa en este trabajo de investigación analizar si en la resolución de cuestiones que llegan al Alto Tribunal a través del recurso de casación, en relación con los productos bancarios y los consumidores, se están dando soluciones que afectan a la estructura tradicional de la institución propia del Derecho contractual y patrimonial civil.

COMENTARIO

1. Breves nociones de los diferentes productos bancarios y sus características.

Nos centraremos en la definición legal y el trato que da el TS a 3 productos financieros: preferentes, hipotecas multidivisa y swaps.

Se denominan participaciones preferentes a “aquellos títulos emitidos a perpetuidad, *por una sociedad con una rentabilidad generalmente variable y no garantizada y que no confieren a su poseedor ni participación en el capital, ni derecho a voto, ni derecho de*

suscripción preferente”¹.

La “hipoteca multidivisa” es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera.

Una permuta financiera o swap es un contrato por el cual dos partes se comprometen a intercambiar una serie de cantidades de dinero en fechas futuras. Normalmente los intercambios de dinero futuros están referenciados a tipos de interés, aunque de forma más genérica se puede considerar un swap cualquier intercambio futuro de bienes o servicios (entre ellos de dinero) referenciado a cualquier variable observable.

2. Riesgos asociados a cada producto.

En cuanto a las preferentes, podemos identificar:

-Riesgo de mercado: Al no tener vencimiento, es un título expuesto a fuertes variaciones ante la fluctuación de los tipos de interés;

-Riesgo de contraparte en los intereses: interés normalmente condicionado a que la sociedad obtenga beneficios;

-Riesgo de contraparte en el principal: Si se deteriora la solvencia del emisor, las participaciones sufrirán una pérdida de valor que es muy superior a un bono normal, ya que las acciones preferentes no tienen vencimiento.

¹ ARCO JUAN, F. J. página web <http://www.expansion.com/diccionario-economico/participaciones-preferentes.html>. consulta 23/10/2016. La emisión a perpetuidad implica que nunca se devolverá el principal que se ha cedido, pero la entidad/empresa puede reintegrarle en cualquier momento el valor de mercado de la participación.

En cuanto a la hipoteca multidivisa, los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. (...) Este riesgo (...) no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica (...)².

Los swaps también llevan ínsitos varios tipos de riesgos:

-Riesgo de base, cuando se referencia por una divisa extranjera;

-Riesgo de crédito o incumplimiento (cuando parte no cumpla):

-Riesgo soberano, posibilidad de que un país pueda restringir la convertibilidad de una moneda específica; y

-Riesgo de no coincidencia de necesidades (en relación con la operatividad del producto).

3. Jurisprudencia destacada³.

² El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además (...) para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados (...), puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

³ En idéntico sentido la STS 504/2015 de 30 Sep. 2015, Sala Primera, de lo Civil, Rec. 897/2012. Véase a sensu contrario: STS 244/2013 de 18 Abr. 2013, Sala Primera, de lo Civil, , Rec. 1979/2011: *Se solicita responsabilidad de la entidad gestora (BBVA) por adquirir para sus clientes valores de alto riesgo como eran las participaciones preferentes de LEHMAN BROTHERS. La demandada no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo, sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes adquiridas.*

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de reclamación de indemnización por negligencia de la entidad bancaria demandada al adquirir para los actores participaciones preferentes de la

Para la jurisprudencia civil de las participaciones preferentes tomamos como referencia la St. del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 458/2014 de 8 Sep. 2014, Rec. 1673/2013: Se insta acción de nulidad del contrato de suscripción de participaciones preferentes de un banco islandés basando su pretensión en la existencia de error en el consentimiento.

En 1ª instancia se desestima la demanda al considerarse la condición de la demandante como experta inversora en productos financieros de riesgo, y la circunstancia de haber realizado la contratación con la asistencia de un asesor financiero propio, y el elevado importe del capital invertido impiden admitir que hubiera formulado las órdenes de compra de las acciones preferentes sin conocer las características del producto y sus riesgos. El riesgo de insolvencia de la entidad emisora, que a la postre se actualizó y determinó la pérdida del capital invertido, no podía ser ignorado, y si lo fue, este error no resulta excusable, en atención a sus conocimientos y experiencia. Asimismo, el juzgado declaró que la perpetuidad de las participaciones preferentes no es causa de nulidad de su comercialización por ser contraria al orden público.

