

1.6. Responsabilidad Civil

El resarcimiento de daños morales por cláusulas abusivas en contratos bancarios con consumidores: presente y ¿futuro?

The compensation of non-material damages for abusive clauses in consumer bank contracts: present and future?

por

INMACULADA VIVAS TESÓN
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Sevilla

1.1. DERECHO DE CONTRATOS-CONTRATOS BANCARIOS

RESUMEN: En estos últimos años se han dictado numerosas sentencias relacionadas con productos financieros que contenían cláusulas abusivas, no negociadas y no comunicadas a los clientes con suficiente transparencia. En tales casos se ha declarado la nulidad de las cláusulas y, conforme a su eficacia *ex tunc*, los bancos han tenido que devolver las cantidades indebidamente cobradas, pero nada más. ¿Es posible condenar a la banca a compensar económicamente los daños morales a sus clientes? El Informe de la Comisión europea de 29 de agosto de 2019 al Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde afirmativamente, abriendo la puerta a futuras reclamaciones de daños que afectan a la esfera anímica del consumidor.

ABSTRACT: *In recent years, many sentences related to financial products containing abusive clauses, not negotiated and not communicated to clients with sufficient transparency, have been issued. In such cases, the nullity of the clauses has been declared and, according to their ex tunc effectiveness, banks have had to return unduly invoiced amounts, but nothing more. Is it possible to convict banks to provide economic compensation for non-material damages suffered by their clients? The Report of the European Commission of August 29, 2019 to the Court of Justice of the European Union responds affirmatively, opening the door to future claims of damages affecting the mood of the consumer.*

PALABRAS CLAVE: Protección de los consumidores. Cláusulas abusivas. Daños morales. Mala praxis bancaria.

KEY WORDS: *Consumers protection. Abusive clauses. Non-material damages. Banking malpractice.*

SUMARIO: I. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.—II. EL INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 29 DE AGOSTO DE 2019 AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA VUELVE A SACAR LOS COLORES A LA JUSTICIA ESPAÑOLA.—III. LA COMPENSACIÓN PECUNIARIA DEL DAÑO MORAL BANCARIO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CONTRACTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

El aluvión de litigios sobre abusividad de cláusulas en la contratación de hipotecas en los últimos tiempos con motivo de la jurisprudencia del Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido enorme. Para hacernos una idea, según datos del Consejo General del Poder Judicial¹, en los Juzgados especializados en acciones individuales sobre cláusulas abusivas han ingresado, desde su puesta en marcha el 1 de junio de 2017, 486.078 asuntos, de los que ya se han resuelto algo más de la mitad, en concreto, 243.550 (141.643 durante el ejercicio 2019), fallando en un 69,9% a favor del cliente hipotecario.

Tales pronunciamientos judiciales declaran la nulidad de la cláusula abusiva en cuestión, condenando, en consecuencia, a la entidad financiera a la restitución de las cantidades pagadas de más por el cliente, pero no al resarcimiento de los daños morales. Pues bien, esta posición de nuestros jueces y tribunales podría tener sus días contados. Vayamos por partes.

Hoy día, nuestro Tribunal Supremo admite que el daño moral puede provenir lo mismo de la culpa contractual como de la extracontractual (por todas, STS de 22 de mayo de 1995), si bien fue en el ámbito aquiliano donde inicialmente se reconoció² y en el que, sin duda, ha tenido mayor acogida. Por consiguiente, en Derecho español³, el incumplimiento (total o parcial) de una obligación contractual puede generar tanto daños patrimoniales como morales, aunque se trate de un contrato de contenido puramente económico dirigido a satisfacer un interés patrimonial al contratante. Ahora bien, la indemnización del daño moral «no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual» (STS de 26 de julio de 2000).

Como señala el Supremo en su Sentencia de 9 de diciembre de 2003, nuestro Código civil no contempla expresamente la indemnización por daños morales⁴, si bien su artículo 1106 no la excluye y su artículo 1107 impone el resarcimiento de «todos»⁵ los daños y perjuicios, siendo la jurisprudencia casacional civil la que ha ido elaborando una doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ya desde las antiguas Sentencias de 6 de diciembre de 1912 y 19 de diciembre de 1949.

El Alto Tribunal, en el Fundamento jurídico 6.º de su Sentencia de 25 de abril de 2019, afirma que «la jurisprudencia, reconociendo que el daño moral constituye una “noción dificultosa”, le ha dado una orientación cada vez más amplia⁶, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris*. Ha considerado incluidos en él las intromisiones en el honor e intimidad y los ataques al prestigio profesional, y ha sentado como situación básica para que pueda existir un daño moral indemnizable la consistente en un sufrimiento o padecimiento psíquico, que considera concurre en diversas situaciones como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre,

temor o presagio de incertidumbre), ansiedad, angustia, incertidumbre, impacto, quebranto y otras situaciones similares».

Según doctrina reiterada contenida, entre otras, en las SSTs de 27 de julio de 2006, 28 de febrero y 3 de octubre de 2008, 12 de mayo de 2009, 30 de abril de 2010 y 23 de octubre de 2015, «no es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva, pero precisando que deben ser calificados como daños morales, cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no solo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica».

Conforme a la Sentencia de 22 de septiembre de 2004, «puede en esa línea entenderse como daño moral, en su integración negativa, toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado no referido a los daños corporales, materiales o perjuicios, y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe integrar, en los daños materiales porque estos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su “quantum” económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque estos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico. (...) En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar —siguiendo esa jurisprudencia—, que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se estima el sufrimiento o esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales...».

Como establece la STS de 13 de abril de 2012, «es cierto que el daño moral no produce una pérdida económica de carácter material, ni una disminución del patrimonio, ni se identifica con el lucro cesante, aunque puede derivar de un daño patrimonial pero puede significar malestar, zozobra, desasosiego, indignación, perturbación, ansiedad, preocupación susceptible de generar desestabilización e inquietud, inestabilidad emocional personal y/o familiar, del ciudadano/a medio, etc., disfunciones que pueden tener una compensación económica».

