

# CASES & LACAMBRA



## **Newsletter Servicios Financieros**

**Mayo - Junio 2022**

**GRUPO SERVICIOS FINANCIEROS**




## ÍNDICE

---

### I. NOVEDADES DESTACADAS

	NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA Y ESTATAL	3
	JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	8

### II. ASUNTOS DE INTERÉS

	Control de transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios en divisas. STS 418/2022, de 24 de mayo. Recurso de casación. núm.: 265/2019.	12
	Abusividad y acción de cesación respecto del cobro de una comisión por cada ingreso en efectivo realizado por terceras personas con información adicional (concepto) incorporado en el justificante a solicitud del ordenante, a pagar por la persona que efectúa el ingreso. Sentencia 328/2022, de 26 de abril. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 6032/2018.	12
	Carácter abusivo de la “cláusula suelo” establecida en contrato de préstamo hipotecario. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 17 de mayo de 2022, L / Unicaja Banco, S.A. (Asunto C-869/19).	13

### III. ANÁLISIS EN PROFUNDIDAD

	INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDORRANO DE LA REGULACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE EMIR, BMR Y SFTR.	15
---	---	----

## I. NOVEDADES DESTACADAS

### NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA Y ESTATAL

#### A) Normativa de la Unión Europea:

##### 3 de mayo de 2022:

- Consulta de las European Supervisory Authorities (EBA, EIOPA and ESMA) sobre la información relativa a la sostenibilidad en las titulaciones simples, transparentes y normalizadas.
- Consulta de la Comisión Europea sobre el paquete de inversión minorista, con el objetivo de que los consumidores de la UE actualmente se beneficien en mayor medida de los mercados de capitales, especialmente en lo que respecta a satisfacer el aumento de sus necesidades de jubilación. (Ref. Ares(2022)3391353 - 03/05/2022).

##### 9 de mayo de 2022 (DOUE-L-2022-80354)

Reglamento de Ejecución (UE) 2022/365 de la Comisión de 3 de marzo de 2022 por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1624, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en relación con los procedimientos, modelos de formularios y plantillas para la notificación de información a efectos de los planes de resolución para las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, de conformidad con la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

##### 11 de mayo de 2022:

- Consulta de la Comisión Europea sobre el marco de finanzas abiertas, con el objeto de permitir el intercambio de datos y el acceso de terceros a una amplia gama de sectores y productos financieros, de conformidad con las normas en materia de protección de datos y de protección de los consumidores.
- Consulta de la Comisión Europea sobre la revisión de las normas UE sobre servicios de pago, tal como exige la cláusula de revisión de la Segunda Directiva sobre servicios de pago y como se anunció en la Estrategia de Pagos Minoristas de la Comisión, de 24 de septiembre de 2020.

**13 de mayo de 2022:**

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE. (COM (2022) 204 final 2022/0147 (COD)).

**17 de mayo de 2022:**

- Consulta pública lanzada por la Autoridad Bancaria Europea (EBA) sobre el proyecto de Normas Técnicas de Ejecución (ITS) que especifica los requisitos de la información que los vendedores de préstamos dudosos (NPL) deberán proporcionar a los compradores potenciales, según el mandato establecido en la Directiva (UE) 2021/2167 sobre los administradores de créditos y los compradores de créditos. EBA/CP/2022/05.

**20 de mayo de 2022 (DOUE-L-2022-80769):**

Reglamento Delegado (UE) 2022/786 de la Comisión de 10 de febrero de 2022 que modifica el Reglamento Delegado (UE) 2015/61 por el que se completa el Reglamento (UE) nº 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe al requisito de cobertura de liquidez aplicable a las entidades de crédito.

**25 de mayo de 2022 (DOUE-L-(2022/C 210/05):**

- Dictamen del Banco Central Europeo, de 16 de febrero de 2022, sobre una propuesta de reglamento por el que se crea la Autoridad de Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo (CON/2022/4).

- Dictamen del Banco Central Europeo, de 16 de febrero de 2022, acerca de una propuesta de directiva y de reglamento sobre la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (CON/2022/5).

**8 de junio de 2022 (DOUE-L-(2022/C 224/19)):**

Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 23 de noviembre de 2021, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2009/65/CE en lo que respecta a la utilización de los documentos de datos

fundamentales por las sociedades de gestión de organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (COM(2021)0399 – C9-0327/2021 – 2021/0219(COD)).

15 de junio de 2022:

Directrices EBA sobre el papel y las responsabilidades del responsable de cumplimiento de la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (PBC/FT) y del órgano de dirección de las entidades financieras o de crédito. EBA/GL/2022/05.

17 de junio de 2022 (DOUE-L-2022-80921):

Reglamento Delegado (UE) 2022/954 de la Comisión, de 12 de mayo de 2022, por el que se modifican las normas técnicas de regulación establecidas en el Reglamento Delegado (UE) n° 183/2014 en lo que respecta a la especificación del cálculo de los ajustes por riesgo de crédito específico y por riesgo de crédito general.