Pese a la prohibición jurisprudencial de perpetuidad de toda relación obligatoria, el régimen legalmente previsto para la emisión de participaciones preferentes, en el que destaca la perpetuidad, constituye una excepción a dicha prohibición, que impide que pueda sancionarse su comercialización con la nulidad⁴. El Tribunal Supremo,

entidad LEHMAN BROTHERS. La AP Valencia revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

⁴ La actora interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid que confirma la sentencia de instancia y falla “desestimando la demanda formulada por Industrias Artística Madrileñas, S.L. y Doña Joaquina, representadas por el procurador de los Tribunales don Rafael Gamarra Mejías contra BNP Paribas España S.A. representada por el procurador don Ángel Rojas Santos, debo declarar y declaro no haber lugar a declarar la nulidad de las órdenes de compra objeto

basándose en los mismos fundamentos que las instancias, desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos, confirmando la sentencia de la Audiencia y condenando en costas a la parte recurrente.

Para la hipoteca multidivisa, por muchas, la STS, Pleno, Sala de lo Civil, Madrid, núm. 323/2015, de 30 de junio de 2015, recurso: 2780/2013, Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena; en este caso, el Pleno de la Sala I del Tribunal Supremo ha rechazado declarar la nulidad de una hipoteca multidivisa (en yenes y francos suizos) otorgada por Kutxabank a un cliente minorista pero que era un abogado experto precisamente en hipotecas multidivisa, pese a estar constatado que la caja infringió los deberes de información que la normativa general y sectorial le imponían.

La sentencia indica que esa infracción del banco del deber de informar no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, sino que debe comprobarse un error que vicie el consentimiento. "Lo que no vicia el consentimiento, y no es por tanto adecuado para justificar la anulación del contrato, es la conducta de quien, conociendo el componente de elevada aleatoriedad del contrato y la naturaleza de sus riesgos, considera que puede obtener ganancias derivadas de esas características del contrato, yerra en el cálculo y, al contrario de lo que previó, obtiene pérdidas, no ganancias", señala la sentencia.

Añade que, en el caso concreto examinado, no existió error que viciara el consentimiento, pues de haber concurrido error, "lo que es más que improbable a la vista de su cualificación profesional y de las comunicaciones escritas que mantuvo con la entidad financiera demandada, tal error no sería excusable en atención a esa cualificación profesional".

de las presentes actuaciones y todo ello con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte demandante."

Y para los swaps, el Tribunal Supremo en este año 2017 está confirmando su doctrina sobre la nulidad por error de los swaps. Ha de recordarse que estos productos complejos fueron ofrecidos de manera genérica hace unos años a numerosos clientes bancarios: empresarios, y particulares con préstamos hipotecarios. Se trataba aparentemente de un producto que protegía al consumidor, por lo general, de las variaciones de tipos de interés. Posteriormente y con la bajada del Euribor, los clientes empezaron a recibir liquidaciones negativas importantes, generando numerosas pérdidas.

Dicha doctrina del Supremo comenzó en 2014, cuando estableció la presunción de error en el caso de incumplimiento por parte de la entidad de la normativa MIFID (estudio previo del cliente con el test de conveniencia e idoneidad). Además sentó el concepto de asimetría informativa entre la entidad y el cliente minorista. Dentro de estos requisitos para que la entidad pueda ofrecer un *swap*, es necesario que se efectúe un estudio previo del cliente minorista. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo nº97/2017, de 15 de febrero de 2017, en concreto refiere que la ausencia de estudio del cliente no experto y sin conocimientos además de la ausencia de información libran a una pyme de abonar una liquidación... por suscribir un *swap*. El Tribunal Supremo revocó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos que desestimó una demanda interpuesta por una Sociedad Mercantil por la suscripción de un *swap*. En este caso el cliente recibió una liquidación negativa por el *swap* de 341.068,00 euros. El Tribunal reafirma su doctrina del error, antes referida, de que es necesario efectuar un estudio previo del cliente para ofrecer este producto complejo. Además se debió advertir expresamente de las consecuencias de la bajada de tipos, y las posibles liquidaciones negativas. Se trata de clientes que no tienen experiencia en este tipo de productos, ni conocimientos.