La STS de 15 de julio de 2011, en relación a la reparación del daño moral contractual como consecuencia de vicios ruínógenos, establece: «la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido que el daño moral es apreciable en la responsabilidad contractual, si bien no todo daño moral debe ser indemnizado por el que lo causa en el ámbito contractual o extracontractual (SSTS de 31 de mayo 2000; 10 de marzo de 2009). La obligación de reparación no tiene un alcance universal, sino que su alcance debe ser delimitado en función del contenido del contrato y de los criterios normativos de imputación objetiva que resultan del ordenamiento jurídico. El daño moral debe, además, ser demostrado».

Luego añade: «tratándose de la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato tiene suficiente relevancia, por lo general, para entender excluida

la obligación de responder por daños morales el hecho de que en un contrato de contenido predominantemente económico no se halle prevista y no se infiera de su contenido y consecuencias conforme a la buena fe, al uso y a la ley una obligación especial de diligencia para cubrir todos o algunos de los posibles daños morales derivados del incumplimiento (STS de 10 de marzo de 2009)».

Y continúa afirmando: «la jurisprudencia de esta Sala admite que el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido, y se indemniza junto al daño patrimonial, bien mediante la aplicación de reglas específicas, como la del artículo 1591 del Código civil⁷, bien mediante las generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 del mismo texto legal (SSTS de 16 de noviembre de 1986: trastorno y angustia ocasionada a una familia que se vio obligada a abandonar la casa; de 10 de noviembre de 2005: pérdida de las vacaciones estivales; de 22 de noviembre de 2007: abandono de vivienda por obras defectuosas graves, entre otras)».

Según la STS de 21 de enero de 2015, «lo que genera la obligación de indemnizar el daño moral es el propio juego de la dinámica de la responsabilidad, esto es, la existencia del incumplimiento, el juicio de imputabilidad y su producción efectiva en la relación de causalidad. Dinámica que guarda una estrecha conexión, en línea de principio, con el carácter integral que informa nuestro deber de resarcir y, por tanto, con su admisión en el ámbito de la responsabilidad contractual; entre otras (STS de 13 de abril de 2012)».

Así las cosas, no toda perturbación anímica derivada de un incumplimiento contractual conlleva automáticamente un daño moral que deba ser compensado pecuniariamente. Téngase en cuenta que la simple frustración del cumplimiento de un contrato genera, por sí misma, disgusto, aflicción, malestar, desazón, indignación, cabreo, angustia o ansiedad. Entonces, ¿cuándo y con arreglo a qué criterios es indemnizable el daño moral derivado del incumplimiento de un contrato predominantemente económico? Pues cuando exista un incumplimiento relevante, una imputación objetiva al incumplidor o cumplidor negligente y un nexo causal entre acción u omisión y daño moral, el cual debe consistir en sufrimiento, zozobra y padecimiento y no en una mera incomodidad ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato⁸.

Sorprendente resulta el fallo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de septiembre de 2016, en relación a una reclamación de indemnización de daños y perjuicios por prestación de información defectuosa sobre un producto de inversión adquirido a una sociedad de valores, según la cual, «la indemnización de los daños morales exige no solamente que se aprecie una causalidad fenomenológica entre la conducta del demandado y los hechos en que tales daños se concretan (angustia, desazón, ansiedad), sino también que pueda establecerse una imputación objetiva.

Por lo general, cuando se exige indemnización de daños morales por incumplimiento de un contrato de contenido puramente económico como es el caso del asesoramiento de inversiones, aunque pudiera entenderse que existe una relación de causalidad fenomenológica entre la conducta del demandado y los daños psicológicos que hubiera podido sufrir el demandante, no puede establecerse una imputación objetiva en base al criterio del fin de protección de la norma cuando explícita o implícitamente no se ha tomado en consideración la vulneración de bienes de la personalidad (tales como la integridad, la dignidad o la libertad

personal) en relación con el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas, salvo en el caso de que el incumplimiento contractual sea doloso, pues en tal caso el título de imputación se deriva de la previsión del artículo 1107 del Código civil de que «en caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación» (Sentencia 366/2010, de 15 de junio)».

Nuestra sorpresa reside en que el Alto Tribunal para considerar el daño moral contractual indemnizable exige, sin despegarse un ápice de la letra del párrafo 2.º del artículo 1107 del Código civil, que el incumplimiento sea doloso, que, en el caso de autos, concluyó que no lo fue, añadiendo que «en los contratos relativos al mercado de valores, la regulación de las obligaciones de los intervinientes en tal mercado no toma en consideración la vulneración de bienes de la personalidad, sino simplemente los intereses económicos de los intervinientes, así como de la economía general». No obstante, en más de una ocasión se ha condenado al resarcimiento de daños morales por incumplimientos contractuales negligentes.

En el ámbito de la contratación por parte de consumidores y usuarios, la indemnización de daños morales con base en los artículos 1101 y concordantes del Código civil, viene siendo reconocida por nuestros órganos judiciales en los supuestos de intromisión ilegítima en el derecho al honor (art. 18.1 CE) por indebida inclusión de datos personales en ficheros automatizados de solvencia patrimonial [SSTS de 6 de marzo de 2013, de 22 de diciembre de 2015, de 7 de noviembre de 2018, de 20 de junio de 2019 y 19 de febrero de 2020, así como las SSAP de Sevilla (Sección 6.ª) de 14 de julio de 2016, de Valencia (Sección 7.ª) de 28 de septiembre de 2016, de Asturias (Sección 7.ª) de 9 de noviembre de 2017, de Salamanca (Sección 1.ª) de 28 de mayo de 2018 y de Cantabria (Sección 2.ª) de 14 y 22 de enero de 2020]⁹, siendo irrelevante la cuantía del débito por el que la persona fuese incluida en él (como precisa la STS de 18 de febrero de 2015, que ventilo un caso de la inclusión en un registro de morosos por una deuda de 135,42 euros), en contratación telefónica por defectuosa prestación de servicios, en concreto, en la tramitación de la portabilidad de línea [SSAP de Navarra (Sección 1.ª) de 10 de febrero de 2010, de Asturias (Sección 5.ª) de 7 de junio de 2010, de Burgos (Sección 3.ª) de 27 de julio de 2010 y de Zaragoza (Sección 5.ª) de 3 de abril de 2012], en incumplimiento tardío en cuanto a la entrega de una vivienda [SSAP de Asturias (Sección 1.ª) de 9 de marzo de 2005, de Valencia (Sección 7.ª) de 10 de abril de 2007, de Madrid (Sección 19.ª) de 4 de junio de 2010, de Madrid (Sección 21.ª) de 16 de noviembre de 2010 y SAP de Cádiz (Sección 8.ª) de 20 de enero de 2012], en relación a cancelaciones o retrasos de vuelos o de entrega de equipaje [entre las más recientes, SSAP de Islas Baleares (Sección 5.ª) de 5 de abril de 2016, de Barcelona (Sección 15.ª) de 9 de julio de 2019, de Pontevedra (Sección 1.ª) de 7 de octubre de 2019 y de Granada (Sección 3.ª) de 27 de noviembre de 2019], materia en la que la STS de 31 de mayo de 2000 advierte que «no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo», señalando que «pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso. Pero con ello no se agotan todas las posibilidades, pues resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad

y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna», en incidentes en cruceros [SSAP de Madrid (Sección 14.^a) de 29 de abril de 2014, de Málaga (Sección 5.^a) de 25 de enero de 2018, de Madrid (Sección 11.^a) de 29 de abril de 2019 y de Madrid (Sección 14.^a) de 9 de mayo de 2019], en incumplimiento de prestaciones contratadas para la celebración de bodas y comuniones [SSAP de Madrid (Sección 14.^a) de 7 de febrero de 2000, de Islas Baleares (Sección 5.^a) de 22 de junio de 2004, de A Coruña (Sección 5.^a) de 16 de noviembre de 2011, de Granada (Sección 5.^a) de 9 de octubre de 2015 y de Jaén (Sección 1.^a) de 4 de octubre de 2017], así como, en el ámbito bancario, sobre el que volveremos más adelante.

Así las cosas, el Supremo, en su Sentencia de 13 de abril de 2012, describe con absoluta claridad su postura prudencial (en ocasiones, cicatera) respecto al daño moral: «la doctrina y la jurisprudencia (SSTS de 22 de septiembre de 2002 y 10 de marzo de 2009) admiten su existencia, si bien con cautela para evitar reclamaciones injustificadas o amparadas en incumplimiento de escaso calado».

El daño moral, al igual que el patrimonial, ha de ser probado, si bien la dificultad estriba en la evaluación económica de perjuicios en la esfera subjetiva, incorporal o invisible y, además, el padecimiento humano varía en función de las personas. En este sentido, el Tribunal Supremo reconoce en su Sentencia de 17 de febrero de 2005 que su valoración económica es difícil.

Como afirma en el Fundamento jurídico 2.º de su Sentencia de 31 de mayo de 2000, «la temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfia) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (S. 21 de octubre de 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (S. 15 de febrero de 1994), o que la existencia de aquel no depende de pruebas directas (S. 3 de junio de 1991), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (S. 14 de diciembre de 1993), o no se admita la indemnización —compensación o reparación satisfactoria— por falta de prueba (S. 19 de octubre de 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (S. 23 de julio de 1990, 29 de enero de 1993, 9 de diciembre de 1994 y 21 de junio de 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las Sentencias de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (S. 19 de octubre de 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la «*in re ipsa loquuntur*», o cuando se da una situación de notoriedad (SS. de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria».

No existen parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste (SSTS de 17 de mayo y 3 de septiembre de 2019), de manera que ha de proporcionarse, en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso concreto y a la gravedad de la lesión efectivamente producida (entre otras, SSTS de

2 de diciembre de 1946, 5 de julio de 1972, 31 de mayo de 1983, 25 de junio de 1984, 24 de septiembre de 1999, 9 de diciembre de 2003, 28 de marzo y 28 de abril de 2005, 10 de febrero y 4 de octubre de 2006 y 13 de abril de 2012). En este sentido, el daño moral, en cuanto no haya sido objeto de un sistema de tasación legal, dado que no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, según la jurisprudencia inveteradamente viene poniendo de manifiesto. Esta circunstancia diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* [cuantía] indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa, en los casos de frustración de derechos, intereses o expectativas (STS de 27 de julio de 2006)¹⁰.

II. EL INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 29 DE AGOSTO DE 2019 AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA VUELVE A SACAR LOS COLORES A LA JUSTICIA ESPAÑOLA

No es la primera vez que la justicia europea, con mayor o menor tibieza, enmienda la plana a la española. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) lo hizo en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15) en relación a las cláusulas suelo¹¹ y, de nuevo, en su reciente Sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018) sobre el Índice de Referencia para Préstamos Hipotecarios (IRPH)¹², en la que corrige a nuestro Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (la cual contó con un voto particular y con el que ahora concuerda el tribunal comunitario), había cerrado la puerta a las reclamaciones de casi un millón de consumidores.

En esa línea no tiene desperdicio el Informe que la Comisión europea dirige, con fecha de 29 de agosto de 2019, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el cual ha sido elaborado por Napoleón Ruiz García y Julio Baquero Ruiz, miembros de su Servicio Jurídico, en contestación a los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19. Ambos tienen su origen en dos cuestiones prejudiciales elevadas al TJUE por el Juzgado de Primera Instancia 17 de Palma de Mallorca y por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción 6 de Ceuta para aclarar cómo proceder en dos pleitos entre CY y Caixabanc, S.A. (C-224/19) y LG y PK y BBVA, S.A. (C-259/19), en relación a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En dichas cuestiones prejudiciales los respectivos magistrados preguntan, entre otras cosas (trece preguntas formuló el de Palma de Mallorca y dos el de Ceuta), si cabe control de abusividad de la cláusula de comisión de gastos de apertura a la luz del artículo 4.2.º de la citada Directiva 93/2013/CEE y cuando, una vez declarada nula por abusiva la cláusula que impone la totalidad de los gastos de constitución, novación y cancelación al prestatario consumidor, cómo ha de procederse en cuanto a la remoción *ex tunc* de los efectos de la misma.

Según la STS de 23 de enero de 2019, la cláusula de comisión de apertura es, junto al interés remuneratorio, parte integrante y necesaria del precio total del contrato de préstamo, razón por la cual está excluida del control de abusividad del artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLCU), es decir, es automáticamente transparente.

Respecto de los gastos, tanto los aranceles notariales y registrales, como el Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y los honorarios de la gestoría, el Alto Tribunal establece que los primeros deben ser sufragados por mitad por el prestatario y el prestamista, los de inscripción de la garantía hipotecaria por el prestamista y los de cancelación por el prestatario, los impuestos por el prestatario y, en cuanto a los de gestión, servicio que aprovecha a ambas partes, han de atribuirse también por mitad (SSTS de 15 de marzo de 2018 y 23 de enero de 2019).