21 de junio de 2022 (DOUE-Z-2022-70035):

- Recomendación del Banco Central Europeo de 19 de mayo de 2022 sobre la base de datos centralizada de valores y la elaboración de estadísticas de emisiones de valores y por la que se deroga la Recomendación BCE/2012/22 (BCE/2022/26).

28 de junio de 2022 (DOUE-L-2022-80959):

Reglamento Delegado (UE) 2022/1011 de la Comisión de 10 de marzo de 2022 por el que se completa el Reglamento (UE) n° 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican cómo determinar las exposiciones indirectas frente a un cliente resultantes de contratos de derivados y de contratos de derivados de crédito que no se hayan suscrito directamente con dicho cliente, pero cuyo instrumento de deuda o de renta variable subyacente haya sido emitido por dicho cliente.

**B) Normativa estatal:****2 de mayo de 2022:**

Orden ETD/374/2022, de 25 de abril, por la que se establece el sistema de reaseguro a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros en materia de responsabilidad civil por daños nucleares.

**9 de mayo de 2022 (BOE-A-2022-7491):**

Resolución de 5 de mayo de 2022, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se actualiza el Anexo 1 de la Resolución de 4 de julio de 2017, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las comunidades autónomas y entidades locales.

**11 de mayo de 2022 (BOE-A-2022-7639):**

Resolución de 10 de mayo de 2022, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2022, por el que se establecen los términos y condiciones del primer tramo de la línea de avales a financiación concedida a empresas y autónomos establecida por el Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

**19 de mayo de 2022 (BOE-A-2022-8181):**

Proposición de Ley de garantía del servicio de cajero automático en los municipios en riesgo de exclusión financiera.

**20 de mayo de 2022 (Boletín Oficial de las Cortes Generales; Serie B; Núm. 244-1):**

- Resolución de 12 de mayo de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 9/2022, de 26 de abril, por el que se adoptan medidas hipotecarias y de gestión de pagos en el exterior en el marco de la aplicación de las medidas restrictivas aprobadas por la Unión Europea en respuesta a la invasión de Ucrania.

8 de junio de 2022 (BOE-A-2022-9384):

Circular 2/2022, de 26 de mayo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueban los modelos de notificación de participaciones significativas, de operaciones del emisor sobre acciones propias, y creadores de mercado.

10 de junio de 2022:

Proyecto de Ley de Servicios de Atención al Cliente, propuesta por el Ministerio de Consumo, con el objetivo de mejorar los plazos de consulta y la resolución de incidencias del consumidor. (En trámites parlamentarios para su aprobación).

24 de junio de 2022 (Página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores):

Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma.

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

**A) Error en el consentimiento:**

3 de mayo de 2022:

Sentencia 344/2022, de 3 de mayo. Recurso de casación. núm.: 3283/2018. Error en el consentimiento por inexactitud del folleto. Reiteración de jurisprudencia.

3 de mayo de 2022:

Sentencia 355/2022, de 3 de mayo. Recurso de casación. núm.: 1217/2019. Nulidad por error en el consentimiento en la adquisición de producto complejo. Reiteración de jurisprudencia.

4 de mayo de 2022:

Sentencia 365/2022, de 4 de mayo. Recurso de casación. núm.: 1301/2019. Caducidad de la acción para el ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento. Reiteración de doctrina.

5 de mayo de 2022

Sentencia 380/2022, de 5 de mayo. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 980/2019. Caducidad de la acción para el ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento. Reiteración de doctrina.

10 de mayo de 2022:

Sentencia 392/2022, de 10 de mayo. Recurso de casación. núm.: 6052/2018. Caducidad de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento. Reiteración de jurisprudencia.

24 de mayo de 2022:

Sentencia 417/2022, de 24 de mayo. Recurso de casación. núm.: 1120/2019. Caducidad de la acción para la adquisición de bonos estructurados.

26 de mayo de 2022

Sentencia 425/2022, de 26 de mayo. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 3647/2018. Error en el consentimiento por inexactitud del folleto. Reiteración de jurisprudencia.

22 de junio de 2022

Sentencia 496/2022, de 22 de junio. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 270/2019. Error en el consentimiento por inexactitud del folleto. Reiteración de jurisprudencia.

**B) Transparencia:**

3 de mayo de 2022:

Sentencia 339/2022, de 3 de mayo. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 2325/2018. Desaparición del índice de referencia IRPH y sustitución de la cláusula abusiva.



3 de mayo de 2022:

Sentencia 341/2022, de 3 de mayo. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 4772/2018. Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. Condiciones generales de la contratación.

3 de mayo de 2022:

Sentencia 340/2022, de 3 de mayo. Recurso de casación. núm.: 1067/2018. Responsabilidad por folleto en la adquisición de acciones de Bankia. Reiteración de doctrina.

5 de mayo de 2022:

Sentencia 377/2022, de 5 de mayo. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 4847/2017. Consecuencias jurídicas de la cláusula de renuncia a la cláusula suelo. Reiteración de doctrina.

