



MANUAL SOBRE

**DERECHO  
BANCARIO**

Y CONSUMIDORES

Javier Ercilla García  
Evaristo Nievas Gómez  
Juan Manuel Verdugo Muñoz



eBook en [www.colex.es](http://www.colex.es)

**1.<sup>a</sup> EDICIÓN**





# MANUAL SOBRE DERECHO BANCARIO Y CONSUMIDORES

**Javier Ercilla García**

*Magistrado del Juzgado de lo Social n.º 10 de Las Palmas de Gran Canaria*

**Evaristo Nievas Gómez**

*Ex fiscal sustituto y abogado especialista en Derecho de consumidores*

**Juan Manuel Verdugo Muñoz**

*Abogado In-lex Gordillo y Verdugo Abogados y  
Doctor en Derecho Político*

Copyright © 2021

**Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos ([www.cedro.org](http://www.cedro.org)) garantiza el respeto de los citados derechos.**

**Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.**

**Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web [www.colex.es](http://www.colex.es) un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.**

© Javier Ercilla García

© Evaristo Nievas Gómez

© Juan Manuel Verdugo Muñoz

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial)

A Coruña, C.P. 15004

[info@colex.es](mailto:info@colex.es)

[www.colex.es](http://www.colex.es)

I.S.B.N.: 978-84-1359-335-7

Depósito legal: C 1651-2021

# SUMARIO

## PRIMERA PARTE

*Juan Manuel Verdugo Muñoz*

<b>CAPÍTULO I. PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y USUARIO DE SERVICIOS BANCARIOS Y DE INVERSIÓN FINANCIERA</b> . . . . .	15
1. Introducción. Comercialización bancaria y crediticia en general. . . . .	15
2. Servicios financieros. Protección del consumidor y usuario . . . . .	18
3. Evaluación de idoneidad y Test de conveniencia del cliente de productos financieros . . . . .	26
4. Control de transparencia y condiciones generales de contratación en el ámbito de la contratación bancaria . . . . .	28
4.1. Introducción. . . . .	28
4.2. Condiciones generales de contratación y control de incorporación . . . . .	31
4.3. Control de transparencia de condiciones generales de contratación en contratos celebrados con consumidores y usuarios. . . . .	33
4.4. Limitación de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva mediante el establecimiento de un plazo de prescripción . . . . .	35
<b>CAPÍTULO II. TARJETAS REVOLVING Y NULIDAD DE CONTRATOS DE CRÉDITO AL CONSUMO POR USURA</b> . . . . .	39
1. Introducción . . . . .	39
2. Naturaleza jurídica . . . . .	40
3. Elemento nuclear de la nulidad del contrato . . . . .	45
4. Jurisprudencia . . . . .	47
4.1. Sentencias destacables de audiencias provinciales . . . . .	47
4.2. Tribunal Supremo. Doctrina jurisprudencial sentada en la sentencia del Pleno del tribunal 628/2015, de 25 de noviembre . . . . .	59
<b>CAPÍTULO III. COMISIÓN DE APERTURA Y COMISIÓN POR POSICIONES DEUDORAS</b> . . . . .	65
1. Introducción . . . . .	65
2. Posición jurisprudencial . . . . .	67
2.1. Sentencias destacables de audiencias provinciales . . . . .	67
2.2. Tribunal Supremo . . . . .	71

2.3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en fecha 16 de julio de 2020 REC:C224/2019 y C259/19 . . . . .	73
3. Comisión por posiciones deudoras . . . . .	74

**CAPÍTULO IV. MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD . . . . . 77**

1. Introducción y normativa . . . . .	77
2. Novedades en la actual redacción normativa . . . . .	79
3. Actuaciones preconcursales. Acuerdo extrajudicial de pagos . . . . .	81
3.1. Presupuestos objetivos y subjetivos . . . . .	81
3.2. Nombramiento de mediador concursal . . . . .	82