En cuanto a los gastos de tasación del inmueble, el auto de remisión del asunto C-224/19 hace un reproche al criterio mayoritario seguido por las Audiencias provinciales con base en el basado en el párrafo 2.º del artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, conforme al cual, pese a la declaración de nulidad de la cláusula, se niega la restitución de dicho gasto a los consumidores al estimar que son los consumidores los beneficiarios del préstamo hipotecario y que, siendo el ofrecimiento de la garantía hipotecaria el requisito legal para la celebración de los mismos, les corresponde a ellos acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera y quienes deben correr con los gastos necesarios para su valoración por lo que, según dicho sentir mayoritario, ninguna lesión se produciría por atribuir al consumidor dicho gasto a pesar de anularse la cláusula.

En relación a la comisión de apertura, tras recordar la falta de incorporación del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13 al ordenamiento jurídico español, la cual es equivalente a la contenida, en general, en el artículo 5, la Comisión considera que «los órganos jurisdiccionales españoles no solo pueden, sino que deben, en el marco del examen de abusividad de las cláusulas contractuales —aún de aquellas que conformen el objeto esencial del contrato—, examinar la transparencia formal y material de dichas cláusulas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que reproduce la misma exigencia de transparencia que el artículo 4, apartado 2, de la misma» (Observaciones 103 a 106).

Respecto a la cláusula de gastos, no siendo aplicable *ratione temporis* la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, la Comisión estima correcto el reparto entre la entidad financiera y el consumidor en cuanto a los aranceles notariales y registrales, así como el abono del correspondiente impuesto por el prestatario. Sin embargo, en la Observación 68 del citado Informe se establece: «con el debido respeto, la Comisión discrepa de tal criterio jurisprudencial y considera, en cambio, que el gasto de gestoría (ni siquiera su división por partes iguales), a diferencia de los gastos notariales o del Registro de la Propiedad, NO viene atribuido por ninguna disposición legislativa nacional aplicable en defecto de acuerdo entre las partes».

Dado que del artículo 40 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios se deduce que no existe una disposición legislativa que imponga a las partes la obligación legal de contratación de una gestoría ni que regule, en su caso, quién es el obligado al pago por tales servicios, «la Comisión considera que si fue la entidad financiera quien impuso y designó un gestor profesional y atribuyó íntegramente al consumidor los gastos por dicho servicio, tal obligación proviene exclusivamente del pacto privado contenido en la cláusula controvertida. Por ello, una vez esta ha sido declarada nula por abusiva, deben eliminarse todos sus efectos, debiendo la entidad financiera en tal caso resarcir al consumidor por los gastos ocasionados por dicha cláusula (cuestión distinta sería si fue el consumidor quien decidió recurrir y elegir a dicho profesional) sin que sea posible

su integración, subsanación o moderación por los jueces nacionales, so pena de eliminarse el efecto disuasorio del artículo 6, apartado 1 de la Directiva». Por consiguiente, «la Comisión es de la opinión que habiéndose declarado nula la cláusula en cuestión y en ausencia de disposición legal que regule expresamente el contenido de dicho concepto, deben eliminarse *ex tunc* los efectos de dicha cláusula para el consumidor, procediendo la devolución o el rescancamiento a este de cualquier importe abonado por dicho concepto» (Observaciones 69 a 73).

En lo que concierne a los gastos derivados de la tasación del inmueble, la Comisión no comparte el criterio mayoritario seguido por nuestra jurisprudencia «menor» y sustentado en el párrafo 2.º del artículo 5 de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario¹³: «ese criterio jurisprudencial no hace otra cosa que subsanar o integrar una cláusula abusiva, puesto que el contenido de la norma invocada no constituye una disposición legislativa que “impone” que el gasto de tasación en concreto deba recaer sobre el prestatario consumidor.

Efectivamente, si bien la norma en cuestión establece unos porcentajes máximos del valor de tasación que la garantía real no puede superar, nada dice la misma sobre quién debe correr con los gastos de dicha tasación. Así, en principio, nada impediría, por ejemplo, que fuera el banco quien corriera con dichos gastos, bien como gesto comercial o bien por disponer de servicios propios de tasación, lo que le permitiría ser más competitivo. En cualquier caso, dicha norma no tiene la naturaleza de disposición legal de imperativo cumplimiento, ni de disposición aplicable en ausencia de acuerdo entre las partes en relación con dicho gasto» (Observaciones 85 y 86).

Y tras contemplar la obligación de que las entidades de crédito acepten que el consumidor pueda aportar una tasación certificada por un tasador homologado que el propio consumidor hubiera contratado (por un coste inferior al que le pretende repercutir la entidad), añade otro argumento: «finalmente, a mayor abundamiento, en opinión de la Comisión, el razonamiento por el cual al ser el consumidor el beneficiario del préstamo, sobre él recae la obligación de acreditar la suficiencia de la garantía real hipotecaria y por lo tanto de correr con los gastos de la tasación también es discutible por incompleto ya que, si bien no cabe duda de que el consumidor es beneficiario del préstamo (sin olvidarnos de que la entidad de crédito se lucra con la operación), no es menos cierto que la entidad de crédito tiene un interés evidente en que la tasación sea correcta y que la garantía hipotecaria efectivamente cubra su crédito frente al consumidor en caso de ejecución forzosa» (Observaciones 87 y 88).

Y concluye: «por tanto, no existiendo una obligación clara dimanante de una disposición legislativa nacional respecto de dicho concepto aplicable en defecto de pacto válido entre las partes, la Comisión opina que un criterio jurisprudencial por el cual el gasto de tasación del bien inmueble se atribuye íntegramente al consumidor a pesar de la nulidad de la cláusula supone, de facto, una subsanación de la misma por los jueces nacionales, lo cual es contrario a lo dispuesto por el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 y por la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia» (Observación 90).

La Sentencia de la Sala Cuarta de la Corte europea de 16 de julio de 2020, aunque *prima facie* pudiera parecer que cambia la situación recién descrita, confirma, en relación a los gastos de la hipoteca, la doctrina del Tribunal Supremo. Dada la extensión impresa, dejamos el detenido análisis del reciente pronunciamiento europeo para otra ocasión.