10 de mayo de 2022:

Sentencia 393/2022, de 10 de mayo. Recurso de casación. núm.: 5557/2018. Afectación a la totalidad del contrato de préstamo hipotecario multidivisa de la declaración de nulidad por vicio en el consentimiento.

10 de mayo de 2022:

Sentencia 394/2022, de 10 de mayo. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 5965/2018. Control de transparencia de la cláusula multidivisa. Reiteración de jurisprudencia.

11 de mayo de 2022:

Sentencia 395/2022, de 11 de mayo. Recurso de casación. núm.: 6052/2018. Control de transparencia de préstamo hipotecario multidivisa. Reiteración de jurisprudencia

23 de mayo de 2022:

Sentencia 406/2022, de 23 de mayo. Recurso de casación. núm.: 1308/2019. Consecuencia de la falta de transparencia en un préstamo hipotecario multidivisa. Reiteración de jurisprudencia.

24 de mayo de 2022:

Sentencia 420/2022, de 24 de mayo. Recurso de casación. núm.: 1286/2019. Consecuencia de la falta de transparencia en un préstamo hipotecario multidivisa. Reiteración de jurisprudencia.

24 de mayo de 2022:

Sentencia 418/2022, de 24 de mayo. Recurso de casación. núm.: 265/2019. Control de transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios en divisas. Reiteración de jurisprudencia. (ver Bloque II - "Asuntos de interés").

24 de mayo de 2022:

Sentencia 421/2022, de 24 de mayo. Recurso de casación. núm.: 5159/2019. Préstamo hipotecario y estándar de transparencia entre profesional y consumidor.

25 de mayo de 2022:

Sentencia 422/2022, de 25 de mayo. Recurso de casación. núm.: 1596/2019. Control de transparencia en la contratación de préstamo hipotecario en divisas. Reiteración de jurisprudencia.

25 de mayo de 2022:

Sentencia 424/2022, de 25 de mayo. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 799/2019. Acuerdo para la eliminación de la cláusula suelo en préstamo hipotecario con consumidores. Reiteración de jurisprudencia.

6 de junio de 2022:

Sentencia 467/2022, de 6 de junio. Recurso de casación. núm.: 3160/2018. Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia. Reiteración de jurisprudencia.

6 de junio de 2022:

Sentencia 469/2022, de 6 de junio. Recurso de casación. núm.: 4060/2018. Control de transparencia en la contratación de préstamo hipotecario con consumidores.

8 de junio de 2022:

Sentencia 471/2022, de 8 de junio. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 3903/2018. Acuerdo para la eliminación de la cláusula suelo en préstamo hipotecario con consumidores. Reiteración de jurisprudencia.

14 de junio de 2022:

Sentencia 478/2022, de 14 de junio. Recurso de casación. núm.: 4368/2018. Control de transparencia de cláusula suelo. Reiteración de jurisprudencia.

15 de junio de 2022:

Sentencia 485/2022, de 15 de junio. Recurso de casación. núm.: 5703/2018. Control de transparencia de cláusula suelo en contrato de préstamo hipotecario. Reiteración de jurisprudencia.

16 de junio de 2022:

Sentencia 487/2022, de 16 de junio. Recurso de casación. núm.: 435/2019. Nulidad de cláusulas abusivas y control de incorporación y transparencia. Reiteración de jurisprudencia.

22 de junio de 2022:

Sentencia 492/2022, de 22 de junio. Recurso de casación. núm.: 5958/2018. Control de transparencia de cláusula suelo en contrato de préstamo hipotecario. Reiteración de jurisprudencia.

**C) Cláusulas abusivas:**

26 de abril de 2022:

Sentencia 328/2022, de 26 de abril. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 6032/2018. Abusividad y acción de cesación respecto del cobro de una comisión por cada ingreso en efectivo realizado por terceras personas con información adicional (concepto) incorporado en el justificante a solicitud del ordenante, a pagar por la persona que efectúa el ingreso. (ver Bloque II - “Asuntos de interés”).

**3 de mayo de 2022:**

Sentencia 351/2022, de 3 de mayo. Recurso de casación. núm.: 702/2019. Acción de nulidad de confición general de imposición de gastos al consumidor en préstamo con garantía hipotecaria. Carácter invencible del error.

**4 de mayo de 2022:**

Sentencia 367/2022, de 4 de mayo. Recurso de casación. núm.: 812/2019. Interés usurario de la tarjeta *revolving*.

**4 de mayo de 2022:**

Sentencia 366/2022, de 4 de mayo. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 812/2019. Imposibilidad de declarar la abusividad de una cláusula que ha sido negociada individualmente.

**19 de mayo de 2022:**

Sentencia 405/2022, de 19 de mayo. Recurso de casación. núm.: 135/2019. Desaparición del índice de referencia IRPH y sustitución de la cláusula abusiva.

**25 de mayo de 2022:**

- Sentencia 423/2022, de 25 de mayo. Recurso de casación. núm.: 95/2019. Desaparición del índice de referencia IRPH y sustitución de la cláusula abusiva. Reiteración de jurisprudencia.