El cliente minorista puede tener relevancia en el ámbito mercantil, pero no por ello cesan las obligaciones de la entidad al ofrecer un *swap*. La Sentencia del Tribunal Supremo nº 84/2017, de

14 de febrero de 2017 señala en concreto que no es suficiente que la empresa tenga relevancia en el tráfico mercantil, ni que haya suscrito antes un *swap*. El banco debe esmerarse en cumplir con sus obligaciones. El Tribunal Supremo revocó una a la Audiencia Provincial de Sevilla que absolvió a la entidad por ofrecer un *swap*. Consideraba la Audiencia Provincial de Sevilla que al tratarse de una empresa con cierta relevancia en el tráfico mercantil, debería tener conocimientos financieros suficientes para entender el producto. Y como concertó un *swap* anterior, tenía experiencia suficiente. Considera el Tribunal que todo ello no exime de cumplir con todas las obligaciones de información establecida por el Tribunal Supremo. Es decir, estudio previo del cliente, y explicación con antelación suficiente de los concretos riesgos del producto. Entre ellos es preciso citar qué efectos tiene para el *swap* si el euribor baja; advertir de la existencia de un conflicto de interés; informar del riesgo de cancelación del *swap* pudiendo generar importantes pérdidas al cliente, y algunos otros.

Además confirmó el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 175 de 13 de marzo de 2017 que los *swaps* cancelados no están confirmados y podrán ser reclamados judicialmente. No supone, por tanto, una confirmación con renuncia de acciones como señaló la Audiencia Provincial de Navarra. En concreto, el cliente suscribió un *swap* en referencia a su préstamo hipotecario el día 2 de octubre de 2008. La entidad no efectuó el test de idoneidad. Las partes de mutuo acuerdo cancelaron el *swap* el día 29 de julio de 2009 con la siguiente cláusula: desde la fecha de celebración y una vez satisfecho el importe extinción las partes no se deberán suma alguna por causa de la operación y, en todo caso, renuncian a cualquier otros pagos o entregas que pudieran tener derecho en virtud de la operación. El Tribunal Supremo señaló que la cancelación debe ser interpretada en todo el contexto del *swap* con sus liquidaciones negativas y que tenía como objetivo cortar la hemorragia que supondría futuras liquidaciones. Y que ello no supone, por lo tanto, que en el futuro el cliente pueda reclamar la

nulidad del contrato. Esta resolución es muy esperanzadora para aquellos clientes que decidieron cancelar el *swap* por no poder seguir abonando las liquidaciones.

Por último, es preciso destacar que los afectados por las fotovoltaicas que suscribieron *swaps* se benefician por esta doctrina del error. Así lo confirma la Sentencia TS nº 96/2017, de 15 de febrero de 2017. Entiende el alto tribunal que la mera lectura del contrato *swap* no es suficiente para cumplir con las obligaciones de información. El Tribunal Supremo revocó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila que desestimó una demanda de *swap* de una fotovoltaica contra Banco Santander. En este concreto supuesto la Audiencia no aplicó su doctrina en referencia al ofrecimiento de productos complejos (un *swap*). Considera que no basta con una explicación genérica del producto: el Tribunal razona que no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de *swap*, a la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y requiere una actividad complementaria del banco, realizada con antelación suficiente...