Esto dicho, la Comisión realiza una observación adicional respecto de los remedios procesales nacionales para garantizar la remoción *ex tunc* de los efectos de una cláusula contractual declarada abusiva y es aquí donde nos llama la

atención una afirmación que ha justificado la elaboración del presente trabajo y que, intuimos, va a dar muchos quebraderos de cabeza.

En la Observación 96 del Informe la Comisión afirma: «no puede excluirse (al menos, en principio) que los consumidores que sufren la imposición de cláusulas como la controvertida en el asunto principal puedan reclamar, aparte de la reparación contractual de los daños materiales sufridos, alguna cantidad en concepto de daño moral».

La posibilidad apuntada en el inciso final y que podría fácilmente pasar desapercibida va más allá de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva, lo que es desconocido, por ahora, en España. Sin embargo, tiene un importante valor desde el punto de vista práctico en cuanto a la tutela de los derechos de los consumidores hipotecarios, pudiendo abrir la puerta a futuras reclamaciones a entidades bancarias de cuantías comprensivas no solo de la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en virtud de cláusulas abusivas declaradas nulas, sino también del resarcimiento de perjuicios de índole no patrimonial, esto es, los que afectan a la esfera anímica del cliente. Ello, a nuestro juicio, no es nada descabellado, a la vista del desgaste que la situación puede provocar en la salud del consumidor afectado.

Para proteger los intereses políticos y económicos en juego en el mercado financiero, no creemos que nuestros órganos judiciales puedan zanjar esta cuestión esgrimiendo, a modo de pretexto, el argumento de que el incumplimiento por parte del banco no es doloso y, en consecuencia, procede únicamente un reintegro patrimonial. En más de una ocasión se ha condenado a una entidad de crédito al pago de una indemnización por daño moral por una actuación negligente, como enseguida veremos.

III. LA COMPENSACIÓN PECUNIARIA DEL DAÑO MORAL BANCARIO

No sería esta la primera vez que los bancos serían condenados por su actuar negligente a resarcir daños morales a sus clientes.

En los últimos tiempos, muchos consumidores han resultado afectados por la mala praxis de las entidades financieras en la comercialización de productos novedosos para el sistema financiero español pero sumamente complejos y arriesgados (participaciones preferentes, subordinadas, swaps, clips, bonos estructurados o convertibles, créditos *revolving*¹⁴, etc.). Numerosas personas (muchas de ellas de edad avanzada y, por tanto, consumidores vulnerables¹⁵) han sufrido un importante deterioro de su salud psíquica como consecuencia de conductas desleales basadas en una asimetría informativa que juega claramente a favor de las entidades financieras y, en ocasiones, han recibido una compensación por el daño moral producido negligentemente por parte de los bancos.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero y 28 de marzo de 2005 condenaron a una entidad bancaria al pago de una indemnización por daño moral por incumplimiento de un contrato de cambio de moneda¹⁶. El banco entregó billetes de dólares falsos, lo que provocó un cúmulo de molestias a los adquirentes durante sus viajes a países extranjeros (Rusia y EEUU, respectivamente), entre ellas, su detención policial y retirada del pasaporte con la consiguiente humillación, produciéndose, incluso, en uno de los casos, una ruptura sentimental (de la cual, a nuestro juicio, sería excesivo hacer responsable también a la entidad bancaria). Mientras que la Sentencia de 17 de febrero condena al banco al pago de una indemnización de 78.131 euros, la de 28 de marzo cuantifica los daños en 360.000 euros.

La SAP de Islas Baleares (Sección 3.ª) de 18 de mayo de 2010 condenó a una entidad de crédito, por incumplimiento contractual negligente al cancelar anticipadamente todas las tarjetas de su cliente y aplicar el total dispuesto en la cuenta corriente operativa sin el conocimiento ni consentimiento de su cliente, a indemnizar a la actora en la cantidad de 6000 euros en concepto de daño moral: «la existencia de daño moral y la relación de causalidad con el actuar negligente de la entidad bancaria queda fuera de toda duda al quedar debidamente acreditadas las circunstancias personales y familiares de la actora —mujer separada legalmente con una hija menor a su cuidado, con una limitación funcional con minusvalía del 75% y un trastorno depresivo y de afectividad de etiología psicógena—, así como el hecho de que se enteró de la cancelación de las tarjetas de crédito al inicio de las fiestas de Navidad al acudir a un centro comercial a efectuar las compras propias de las indicadas fechas y para celebrar el cumpleaños de su hija de ocho años, viéndose obligada a desistir de realizarlas al no serle admitidas las tarjetas por no hallarse operativas y haber cargado los adeudos a la única cuenta corriente con la que operaba la cliente dejándola sin fondos, lo que innegablemente le causó un sufrimiento síquico y un estado de zozobra y de angustia que se refleja en el certificado médico en el que se hace constar la agravación de su estado depresivo con ideas de autolisis, todo ello agravado por la negativa de la entidad bancaria de ofrecerle las explicaciones solicitadas sobre la cancelación de las tarjetas y su cargo en la cuenta con la que venía operando, obligándola a acudir a la vía judicial para conseguir ver atendidos sus derechos como cliente del banco.

La cuantificación económica del daño moral, siempre difícil, debe fijarse equitativamente atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la gravedad de la lesión, siendo razonable la determinada por la sentencia de la instancia que reduce a 6000 euros la solicitada por la actora de 30.000 euros, sin que pueda ser tildada de desorbitada, como se afirma por la entidad recurrente».

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Córdoba de 9 de febrero de 2016, citando la STS de 13 de julio de 2015 conforme a la cual el incumplimiento como título jurídico válido para imputar a las entidades financieras responsabilidad por los daños sufridos por los clientes como consecuencia de la pérdida del valor de las participaciones preferentes siempre que se justifique su realidad y la relación de causalidad con la contratación del producto financiero, considera que «debe prosperar la pretensión indemnizatoria al justificar suficientemente la actora con la documentación acompañada que D.* padecía un cuadro psicopatológico de trastorno por ansiedad generalizada y que tanto D.* como su cónyuge estaban en tratamiento médico a la fecha de la presentación de la demanda, documentos que no fueron impugnados por la demandada. La incertidumbre generada por la imposibilidad de recuperar de manera inmediata, quedando a resultas de un procedimiento judicial, los ahorros invertidos en las participaciones preferentes se presenta por sí misma como una situación idónea para provocar en cualquier ciudadano un sufrimiento moral de entidad bastante para ser calificado como daño moral. Por tanto, se trata de un daño indemnizable que ante la falta de disconformidad de la demandada con la cuantía reclamada justifica que se valore como adecuada». En consecuencia, condena a una entidad bancaria a abonar a la demandante, una señora de 65 años y con estudios primarios, la cantidad de 6000 euros en concepto de indemnización de daño moral.