**SEGUNDA PARTE**

*Evaristo Nieves Gómez*

**CAPÍTULO V. CLÁUSULA IRPH: NULIDAD Y ABUSIVIDAD . . . . . 89**

1. Índice de referencia de préstamos hipotecarios: concepto y características . . . . .	89
2. Normativa legal y tipos de IRPH. . . . .	91
3. Jurisprudencia . . . . .	93
3.1. Sentencia de 3 de marzo de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea .	93
3.2. Sentencias destacables de audiencias provinciales después de la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020: transparencia y abusividad . . . . .	95
A) Validez de la cláusula de IRPH. . . . .	98
B) Nulidad y abusividad de la cláusula de IRPH. . . . .	102
3.3. Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera el 14 diciembre de 2017 . .	106
3.4. El Tribunal Supremo después de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 marzo de 2020: sentencias núms. 595, 596, 597 y 598/2020 de 12 de noviembre . . . . .	111
3.5. Conclusiones sobre la abusividad del IRPH y voto particular de las sentencias del Pleno del Tribunal Supremo núms. 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre . . . . .	113

**CAPÍTULO VI. CUESTIÓN PREJUDICIAL DE LA CLÁUSULA IRPH Y EL  
DESISTIMIENTO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. . . . . 123**

1. Cuestión prejudicial de la cláusula de IRPH de 2 de diciembre de 2020 y la suspensión del procedimiento . . . . .	123
2. Desistimiento del recurso de casación por cambio sobrevenido de jurisprudencia .	129
3. Desistimiento de la demanda de cláusula abusiva por cambio sobrevenido de jurisprudencia. . . . .	132

**CAPÍTULO VII. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO E INTERESES DE  
DEMORA . . . . . 139**

1. Breve introducción . . . . .	139
2. Ejecución civil hipotecaria: vencimiento anticipado . . . . .	141
3. Ejecución civil hipotecaria: intereses de demora . . . . .	147

## SUMARIO

4. Procedimiento ordinario declarativo y cuestiones procesales habituales:  
cosa juzgada derivada de la ejecución civil hipotecaria ..... 150

<b>CAPÍTULO VIII. CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS</b> .....	159
1. Nulidad de la cláusula .....	159
2. Restitución de los gastos hipotecarios .....	162
2.1. Evolución de los efectos de la nulidad .....	162
2.2. Impuesto de Actos Jurídicos Documentados .....	165
2.3. Gastos notariales .....	166
2.4. Gastos registrales .....	167
2.5. Gastos de gestoría .....	168
2.6. Gastos de tasación .....	170
2.7. Intereses legales .....	172

## TERCERA PARTE

*Javier Ercilla García*

<b>CAPÍTULO IX. SWAPs</b> .....	177
1. Concepto .....	177
2. Naturaleza jurídica .....	179
2.1. Contrato .....	179
2.2. Normativa aplicable .....	182
2.3. Supuesto habitual .....	185
3. Posición jurisprudencial .....	185
3.1. Audiencias provinciales .....	185
3.2. Tribunal Supremo .....	185
3.2.1. Error anulatorio del consentimiento contractual .....	185
3.2.2. Cómputo de caducidad del vicio del consentimiento .....	187
3.2.3. Deberes de información en la normativa pre-MiFID .....	189
3.2.4. Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de los deberes de información .....	189
3.2.5. La existencia de un <i>swap</i> con barreras tiene que ser suficientemente explicado .....	190
3.2.6. Necesaria información del coste de la cancelación anticipada .....	191
3.2.7. El error y la deficiencia de información .....	192
3.3. TJUE .....	193
4. Acciones ejercitables .....	195
4.1. Error .....	195
4.1.1. Vicio del consentimiento .....	195
4.1.2. Asesoramiento externo, formación financiera o experiencia inversora ...	198
4.1.3. Síntesis .....	200
4.2. Dolo .....	200
5. Testifical de los empleados de la entidad bancaria .....	202