**D) Calificación del cliente como profesional o consumidor:****14 de junio de 2022:**

Sentencia 479/2022, de 14 de junio. Recurso de casación. núm.: 5006/2018. Contrato de préstamo hipotecario con doble finalidad (prestatario profesional y consumidor). Reiteración de jurisprudencia.

**14 de junio de 2022:**

Sentencia 483/2022, de 14 de junio. Recurso de casación. núm.: 106/2019. Condición de consumidor en contrato de préstamo hipotecario. Reiteración de jurisprudencia.

21 de junio de 2022:

Sentencia 490/2022, de 21 de junio. Recurso de casación. núm.: 1233/2019. Imprudencia de la acción resolutoria del 1124 del Código Civil en la comercialización de productos financieros complejos sin el cumplimiento de los deberes de información bajo MiFID. Reiteración de jurisprudencia.

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

16 de mayo de 2022 (DOUE 2022/C 198/18):

Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 24 de marzo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal de grande instance de Rodez – Francia) – BNP Paribas Personal Finance SA / AN, CN (Asunto C-82/20). Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

17 de mayo de 2022 (DOUE:C: 2022:397):

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 17 de mayo de 2022, L / Unicaja Banco, S.A. (Asunto C-869/19), petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Supremo. Carácter abusivo de la “cláusula suelo” establecida en contrato de préstamo hipotecario. (ver Bloque II – “Asuntos de interés”).

- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 17 de mayo de 2022, IO / Impuls Leasing România IFN, S.A. (Asunto C 725/19). Competencia del juez que sustancia la ejecución para examinar de oficio el eventual carácter abusivo de una cláusula.

## II. ASUNTOS DE INTERÉS

### Control de transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios en divisas. STS 418/2022, de 24 de mayo. Recurso de casación. núm.: 265/2019.

Los préstamos hipotecarios en divisas son préstamos cuyo capital está nominado en una moneda extranjera distinta a la local. Aunque pueda parecer que se está ofreciendo un producto financiero en apariencia más barato que los préstamos hipotecarios a tipo variable en moneda local, no tiene por qué ser así. El riesgo reside, principalmente, en la evolución de la cuota hipotecaria como consecuencia de las fluctuaciones del tipo de cambio entre la moneda local y la divisa de referencia. Además, el tipo de cambio también puede tener efectos sobre el capital prestado, siendo posible que éste aumente y, como consecuencia, aumente también el importe del capital pendiente de amortizar. Por todo ello, nos encontramos ante un producto con una alta volatilidad y riesgo.

El Tribunal Supremo ejemplifica en su STS 418/2022, de 24 de mayo que, cuándo debe entenderse cumplido el estándar de transparencia exigible en casos de negociación de este tipo de productos con consumidores. En el caso en concreto, la información precontractual se facilitó al cliente con un mes y medio antes de la formalización del préstamo, entendiéndose así que había sido puesta a disposición con la antelación suficiente. Además, esta información incluía una explicación de los efectos que la depreciación de la divisa (el yen) podía tener, tal y como hemos comentado, no solamente respecto a las cuotas, sino también respecto al capital. La información incluía unas ilustraciones que contenían simuladores del pago de las primeras cuotas mensuales del préstamo en función de las variaciones del tipo de cambio y del tipo de interés.

En definitiva, el Tribunal Supremo declara que en estos casos la exigencia de la transparencia debe entenderse como cumplida correctamente, debido a que el cliente se encuentra informado, con la antelación adecuada, sobre los concretos riesgos del préstamo hipotecario en divisa extranjera y el hecho de que la fluctuación de la divisa en este tipo de producto financiero supone un recálculo constante del capital prestado.

**Abusividad y acción de cesación respecto del cobro de una comisión por cada ingreso en efectivo realizado por terceras personas con información adicional (concepto) incorporado en el justificante a solicitud del ordenante, a pagar por la persona que efectúa el ingreso. Sentencia 328/2022, de 26 de abril. Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. núm.: 6032/2018.**

Las comisiones bancarias son las cantidades que las entidades cobran por la prestación de sus servicios como, por ejemplo, el envío de una transferencia, el cambio de divisas, el estudio de la viabilidad de un préstamo, etc. Los bancos las pueden cobrar de forma individual, con cargo a cada servicio efectivamente prestado o en un solo cargo genérico. En cualquier caso, el cobro de comisiones debe responder a servicios que hayan sido realmente prestados por las entidades financieras, y hayan sido aceptados o solicitados por el cliente.

En el caso concreto, la STS 328/2022, de 26 de abril versa sobre la posibilidad de la entidad financiera de cobrar una comisión al cliente por la expresión del concepto en un ingreso. El Tribunal Supremo determina que este servicio debe entenderse incluido en el servicio de caja y, por esta razón, no merece la consideración de ser considerado un servicio independiente sujeto a una comisión bancaria.