La SAP de León (Sección 3.ª) de 13 de abril de 2007 condenó a una entidad bancaria al pago de una indemnización por daño moral por mala praxis o práctica irregular o negligente, al permitir que quien era esposo de la demandada abriera

una cuenta corriente a nombre de esta, solicitara una tarjeta y expidiera más de 80 cheques, todo ello sin el conocimiento ni consentimiento de la actora, sin que por parte de los empleados de la entidad bancaria se realizara gestión alguna para cerciorarse de la identidad de la titular de la cuenta y de su consentimiento, pues el contrato de apertura de cuenta no fue firmado en la oficina, lo que exigía unas comprobaciones que la entidad bancaria omitió. La actora se vio sometida a un proceso penal, permaneciendo imputada durante tres años, conducta delictiva que era atribuible a su exmarido, autor de la trama defraudatoria y de la falsificación de la firma de la actora que utilizó para sus propósitos delictivos, y también a la negligencia de la entidad bancaria demanda que, de haber actuado diligentemente habría impedido la apertura de la cuenta a nombre de la actora y las posteriores actuaciones realizadas con dicha cuenta. Al respecto, la Audiencia provincial concluye: «en nuestro caso entendemos que la conducta negligente de la entidad bancaria coadyuvó en la causación de un daño moral a la actora que ha de ser evaluable, que se concreta en el injusto sometimiento de la actora a un proceso penal en calidad de imputada sin haber cometido ninguna actividad delictiva, lo que originó en ella la natural angustia y ansiedad, constatada por el informe médico sobre la atención recibida por el padecimiento ansioso depresivo, así como, además de consecuentes molestias, el temor e inquietud que resulta de su prolongada imputación durante más de tres años en unos hechos delictivos graves (estafa) en los que no tuvo intervención alguna, padeciendo en suma una perturbación de ánimo y sufrimiento psíquico que constituye el daño moral indemnizable, estimando nosotros prudencialmente que la entidad bancaria demandada como corresponsable de ese daños ha de indemnizar a la actora en 3000 euros, cifra que estimamos adecuada a las circunstancias del caso para compensar, que no resarcir el daño moral causado».

En la SAP de Sevilla (Sección 6.^a) de 20 de diciembre de 2011 se conoció un caso en el que una entidad bancaria resolvió unilateralmente y sin previo aviso los contratos de crédito mediante una tarjeta asociados a una cuenta corriente que los actores habían suscrito con dicha entidad y a la vez se produjo el bloqueo de la cuenta corriente para cobro de los saldos deudores que resultaran. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia concedieron 100 euros como indemnización por daño moral por la práctica bancaria contraria a la buena fe *ex* artículo 7.1 del Código civil.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valladolid, en su Sentencia de 3 de julio de 2018, condenó a un banco que bloqueó una cuenta de la que eran titulares dos cónyuges por la sola voluntad unilateral de la esposa, empleada de la entidad, sin comunicación ni intervención del otro cotitular, por aquel entonces su marido, al iniciarse un procedimiento de divorcio. El demandante tuvo conocimiento de dicha situación cuando quiso realizar una transferencia de 500 euros y el sistema se lo impidió, si bien su esposa sí pudo, en cambio, ordenar movimientos. Si bien el Banco de España considera que es buena práctica que la entidad bancaria proceda al bloqueo de la cuenta en caso de cotitulares en conflicto, el Juzgado considera que «lo que no puede aceptarse es que se haga a instancia de una sola de las partes y sin comunicación ni intervención de la otra», como sucedió en el caso de autos.

El banco también actuó de manera negligente cuando, a petición de la empleada y sin notificárselo al demandante, procedió a cambiar la dirección de envío de correspondencia al domicilio de sus suegros. A la vista de ello, para el JPI, «lo que se entiende evidente y acorde a la lógica del actuar humano es que esa conducta de la demandada ha afectado al actor, generándole la natural

tensión y desasosiego, vivida por D. Arturo con intensidad, pues no solo acude varias veces a las oficinas de la entidad bancaria, sino que formula reclamación al Banco de España. Todo esto va a agudizar y hacer más difícil, angustioso y sufrido el proceso de divorcio, con la natural impresión de desamparo y deslealtad en relación a la entidad, a la vez que preocupación por el devenir del dinero depositado en la entidad». Por ello concluye que la conducta negligente de la demandada en el cumplimiento de sus obligaciones (arts. 1258 y 1101 CC) ha causado un daño moral al demandante, considerando excesiva la cantidad de 9000 euros solicitada por el actor «considerando más equilibrada y acorde a ese daño la cifra de 3000 euros, pues el actor si bien no fue informado de ese cambio de domicilio y bloqueo, rápidamente tuvo conocimiento de ello al operar electrónicamente con las cuentas bancarias».

En el caso enjuiciado por la SAP de León (Sección 2.^a) de 23 de septiembre de 2010, en relación con la demora de varios años por parte de una entidad bancaria en cambiar la titularidad de un fondo inscrito a nombre de una persona fallecida, cuando reiteradamente le fue comunicada la urgencia del cambio por la necesidad de destinar el dinero de dicho fondo a satisfacer el impuesto de sucesiones de la herencia, el Juzgado de Primera Instancia condenó al banco al pago de 18.000 euros en concepto de daño moral. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó, al considerar que «no acreditado en el presente caso, ya que ninguna prueba se ha articulado al respecto, que la situación creada haya producido a la actora un sufrimiento psíquico o espiritual, ansiedad o impacto emocional en los términos descritos, las simples molestias o incomodidades que indudablemente aquella le han debido originar, no pueden ser consideradas como constitutivas de un daño moral, en los términos en que este es concebido por la doctrina del Tribunal Supremo, y todo sin olvidar, además, que la gestión ante el Banco no fue realizada personalmente por la actora si no por su hijo». En consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de dejar sin efecto la indemnización fijada por daño moral.