## SUMARIO

6. Actos propios . . . . .	202
7. Relación de confianza . . . . .	204
<b>CAPÍTULO X. PARTICIPACIONES PREFERENTES. . . . .</b>	<b>207</b>
1. Concepto. . . . .	207
2. Naturaleza jurídica . . . . .	211
2.1. Contrato . . . . .	211
2.2. Normativa aplicable. . . . .	213
2.3. Supuesto habitual . . . . .	219
3. Posición jurisprudencial . . . . .	219
3.1. Audiencias provinciales . . . . .	219
3.2. Tribunal Supremo . . . . .	219
3.2.1. Problema de legitimación activa tras el canje obligatorio de preferentes y subordinadas y la posterior venta de las acciones obtenidas en el canje . . . . .	219
3.2.2. Necesidad de informar del posible riesgo total de pérdida de inversión en caso de insolvencia de la emisora en el contrato de adquisición de participaciones preferentes . . . . .	220
3.2.3. Necesidad de informar sobre la naturaleza, características y riesgos del producto. . . . .	221
3.2.4. Problemática de la confirmación de los contratos bancarios anulables . . . . .	221
3.2.5. Valor del documento de renuncia de acciones frente a la entidad . . . . .	222
3.2.6. Efectos de la restitución, declarada la nulidad de un contrato bancario de adquisición de preferentes. Determinación de los intereses . . . . .	224
3.2.7. El error y la deficiencia de información . . . . .	225
3.3. TJUE: valor del documento de renuncia de acciones frente a la entidad. . . . .	226
4. Acciones ejercitables . . . . .	229
4.1. Error . . . . .	229
4.1.1. Vicio del consentimiento . . . . .	229
4.1.2. Asesoramiento externo, formación financiera o experiencia inversora . . . . .	233
4.2. Dolo . . . . .	235
4.3. Incumplimiento del contrato de asesoramiento o gestión . . . . .	236
5. Cuestiones procesales y sustantivas . . . . .	238
5.1. Actos propios. . . . .	238
5.2. Cláusula de exención de responsabilidad. . . . .	241
5.3. Aprobación del folleto informativo de emisión. . . . .	242
<b>CAPÍTULO XI. MULTIDIVISAS . . . . .</b>	<b>243</b>
1. Concepto. . . . .	243
2. Naturaleza jurídica . . . . .	244
2.1. Contrato . . . . .	244
2.2. Normativa aplicable. . . . .	245
2.2.1. Directiva 2004/39/CE (MiFID) . . . . .	245
2.2.2. Directiva 2014/17/UE . . . . .	251
2.2.3. Directiva 93/13/CEE . . . . .	256

## SUMARIO

2.2.4. Otra normativa . . . . .	256
2.3. Supuesto habitual . . . . .	257
3. Posición jurisprudencial . . . . .	257
3.1. Audiencias provinciales . . . . .	257
3.2. Tribunal Supremo . . . . .	258
3.3. TJUE . . . . .	259
4. Acciones ejercitables . . . . .	259
4.1. Error . . . . .	259
4.1.1. Vicio del consentimiento y falta de transparencia . . . . .	259
4.1.2. Asesoramiento externo, formación financiera o experiencia inversora . . . . .	261
4.2. Dolo . . . . .	262
4.3. Falta de transparencia . . . . .	264
5. Cuestiones procesales y sustantivas . . . . .	270
5.1. Nulidad parcial . . . . .	270
5.2. Caducidad . . . . .	272
<b>CAPÍTULO XII. OBLIGACIONES SUBORDINADAS . . . . .</b>	<b>275</b>
1. Concepto . . . . .	275
2. Naturaleza jurídica . . . . .	275
2.1. Contrato . . . . .	275
2.2. Normativa aplicable . . . . .	277
2.3. Supuesto habitual . . . . .	282
3. Posición jurisprudencial . . . . .	282
3.1. Audiencias provinciales . . . . .	282
3.2. Tribunal Supremo . . . . .	283
3.2.1. Problema de legitimación activa tras el canje obligatorio de preferentes y subordinadas y la posterior venta de las acciones obtenidas en el canje . . . . .	283
3.2.2. Problemática de la confirmación de los contratos bancarios anulables . . . . .	283
3.2.3. Valor del documento de renuncia de acciones frente a la entidad . . . . .	284
3.2.4. Efectos de la restitución, declarada la nulidad de un contrato bancario de adquisición de obligaciones subordinadas . . . . .	286
3.2.5. El error y la deficiencia de información . . . . .	287
3.3. TJUE: valor del documento de renuncia de acciones frente a la entidad . . . . .	288
4. Acciones ejercitables y cuestiones procesales . . . . .	291
4.1. Error . . . . .	291
4.1.1. Vicio del consentimiento . . . . .	291
4.1.2. Asesoramiento externo, formación financiera o experiencia inversora . . . . .	296
4.2. Dolo . . . . .	299
4.3. Incumplimiento de los deberes de información . . . . .	301
4.4. Caducidad . . . . .	303
4.5. Actos propios . . . . .	305
4.6. Cláusula de exención de responsabilidad . . . . .	307
4.7. Aprobación del folleto informativo de emisión . . . . .	308