Según el Tribunal Supremo, el servicio de caja ya queda retribuido por la comisión de mantenimiento de la cuenta corriente bancaria, que incluye la realización de pagos y cobros por cuenta del cliente. Su decisión se fundamenta en que la expresión del concepto del ingreso es inherente a la realización del propio ingreso, y el pago en efectivo por un tercero, así como su correspondiente cobro por el titular de la cuenta debe responder a una causa que incluya el importe, el origen, el destino y el concepto al que responde la transmisión patrimonial en cuestión.

En la práctica, el ingreso contiene la emisión de un justificante por escrito que se entrega a quien lo realiza, y en el que deben constar aquellos datos básicos como la fecha, el importe, la cuenta a la que se hace el ingreso y la persona que lo realiza. En la mencionada sentencia se aclara que el concepto del ingreso debe considerarse como uno de estos datos básicos y, por consiguiente, este servicio ya se encuentra retribuido por la comisión de mantenimiento. Pretender cobrar una comisión adicional por incluir el concepto del ingreso supondría una vulneración del artículo 3.1, párrafo

segundo, de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, atendiendo a que la comisión pretendida no retribuye ningún servicio efectivo distinto del que ya es objeto de retribución por el cliente en virtud de la comisión de mantenimiento de la cuenta.

**Carácter abusivo de la “cláusula suelo” establecida en contrato de préstamo hipotecario. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 17 de mayo de 2022, L / Unicaja Banco, S.A. (Asunto C-869/19).**

El Tribunal Supremo planteó en fecha 27 de noviembre de 2019 una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con el considerando vigésimo cuarto y el artículo seis, apartado uno, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (la “Directiva”). El primer apartado del artículo seis de la Directiva determina lo siguiente: *“ Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”*.

La cuestión prejudicial plantea si el mencionado artículo se opone a que los tribunales nacionales que conocen de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor como consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula no pueden examinar de oficio dicha infracción y declarar la restitución íntegra de las mencionadas cantidades.

El TJUE utiliza el principio de equivalencia (en virtud del cual cada Estado miembro puede establecer en su ordenamiento interno aquellos procedimientos destinados a salvaguardar los derechos de los justiciables, pero estos procedimientos no pueden ser menos favorables que los aplicables a situaciones similares en el derecho de la Unión Europea) para disponer que, cuando el juez nacional esté obligado o facultado para apreciar de oficio la legalidad de un acto jurídico en virtud de las normas nacionales de orden público, también estará facultado u obligado a apreciar de oficio la legalidad



del mismo acto en relación con la Directiva, incluso cuando la cuestión de legalidad sobre la que versa el conflicto no haya sido planteada en primera instancia.

En el caso que nos ocupa, el principio procesal que está en juego es el de cosa juzgada, y el TJUE recuerda la importancia que posee el mismo en los ordenamientos jurídicos nacionales y también en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, con el fin de garantizar la estabilidad del derecho. Asimismo, recuerda el TJUE que la protección al consumidor no es absoluta. Sin embargo, debe respetarse, en todo caso, el principio de efectividad y de equivalencia del derecho de la Unión Europea.

Concluye el TJUE estableciendo que la Directiva se opone a la jurisprudencia nacional por la que se limita en el tiempo los efectos de restitución vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional. En resumen, el principio procesal de cosa juzgada privaría al consumidor de hacer efectivos sus derechos en virtud de la Directiva y vulneraría el principio de equivalencia y efectividad.

### III. ANÁLISIS EN PROFUNDIDAD

#### INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDORRANO DE LA REGULACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE EMIR, BMR Y SFTR.

La Ley 8/2013, del 9 de mayo, sobre los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las entidades operativas del sistema financiero, la protección del inversor, el abuso de mercado y los acuerdos de garantía financiera (“Ley 8/2013”) es la piedra angular de la regulación en materia de prestación de servicios de inversión del sistema financiero andorrano.

La Ley 8/2013 ha sido una de las vías destacadas a través de las que el derecho andorrano ha ido aproximándose a la normativa europea bancaria y del mercado de valores, de acuerdo con los compromisos asumidos por el Principado de Andorra en el Acuerdo Monetario firmado en el año 2011 con la Unión Europea y cuyo Anexo ha ido modificándose anualmente para incorporar parte del acervo comunitario en materia financiera al ordenamiento jurídico andorrano.

En esta línea, el pasado 11 de mayo el Consell General hizo público un proyecto de ley para armonizar la Ley 8/2013 con el Reglamento (UE) 648/2012, de 4 de julio (EMIR), el Reglamento (UE) 2015/2365 de

25 de noviembre (SFTR) y el Reglamento (UE) 2016/1011 de 8 de junio (BMR). Dado el profundo calado de las innovaciones a adoptar, el proyecto también modifica la Ley 10/2008, de 12 de junio, de regulación de los organismos de inversión colectiva andorranos y, en especial, se dispone que el folleto completo y el folleto simplificado de estos organismos y sus informes periódicos informen sobre las operaciones de financiación de valores y las permutas de rendimiento total, así como sobre el uso de índices de referencia. Por último, se modifica la Ley del régimen disciplinario del sistema financiero, de 27 de noviembre de 1997, para complementar el régimen de infracciones y sanciones en relación con el uso de índices de referencia.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, el cambio proyectado es especialmente relevante en atención a la implicación del sistema financiero andorrano en las finanzas internacionales. En efecto, las materias descritas anteriormente han merecido una muy especial atención en las principales plazas financieras durante los últimos años hasta devenir elementos característicos de esta rama de actividad. De hecho, las entidades

andorranas ya han ido adoptando paulatinamente las mismas prácticas al respecto que emplean los grupos financieros europeos. Sin embargo, la ausencia de una normativa propia en este ámbito, alineada con los principios del derecho europeo, resulta urgente y necesaria. No obstante, la complejidad de los cambios a realizar es notable, haciendo bueno el dicho “el diablo está en los detalles”.