En cambio, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santander de 29 de noviembre de 2012 desestimó la reclamación de daños morales derivados de una contratación de participaciones preferentes: «ninguna prueba existe en las actuaciones de dicho daño moral, de su aparente intensidad o importancia —dado que no nos encontramos ante un daño *“in re ipsa”* o que hable por sí solo—, distinto del propio daño material constituido por la pérdida económica que se ha tratado de corregir, ni tampoco del nexo causal entre la actuación de la demandada y el supuesto sufrimiento, sin que conste en autos ninguna prueba distinta de la mera manifestación que hace la parte actora, lo que lleva consigo la desestimación de la demanda en cuanto a este punto».

Tampoco estima la reclamación de daños morales la SAP de Islas Baleares (Sección 4.^a) de 28 de febrero de 2013 en relación también a unas preferentes: «Por lo que se refiere a lo solicitado en el apartado e) del suplico de la demanda, indemnización de 18.000 euros en concepto de daño moral, esta Sala considera que no procede su estimación. Y ello por cuanto los informes médicos aportados con la demanda bajo el núm. 25 de los documentos acompañados con la misma para fundamentar tal pretensión, fueron expresamente impugnados por la parte demandada en su contestación a la demanda, en la que se alegó que carecían de la más mínima objetividad e imparcialidad, como lo evidenciaba palmariamente que se entremezclaran consideraciones médicas con exhortaciones expresas para el reintegro de los depósitos que son objeto del procedimiento, lo que permite pensar que han sido confeccionadas *“ad hoc”* para la reclamación judicial que nos ocupa.

Los informes no contienen historia clínica de la paciente que permitiera saber si ya ha tenido otros episodios como el que se describe, ni valora otras circunstancias que puedan haber originado el estado depresivo, sino que directamente lo imputa a la problemática surgida con el banco. Sin embargo, a pesar de tal impugnación, la parte actora en el acto de la audiencia previa no propuso prueba alguna para combatir tal impugnación. Entendiendo esta Sala que dicha prueba era necesaria por cuanto debemos convenir con lo alegado por la parte demandada en su contestación a la demanda en el sentido de que los informes médicos aportados con la demanda no contienen la explicación o información suficiente para poder considerar acreditado el daño moral cuya indemnización pretende en la demanda».

Igualmente sucedió en el caso ventilado por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Peñarroya-Pueblonuevo de 7 de diciembre de 2013: «en cuanto a los daños morales ninguna prueba se ha practicado al respecto, ciertamente a la actora las circunstancias del objeto de este procedimiento le ha debido producir zozobra e intranquilidad, pero salvo suposiciones ninguna prueba ha aportado la actora que acredite que dicha intranquilidad le ha producidos efectos dañinos susceptibles de indemnización, con lo que en este extremo debe ser desestimada la presente demanda».

En cuanto a la falta de transparencia formal, son varios los pronunciamientos judiciales que declaran la abusividad de cláusulas de un contrato de tarjeta de crédito por su falta de legibilidad a causa de la minúscula letra utilizada¹⁷, de forma que no pueden entenderse incorporadas al contrato [entre otros, SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 23 de octubre de 2017 y SAP de Madrid (Sección 11.^a) de 9 de octubre de 2019]. En consecuencia, se declara la nulidad contractual y nada más.

A la luz de las resoluciones judiciales que hemos examinado (no todas han sido reproducidas), detectamos en la práctica forense muchos prejuicios, recelos o reservas hacia la indemnización por daño moral en el ámbito bancario, eminentemente económico y, por consiguiente, ajeno a menoscabos en la esfera espiritual o anímica de la persona. Sucedió lo mismo en relación a la propiedad intelectual hasta que, cómo no, el TJUE, en su Sentencia de 17 de marzo de 2016 (asunto C-99/15) y con base en el principio de restitución íntegra, se pronunciara a favor de que el perjudicado, un director, guionista y productor de la obra audiovisual fuera indemnizado, además del daño material, del menoscabo moral sufrido¹⁸.

En la práctica forense se vulnera, con frecuencia, el derecho fundamental del consumidor financiero a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución.

Valoramos muy positivamente que algunos jueces y tribunales estimen las reclamaciones de responsabilidad civil planteada contra los bancos condenándolos a compensar económicamente el daño moral de sus clientes, si bien, a la luz de los procedimientos analizados, consideramos que las cuantías son escasas y, por consiguiente, poco disuasorias para que tales entidades dejen de llevar a cabo este tipo de actuaciones generadoras de sufrimientos injustos.

Esto no significa una generalización de la reparación del daño moral. No abogamos por un concepto amplio del perjuicio moral que llevaría a indemnizar, de forma automática, todo perjuicio no patrimonial que derive del incumplimiento de un contrato. Solo debe compensarse el daño moral indemnizable.

En este sentido, el daño moral del consumidor bancario debe ser relevante o de cierta entidad (no, por tanto, el malestar asociado al mero incumplimiento contractual) y su compensación pecuniaria debe servir para compensar el daño sufrido en su estado anímico pero no para castigar al banco negligente. Sin embargo, la práctica forense nos demuestra que el cliente financiero que

acude a la vía judicial no resulta justamente compensado. En clara situación de ventaja e impunidad, las entidades bancarias lo saben y se aprovechan de ello, continuando con sus actuaciones abusivas y dañosas para sus clientes, con una inusitada habilidad para reinventarse y volver a la carga con nuevas estrategias¹⁹ y fórmulas con grandes riesgos de sobreendeudamiento para los consumidores, más aún ante la inminente recesión económica que nos acecha.

¿Es este nuevo escenario otro frente abierto para la banca? Difícil resulta pronosticar qué pasará a partir de ahora, pero nos atrevemos a afirmar que, a la vista de lo acontecido en los últimos tiempos y de la senda marcada por la justicia europea, nuestros jueces y tribunales, hasta ahora bastante indulgentes con las entidades financieras, terminarán por acoger, con fines compensatorios y disuasorios, el que podría denominarse «daño moral bancario» del consumidor financiero.

IV. CONCLUSIONES

I. El aluvión de litigios sobre abusividad de cláusulas en la contratación de hipotecas en los últimos tiempos con motivo de la jurisprudencia del Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido enorme. Los pronunciamientos judiciales vertidos sobre la materia declaran la nulidad de la cláusula abusiva en cuestión, condenando, en consecuencia, a la entidad financiera a la restitución de las cantidades pagadas de más por el cliente, pero no al resarcimiento de daños morales.