4. Parámetros comunes de medición en la estructura contractual civil.

1. La entrada de la crisis financiera que supuso la bajada del euro en el año 2009 ha supuesto una revolución en el mundo financiero. Se han puesto de manifiesto las consecuencias perjudiciales que ha tenido para la sociedad la suscripción de multitud de contratos de productos financieros complejos con clientes que, ni por asomo, cumplían con el perfil adecuado. Durante años, las entidades financieras, aprovechando su posición predominante ante este tipo de clientes, ofertaron dichos productos complejos, a sabiendas de que sus contratantes no podían entender las consecuencias del negocio que suscribían. Por tanto, firmaban este tipo

de contratos a ciegas, sin información suficiente y con absoluto desconocimiento del riesgo que entrañaba. La única defensa que han tenido ha sido la de solicitar asistencia legal, acudiendo a los Tribunales a reclamar lo que, a su leal saber y entender, les corresponde. Es por ello que ha existido una avalancha en los últimos años de procedimientos contra las entidades financieras, tanto es así que la competencia para llevar este tipo de asuntos pasó al Orden Civil, como es el caso de los procedimientos de nulidad de cláusulas suelo (cuando no se trataba de demandas colectivas). A tal punto ha llegado esta situación, que el Consejo General del Poder Judicial ha creado Juzgados provinciales especializados en la resolución de situaciones jurídicas litigiosa ligadas a cláusulas suelo.

2. En relación al régimen de protección, el perfil de consumidor es un punto esencial a tener en cuenta ya que existe mayor protección para los consumidores que para los no consumidores a la hora de contratar estos productos. El acto de consumo (de cualquier producto; bancario o no...), ya lo diría el profesor DÍEZ PICAZO, es un contrato: un contrato de consumo.

El Derecho civil moderno, y su estructuración, está en manos del Derecho de consumo. Tal es así que muchos autores (Ángel López) están viendo aquí un auténtico proceso inversamente proporcional al que supuso la codificación. Hace mucho ya que esa misma doctrina habla de proceso “descodificador” o “de-codificador”, para referirse a la multiplicidad normativa que proviene de los distintos legisladores (europeo y nacional) a la que se incorpora, sin mucho rubor ya, la jurisprudencia como fuente del Derecho. Ello ha de influir, de manera indefectible, en la concepción de las instituciones jurídico-civiles.

Si estamos ante un posible negocio jurídico entre una entidad de crédito y un consumidor, el filtro de inclusión de la cláusula en el contrato que exige la LCGC (control de incorporación), no es suficiente. Sencillamente porque cualquier jurista romano podría ver aquí un negocio jurídico, sí, pero difícilmente un contrato. Debemos estar a lo

denominado por la doctrina⁵ como el “doble filtro de transparencia”, que se refiere, en primer lugar, a superar un control general, y posteriormente un segundo control de comprensión real y transparencia. Debido a la importancia de ésta determinación, como ya hemos destacado en el trabajo, es esencial saber cuándo estamos ante un perfil de consumidor, para ello, la Ley define al mismo como toda persona física o jurídica que actúe en un ámbito ajeno a su actividad empresarial. No obstante en la práctica, existe un agitado debate cuando quien interviene es una persona jurídica pues, según la normativa, no tiene perfil de consumidor si no actúa en un ámbito ajeno a su actividad empresarial. Existe un sector de la doctrina que no comparte esta exclusión, pues entienden, entre otros motivos, que no por el hecho de actuar dentro del ámbito de su actividad deben comprender mejor los riesgos que conllevan estos productos financieros.

Compartir esta opinión supondría socavar el necesario <juicio de causalidad>, que, a mi entender, debe darse en todos los casos, con lo que, a priori, no puede ni debe excluirse la posibilidad de que una persona jurídica sufra un vicio del consentimiento (no se olvide que, en definitiva, quien o quienes prestan el consentimiento son sujetos individuales). Además, ello supondría absurdamente de-limitar el carácter de consumidor, lo que comportaría la privación de una mayor protección legislativa, por el simple hecho de actuar dentro del ámbito de la actividad empresarial. Aún más, cuando se trata de pequeños o medianos empresarios que actúan como meros adherentes en dicha contratación y que, por el desarrollo de su actividad empresarial, no tienen por qué poseer conocimientos financieros.

En mi opinión, el control de transparencia y abusividad debe darse siempre, no teniendo relevancia que quien intervenga sea un

⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013): “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *INDRET, Revista para el Análisis del Derecho*, julio de 2013. D.O.I.: <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>.

consumidor o no, puesto que lo esencial es que se tenga una comprensibilidad real de lo que se contrata, entendiendo su funcionamiento y los riesgos económicos que comportan, para poder así evitar un vicio en el consentimiento⁶.