Nuestro propósito en esta nota de actualidad es exponer el alcance de algunos de estos asuntos que, en no pocos casos, pasan fácilmente desapercibidos. Asimismo, prestaremos también atención a los problemas que pueden surgir a raíz de la adopción de terminología jurídica y económica anglosajona, lo que es de interés para mantener la coherencia del proyecto normativo no sólo con el resto del ordenamiento jurídico andorrano, sino también para asegurar que se alinee con la práctica internacional.

### 1. Cuestiones terminológicas:

Los textos comunitarios en materia financiera, aunque publicados en la totalidad de las lenguas oficiales de la Unión Europea, incorporan constantemente terminología jurídica y financiera anglosajona, pues estos son los

estándares difundidos en la práctica internacional. Esta tendencia es inevitable, e incluso de utilidad, pero exige en primer lugar un esfuerzo para garantizar que los textos legales andorranos no incorporen usos o conceptos jurídicos del “Common Law” totalmente fuera de contexto.

Un claro ejemplo de ello lo tenemos en las expresiones siguientes: (i) suscripción de contratos en vez de celebración de contratos; (ii) rescisión de contratos en vez de resolución o vencimiento anticipado de contratos; (iii) finalización de contratos en vez de extinción; o (iv) contratos de derivados en vez de, simplemente, derivados.

Estas cuestiones deberían tenerse en cuenta, junto con otras más sutiles, como por ejemplo, el uso del término novación respecto de los derivados, sin reparar en que de hecho se refiere a derivados cedidos o transmitidos. Es decir, en la medida en que en derecho inglés no es posible ceder los contratos a causa del carácter personal de las obligaciones contractuales, en la práctica se procede a su transmisión vía novación: se extingue el contrato original y se celebra una nueva operación idéntica a la anterior en donde una de las partes ha sido sustituida por otra persona. En otros ordenamientos jurídicos no existe esta limitación legal, lo que comportaría que

con la actual propuesta las transmisiones instrumentadas vía cesión quedasen fuera de la norma. Por último, la propuesta de redactado para el nuevo art 15bis.5 de la Ley 8/2013 se refiere a la frustración de los contratos, es decir, a una doctrina jurisprudencial inglesa sin un reflejo claro en la Europa continental.

Junto a lo anterior, el proyecto incorpora terminología financiera ciertamente inusual en la práctica, aunque usada en determinadas jurisdicciones. Un buen ejemplo de ello es el empleo del término “extrabursátil”, a pesar de que la expresión “over-the-counter” tiene este significado originalmente. Pero en la práctica internacional, como así se hace en la versión inglesa de la normativa EMIR, se emplea el término “OTC” y los contratos en cuestión se denominan “derivados OTC”. Sin más precisiones, especialmente en un momento como el actual en el que estos contratos pueden cerrarse también en centros de negociación, o ser compensados en una CCP (sin más rodeos, a través de LCH o de Eurex) sin dejar de ser instrumentos OTC.

También resultan confusos, en materia de índices de referencia, los términos “tipo deudor” e “intervalo”, pese a haber sido empleados en otras jurisdicciones, cuando de hecho estamos hablando de “tipo de

interés” y de “diferencial”, términos que sí son bien conocidos y entendidos en la práctica. Ello sin contar con el concepto de “posibilidad de descubierta” a la que se refiere el nuevo art. 2.53. En nuestra opinión, bastaría con que dicho artículo se refiriese simplemente a las financiaciones al consumo y a las inmobiliarias, pues la BMR se refiere a ambos tipos de contratos financieros en esta sede.

Ciertamente se trata de cuestiones terminológicas, a priori, menores. Pero no está de más recordar las restricciones a las que se ha sometido el “close-out netting” en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español partiendo de la traducción de este término como “acuerdo de compensación contractual”. Ello conllevó que se descartase su naturaleza novatoria, de modo que se negó que pudiese actuar respecto de una única operación. El revuelo no sólo fue notable, sino incluso de alcance internacional. Baste decir que la reciente legislación malaya sobre el particular se vio obligada a recalcar que también procedía incluso en caso de existir una única operación.

## 2. Adaptación a BMR:

La regulación BMR fue la respuesta de la Unión Europea a los escándalos relativos a los intentos de manipulación del EURIBOR

y del LIBOR. Una respuesta claramente intervencionista (pues los administradores europeos de índices de referencia quedaron sometidos a una exigente regulación y el uso de índices de referencia requiere su inscripción previa en el registro de Administradores e Índices de Referencia de ESMA) liderada por la Unión y cuyo seguimiento en otras jurisdicciones está aún por ver.