**ANEXO. FORMULARIOS**

Modelo de demanda de nulidad de IRPH ..... 311

Modelo de demanda de nulidad de gastos de formalización de hipoteca y  
vencimiento anticipado ..... 323

Oposición a ejecución hipotecaria por cláusula abusiva de intereses de demora. . 335

Modelo de suspensión del procedimiento por cuestión prejudicial ..... 339

Modelo de desistimiento de recurso casación de IRPH, por cambio  
sobvenido de jurisprudencia. .... 343

Desistimiento de demanda de cláusula IRPH por cambio sobvenido de  
jurisprudencia ..... 345

Demanda tarjeta revolving y seguro de pagos. .... 349

Demanda hipoteca multdivisa ..... 363

Demanda comisión de apertura ..... 373

Demanda *swap* ..... 383

Solicitud inicio procedimiento segunda oportunidad solución extrajudicial  
de pagos ..... 411

# PRIMERA PARTE

---

*Juan Manuel Verdugo Muñoz*



# **CAPÍTULO I**

## **PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y USUARIO DE SERVICIOS BANCARIOS Y DE INVERSIÓN FINANCIERA**

### **1. Introducción. Comercialización bancaria y crediticia en general**

La defensa de los consumidores y usuarios está consagrada constitucionalmente en el artículo 51 de la Carta Magna en forma de principio rector de la política social y económica vinculando a los poderes públicos. En concreto el artículo establece que *«los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos»*. Por tanto, es evidente que la tutela de la relación entre entidades financieras o crediticias en general y los consumidores y usuarios de los servicios que constituyen su objeto no puede quedar extramuros de dicho régimen de protección constitucional.

Las relaciones contractuales entre las entidades de crédito y sus clientes están sujetas con carácter básico a las normas legales que, con carácter general, regulan la contratación privada tanto en el Código Civil como el Código de Comercio.

A propósito de la aplicabilidad del Código de Comercio, resulta de especial interés la importancia de los artículos 255, 257 y 307, pues en opinión de Rimada Álvarez, dado que las entidades bancarias y financieras ejercen funciones de depósito y comisión, deben actuar con especial cuidado en sus funciones, y deben asumir el riesgo profesional inherente al tráfico bancario, pues la diligencia exigible a las entidades de crédito no se limita a la exigible a un buen padre de familia, sino que es la exigible a un ordenado empresario experto en la materia, tal y como señalan entre otras las SSTS 15 julio 1988, 9 febrero 1998 y 29 marzo 2007, las cuales literalmente señalan que *«la diligencia exigible al banco no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual,*

*según establecen los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones (...)*». En el mismo sentido, **SAP Asturias 16 diciembre 2010**, «...*la diligencia que le es exigible a la entidad financiera no es la de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario y representante legal, en defensa de los intereses de sus clientes (...)*»<sup>1</sup>.

De igual forma en la medida en que los contratos bancarios incorporen cláusulas que revistan el carácter de condiciones generales, serán de aplicación las disposiciones legales que tutelan esta técnica contractual, es decir la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Finalmente, habrá que advertir si el cliente que contrata con la entidad financiera ostenta la condición legal de consumidor, dado que su posición contractual vendrá amparada, además, por la normativa dictada, con carácter general, para la defensa de consumidores y usuarios, es decir el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –TRLCU–, o, en su caso, por la particular de determinadas operaciones de crédito como la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo o la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario o la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, tras modificación operada por Disposición Final Tercera de la Ley 5/2019.

Con independencia del asidero jurídico normativo referenciado y que constituye el núcleo básico de protección del consumidor y usuario bancario, la legislación sectorial aplicable a las entidades de crédito incluye un conjunto de normas destinadas a proteger los derechos de sus clientes.