3. Está de más decir que los productos financieros que hemos analizado en el presente trabajo, presentan un carácter complejo –en el doble sentido etimológico y vulgar de la expresión–, no solo por su funcionamiento, sino también por el alto riesgo económico que supone para el cliente-consumidor.

Si algo tienen en común estos contratos es la exigencia de información precontractual a la que está obligada las entidades. Deber de información que no debe quedar suplido con la entrega al cliente de las características del producto por escrito, sino que además, la entidad debe cerciorarse de que existe un conocimiento real de las consecuencias de su contratación, de esta forma el cliente puede conocer de antemano los riesgos a los que se enfrenta.

En este sentido, como se ha dejado de relieve, existen numerosos casos en los que los Tribunales españoles han protegido al consumidor reconociendo la abusividad de las entidades bancarias en esta materia. A pesar de ello, la jurisprudencia nacional aún se encuentra muy insegura, dependiendo en todo momento de las directrices del Tribunal Europeo. Finalmente, reiterar que la contratación de este tipo de productos solo debe tener lugar cuando se conoce perfectamente cómo se articula y los riesgos que entrañan, situándonos en todos los posibles planos.

Ello supone en líneas generales, si no alterar la estructura y el armazón básico del contrato, al menos sí reconocer que el compromiso y el grado de responsabilidad en la prestación del consentimiento (como uno de los elementos esenciales), así como en determinación y

⁶ NICASIO JARAMILLO, I. (2016): “El control judicial del valor de tasación de la finca en el procedimiento de ejecución hipotecaria”, en *Vivienda, Préstamo, Ejecución* (dir. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.).

delimitación del objeto del contrato (art. 1261 CC, elemento esencial también), es mayor que en la contratación tradicional; debido también a la relativización del consentimiento que interesa a los operadores económicos y comerciales, pero creo que éste es un asunto que bien merece un tratamiento aparte.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ DE YROLA, A. “La protección frente la cláusulas y prácticas abusivas en la ejecución hipotecaria: insuficiencias en la reforma legal”, Dialnet, Revista: *Jueces para la democracia*, nº 77, 2013.

ARCO JUAN, F. J. página web <http://www.expansion.com/diccionario-economico/participaciones-preferentes.html>.

BANCO DE ESPAÑA, Portal del cliente bancario. Página web: http://www.bde.es/clientebanca/es/Menu_Botonera/Glosario/P/Participaciones_preferentes.html Consulta web: 10/11/2016

DIEZ-PICAZO L. y MENENDEZ MENENDEZ A. *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de contratación*. Ed. Civitas, 2002

GUERRERO, C. “Ejecuciones hipotecarias, preferentes y swaps.” *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 861/2013.

JIMÉNEZ DE LUCAS, I. y VICIANO ESTEBAN, S. *Productos tóxicos bancarios...* Ed. Aranzadi. 1ª Edición: 2015.

MUÑOZ GARCÍA, C. “La función del TJUE en el control de la cláusula suelo en España” *Diario La Ley*, nº 8799, Sección Doctrina, julio de 2016.

NICASIO JARAMILLO, I. (2016): “El control judicial del valor de tasación de la finca en el procedimiento de ejecución hipotecaria”, en *Vivienda, Préstamo, Ejecución* (dir. ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.).

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013): “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *INDRET, Revista para el Análisis del Derecho*, julio de 2013. D.O.I.: <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>.

PLAZA PENADÉS, J. “Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo”, *Diario La Ley*, Nº 8547, Sección Tribuna, mayo de 2015.

SABATER BAYLE, E. “Interpretación de los contratos de inversión en productos

financieros estructurados.” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* nº 1/2015 parte Comentario. Ed. Aranzadi, Cizur Menor. 2015.

SALAS CARCELLER, A. “Nulidad por error del cliente bancario en un contrato de “swap”.” *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6/2015 parte Comentario. Ed. Aranzadi, 2015.

AJFV