Por ello, el art. 51.5 de la versión vigente de la BMR permite seguir usando índices de terceros Estados hasta el 31 de diciembre de 2023, fecha que también debería tenerse en cuenta en Andorra. Además, sería conveniente tener en cuenta todas las excepciones que prevé la BMR a su propio ámbito de aplicación material, y no sólo la relativa a los índices de referencia publicados por bancos centrales y otros organismos públicos. En consecuencia, deberían excluirse los precios únicos de referencia de los instrumentos financieros (como las cotizaciones bursátiles) y determinados índices de referencia sobre materias primas. Todo ello sin contar que la Unión Europea aún debe adoptar una decisión sobre los fixings de los tipos de cambio de las monedas convertibles. Alternativamente, para evitar la continua actualización de la Ley 8/2013, podría remitirse la norma andorrana a la europea

o facultarse al Govern d'Andorra para adoptar los reglamentos oportunos, como se hace en otras partes del proyecto.

Asimismo, parece existir cierta confusión sobre los instrumentos y los contratos financieros a los que se aplica la norma. En cuanto a los primeros, el concepto de instrumento financiero incluye a los derivados OTC, cuya naturaleza jurídica es claramente contractual. Pero, en todo caso, se exige que se trate de instrumentos líquidos, es decir, admitidos (o al menos, cuya admisión se haya solicitado) en un centro de negociación u ofrecidos por un internalizador sistemático, de acuerdo con el art. 3.1.16 de la BMR. La ausencia de esta precisión es importante, pues los instrumentos financieros ilíquidos generalmente no pueden adaptarse a la BMR por sus características inherentes. En cuanto a los contratos financieros, ya hemos advertido el error incurrido en la referencia a los contratos de financiación inmobiliaria (definidos en el art. 4.3 de la Directiva 2014/17/UE).

Por su parte, el nuevo art. 15ter consagra un régimen legal para la designación de índices de referencia sustitutivos en línea con lo previsto en los art. 23.a, 23.b y 23.c de la BMR. Sin embargo, el art. 23.a.(b) no se limita a los contratos financieros, como sí hace el art. 15ter.1.(b) propuesto, sino

que abarca a todo contrato sometido a un derecho que no prevea sustitutivo alguno y cuyas partes residan en la Unión Europea. La propuesta actual impediría aplicar el art. 15ter.1.(b) propuesto a los instrumentos financieros de naturaleza contractual, como los derivados OTC. Asimismo, resulta extraño el redactado propuesto porque estrictamente se refiere a contratos internos (ambas partes deben residir exclusivamente en Andorra) sometidos a un derecho extranjero (lo que no será habitual en tales casos).

Además de lo anterior, la propuesta de nuevo art. 15ter.6. es totalmente lógica por razones de seguridad jurídica y está en línea con la BMR: los sustitutivos pactados por las partes deben prevalecer sobre los legales. Pero sería más claro limitarse a enunciar lo siguiente: “La designación de un índice substitutivo no impedirá que las partes de un contrato financiero o de un derivado OTC o la mayoría de las personas afectadas, en el caso de los instrumentos financieros negociables, designen como substitutivo un índice de referencia diferente o apliquen condiciones diferentes, ya sea con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigor prevista en el reglamento técnico de regulación de sustitución del índice de referencia previsto en el apartado 3”. Tampoco se dice

nada sobre el contenido de tales reglamentos, cuyo contenido técnico no resulta sencillo.

Por último, advertir que el nuevo art. 15bis.2 permite a las entidades andorranas el empleo de índices de referencia sustitutivos. Ciertamente el redactado es totalmente correcto, pero no tiene en cuenta que el art. 21 de la BMR también prevé la administración forzosa de los índices de referencia cruciales, lo que de hecho ya ha acaecido en la práctica, con el revuelo correspondiente. En efecto, el Reino Unido, para evitar los problemas ligados a la desaparición del LIBOR respecto de la libra esterlina y del yen japonés, obligó al administrador de dicho índice calcular y publicar un índice sintético durante un año, sin perjuicio de eventuales prórrogas. En consecuencia, sería conveniente autorizar el uso de tales índices sintéticos también a las entidades andorranas.

### 3. Adaptación a SFTR:

En cuanto a la adaptación a la SFTR, dos son los aspectos relevantes: (i) el establecimiento de un régimen de notificación de operaciones y (ii) la imposición de un deber de advertencia de los riesgos ligados a la reutilización de las garantías financieras. La primera de las

cuestiones no se aleja en lo fundamental del modelo europeo, salvo por el hecho que, en vez de recurrirse a los servicios de repositorios de operaciones, las notificaciones deben dirigirse a la AFA. Está por ver la incidencia de esta elección en la diseminación de la información a obtener en base a estas nuevas obligaciones de transparencia, pero ciertamente es de interés para controlar la actividad financiera en la sombra.