La base legal de dicha protección sectorial se encuentra en el art. 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, sobre Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, por el que se atribuye al Ministro de Economía y Competitividad la facultad de dictar normas que sean precisas para regular aspectos formales y sustantivos de las relaciones entre los bancos y sus clientes con el fin de proteger los legítimos intereses de éstos y en este sentido el texto normativo establece: «*La información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que permitan el seguimiento de los mismos, de modo que reflejen de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos derivados del servicio o producto para el cliente y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los servicios o productos y permitir al cliente evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera...*».

El Banco de España, facultado expresamente por la Orden de 28 de octubre de 2011, sobre Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, desa-

---

1 CELIA RIMADA ÁLVAREZ. Coordinado por ALICIA DE LEON ARCE y LUZ MARÍA GARCÍA GARCÍA. *Derecho de los consumidores y usuarios*. Tercera Edición. Tirant Lo Blanch 2016. Página. 1.208

rolla la regulación de materias objeto del art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC) [derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito, en cuyo art. 5.1 se recogen las mismas medidas de protección a la clientela] mediante diversas Circulares, y entre otras, por la importante Circular 5/2012, de 27 de junio, de entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos<sup>2</sup>.

La importancia de la Orden de 28 de octubre de 2011, sobre Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios se residencia en que compila acertadamente en un único cuerpo normativo todas las reglas básicas de transparencia, actualizando el conjunto de previsiones relativas a la protección del cliente bancario, pero al mismo tiempo desarrollando los principios del préstamo responsable, para proteger también al potencial deudor hipotecario que con posterioridad ha visto reforzada su posición contractual en aras al equilibrio deseado con la sucesiva normativa aprobada que ha culminado con la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Así pues, el objeto de la norma consistía en garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios.

En cuanto a la potestad del Banco de España para disciplinar relaciones entre entidades financieras y usuarios, la misma deriva de la propia especialización técnica que caracteriza la Institución, que le faculta legalmente para abordar la regulación normativa sobre la materia. El propio Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones al resolver sobre la posible inconstitucionalidad de la potestad reglamentaria del Banco de España ha confirmado dicha tesis, fundamentalmente, en sus sentencias núm. 135/1992, de 5 de octubre y núm. 204/1993, de 17 de junio, donde afirma que *«el Banco de España forma parte de la Administración del Estado en su vertiente institucional o indirecta y es la primera autoridad monetaria, y como tal “a quien corresponden las funciones relativas a la disciplina e inspección de las entidades de crédito y ahorro, para lo cual se le dota de las simétricas potestades, entre las cuales deben destacarse la reglamentaria y la sancionadora”<sup>3</sup>»*.

Tal y como expresa Ana Blanco García, el sistema bancario se caracteriza por la disparidad de las fuentes de regulación, encontrando tanto normas de rango legal como normas de naturaleza administrativa y reglamentaria, diferenciando la competencia de la Administración Pública de la especial capacidad normativa del Banco de España. Así pues, además de las fuentes legales, recientemente

---

2 ADOLFO AURIOLES MARTÍN y MARÍA CRUZ MAYORGA TOLEDANO. Coordinado por ALICIA DE LEÓN ARCE y LUZ MARÍA GARCÍA GARCÍA. *Derecho de los consumidores y usuarios*. Tercera Edición. Tirant Lo Blanch 2016. Página. 1.185

3 STC 135/1992, de 5 de octubre. Fundamento Jurídico Tercero. STC 204/1993, de 5 de octubre. Fundamento Jurídico Quinto.

## MANUAL SOBRE DERECHO BANCARIO Y CONSUMIDORES

La comercialización en los últimos años de productos bancarios cada vez más complejos —y su oferta cada vez más extendida a todo tipo de usuarios y consumidores— ha devenido en la proliferación de un elevado porcentaje de abusos que han sido objeto de una latente controversia judicial. En la presente obra se parte del análisis de los contratos y las cláusulas más habituales, así como del estudio de la jurisprudencia comunitaria y estatal sobre la materia, con la posibilidad además de extrapolar sus principios generales a las nuevas figuras contractuales surgidas de la comercialización financiera y bancaria.

Junto al estudio teórico se acompañan los formularios más habituales (con la doctrina y jurisprudencia actualizada) a fin de facilitar la labor de los distintos operadores jurídicos, fundamentalmente letrados.



PVP: 20,00 €

ISBN: 978-84-1359-335-7



9 788413 593357