Aunque perfectamente correcta, resulta extraña la técnica seguida en la segunda de estas materias. Por reutilización, como se expone en el mismo proyecto, se entiende el uso de los activos sujetos a una garantía financiera constituida mediante prenda con derecho a utilización (figura ya prevista en el art. 60 de la Ley 8/2013), o bien mediante el traspaso de propiedad, dedicándose un artículo diferente a cada una de estas modalidades de garantía financiera con un contenido prácticamente idéntico. Sin embargo, no se regula sobre los efectos del incumplimiento de estos deberes de información. Esta laguna ya esté presente en el SFTR, pero en dicho marco es aceptable, pues la regulación de las garantías financieras corresponde a las leyes estatales que implementaron la directiva de garantías financieras. En el caso de la Ley 8/2013, los requisitos para la

perfección de estas garantías se contienen en los art. 55 y 57 que, de aprobarse la reforma en los términos actuales, no incluirán nada nuevo de estos deberes de información introducidos en los nuevos art. 81 y 81bis.

#### 4. Adaptación a EMIR:

Esta adaptación, aunque no es completa, permite extender al Principado de Andorra las partes fundamentales del reglamento EMIR. Nos referimos a las materias siguientes: (i) la compensación de los derivados OTC; (ii) la reducción del riesgo de crédito de los derivados OTC intercambiando garantías; (iii) los registros de derivados; (iv) los deberes formales de confirmar tras el cierre de las operaciones OTC; y (v) la conciliación de carteras (aunque el proyecto no regula la compresión de carteras de derivados OTC).

Asimismo, a pesar de que se importa la definición de “Contraparte Financiera” (“FCs”) y la de “Contraparte no Financiera” (“NFCs”), así como la figura de las FC-s (es decir, las FCs cuyo reducido volumen de actividad las exime de la obligación de compensar los derivados OTC, obligación que se activa tras notificar a la AFA que se han sobrepasado los umbrales que el derecho de la Unión Europea prevé al respecto), se exime a

todas las NFCs andorranas de esta obligación, pese a que sí quedarían dentro del ámbito de aplicación del art. 4.1 de EMIR al contratar con FCs de la Unión Europea. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el traspaso de los umbrales de compensación por una FC o una NFC debe ser comunicado a ESMA, lo que se basa en criterios comunes en toda la Unión Europea. Sin embargo, en el caso de terceros Estados, el flujo de información es más complejo y se plantea el problema de las responsabilidades en que incurrirían las partes en caso de un error al calificar el estatus regulatorio de la contraparte. En la práctica, como indica ESMA, es usual reclamar a las contrapartes que emitan una declaración sobre dicho estatus y, de no resultar satisfactoria o no obtenerse la misma, debería presumirse que la contraparte está obligada a compensar las operaciones de derivados OTC. Esta declaración (considerada una “representation” bajo derecho inglés) puede tener consecuencias jurídicas adversas en caso de resultar incierta, por lo que sería oportuno que existiera también el deber de notificar a la AFA la no superación de los umbrales.

En cuanto a las obligaciones de notificar las operaciones de derivados, esta obligación

se extiende a todos los derivados, sin limitarse únicamente a los OTC, tal como hace EMIR. La notificación debe dirigirse a alguno de los repositorios oficialmente reconocidos según EMIR, pesando dicha obligación exclusivamente sobre las FCs. Razón por la cual las excepciones previstas para las NFCs respecto de los deberes de notificación tienen escasa entidad. Además, curiosamente, esta obligación sólo resulta exigible en las operaciones cerradas por una FC andorrana al contratar con FCs de la Unión Europea, pero no en las operaciones puramente internas. Por otra parte, dado que las FCs distintas de las entidades de crédito poseen sistemas de administración interna poco desarrollados, la norma andorrana sigue autorizando la delegación de esta obligación.

Tras sentar estas bases, pues la adaptación a EMIR se limita a los principios esenciales en los que se basa este reglamento, el proyecto se remite al ulterior desarrollo reglamentario a favor del ministerio encargado de las finanzas o de la AFA, según la materia, en términos muy amplios.

\*\*\*



CASES & LACAMBRA  
España

Nuestro equipo de Servicios Financieros estará encantado de proporcionarle más información. Quedamos a su disposición para responder a sus preguntas, no dude en ponerse en contacto con nosotros:



**Miguel Cases**  
Socio

[miguel.cases@caseslacambra.com](mailto:miguel.cases@caseslacambra.com)



**Toni Barrios**  
Socio

[toni.barios@caseslacambra.com](mailto:toni.barios@caseslacambra.com)



**Bojan Radovanovic**  
Socio

[bojan.radovanovic@caseslacambra.com](mailto:bojan.radovanovic@caseslacambra.com)



**Araceli Leyva**  
*Of Counsel*

[araceli.leyva@caseslacambra.com](mailto:araceli.leyva@caseslacambra.com)



**Claudi Rossell**  
*Of Counsel*

[claudi.rossell@caseslacambra.com](mailto:claudi.rossell@caseslacambra.com)