II. Hoy día, nuestro Tribunal Supremo admite que el daño moral puede provenir lo mismo de la culpa contractual como de la extracontractual. Ahora bien, la indemnización del daño moral no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual, el cual, ya por sí mismo, genera disgusto, aflicción, malestar, desazón, indignación, cabreo, angustia o ansiedad.

III. Para que el daño moral derivado del incumplimiento de un contrato predominantemente económico sea indemnizable debe ser relevante, debe haber una imputación objetiva al incumplidor o cumplidor negligente y un nexo causal entre acción u omisión y daño moral, el cual debe consistir en sufrimiento, zozobra y padecimiento y no en una mera incomodidad ante el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato.

IV. No es la primera vez que la justicia europea, con mayor o menor tibieza, enmienda la plana a la española. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) lo hizo en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15) en relación a las cláusulas suelo y, de nuevo, en su reciente Sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018) sobre el Índice de Referencia para Préstamos Hipotecarios (IRPH), en la que corrige a nuestro Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 14 de diciembre de 2017, había cerrado la puerta a las reclamaciones de más de un millón de consumidores.

V. El Informe que la Comisión europea dirige, con fecha de 29 de agosto de 2019, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en contestación a los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, apunta en su Observación 96 la posibilidad de que los consumidores que sufran la imposición de cláusulas abusivas puedan reclamar, aparte de la reparación contractual de los daños materiales sufridos, alguna cantidad en concepto de daño moral.

VI. ¿Es este nuevo escenario otro frente abierto para la banca? Difícil resulta pronosticar qué pasará a partir de ahora, pero nos atrevemos a afirmar que, a la vista de lo acontecido en los últimos tiempos y la senda marcada por

la justicia europea, nuestros jueces y tribunales, hasta ahora bastante indulgentes con las entidades financieras, terminarán por acoger, con fines compensatorios y disuasorios, el que podría denominarse «daño moral bancario» del consumidor financiero.

V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 17 de marzo de 2016 (C-99/15)
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15)
- STJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018)
- STJUE de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-259/19)

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 6 de diciembre de 1912
- STS de 19 de diciembre de 1949
- STS de 9 de mayo de 1984
- STS de 13 de diciembre de 1984
- STS de 22 de mayo de 1995
- STS de 31 de mayo de 2000
- STS de 26 de julio de 2000
- STS de 9 de diciembre de 2003
- STS de 22 de septiembre de 2004
- STS de 17 de febrero de 2005
- STS de 28 de marzo de 2005
- STS de 27 de julio de 2006
- STS de 28 de febrero de 2008
- STS de 3 de octubre de 2008
- STS de 12 de mayo de 2009
- STS de 30 de abril de 2010
- STS de 13 de abril de 2012
- STS de 6 de marzo de 2013
- STS de 18 de febrero de 2015
- STS de 23 de octubre de 2015
- STS de 22 de diciembre de 2015
- STS de 30 de septiembre de 2016
- STS de 14 de diciembre de 2017
- STS de 15 de marzo de 2018
- STS de 7 de noviembre de 2018
- STS de 23 de enero de 2019
- STS de 25 de abril de 2019
- STS de 17 de mayo de 2019
- STS de 20 de junio de 2019
- STS de 3 de septiembre de 2019
- STS de 19 de febrero de 2020
- STS de 4 de marzo de 2020

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 7 de febrero de 2000
- SAP de Islas Baleares (Sección 5.^a) de 22 de junio de 2004
- SAP de Asturias (Sección 1.^a) de 9 de marzo de 2005
- SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 10 de abril de 2007
- SAP de León (Sección 3.^a) de 13 de abril de 2007
- SAP de Navarra (Sección 1.^a) de 10 de febrero de 2010
- SAP de Islas Baleares (Sección 3.^a) de 18 de mayo de 2010
- SAP de Madrid (Sección 19.^a) de 4 de junio de 2010
- SAP de León (Sección 2.^a) de 23 de septiembre de 2010
- SAP de Madrid (Sección 21.^a) de 16 de noviembre de 2010
- SAP de Asturias (Sección 5.^a) de 7 de junio de 2010
- SAP de Burgos (Sección 3.^a) de 27 de julio de 2010
- SAP de A Coruña (Sección 5.^a) de 16 de noviembre de 2011
- SAP de Sevilla (Sección 6.^a) de 20 de diciembre de 2011
- SAP de Cádiz (Sección 8.^a) de 20 de enero de 2012
- SAP de Zaragoza (Sección 5.^a) de 3 de abril de 2012
- SAP de Islas Baleares (Sección 4.^a) de 28 de febrero de 2013
- SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 29 de abril de 2014
- SAP de Granada (Sección 5.^a) de 9 de octubre de 2015
- SAP de Islas Baleares (Sección 5.^a) de 5 de abril de 2016
- SAP de Sevilla (Sección 6.^a) de 14 de julio de 2016
- SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 28 de septiembre de 2016
- SAP de Jaén (Sección 1.^a) de 4 de octubre de 2017
- SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 23 de octubre de 2017
- SAP de Asturias (Sección 7.^a) de 9 de noviembre de 2017
- SAP de Málaga (Sección 5.^a) de 25 de enero de 2018
- SAP de Salamanca (Sección 1.^a) de 28 de mayo de 2018
- SAP de Madrid (Sección 11.^a) de 29 de abril de 2019
- SAP de Madrid (Sección 14.^a) de 9 de mayo de 2019
- SAP de Barcelona (Sección 15.^a) de 9 de julio de 2019
- SAP de Pontevedra (Sección 1.^a) de 7 de octubre de 2019
- SAP de Madrid (Sección 11.^a) de 9 de octubre de 2019
- SAP de Granada (Sección 3.^a) de 27 de noviembre de 2019
- SAP de Cantabria (Sección 2.^a) de 14 de enero de 2020
- SAP de Cantabria (Sección 2.^a) de 22 de enero de 2020

JUZGADOS

- SJPI núm. 1 de Santander de 29 de noviembre de 2012
- SJPI núm. 6 de Córdoba de 9 de febrero de 2016
- SJPI núm. 7 de Valladolid de 3 de julio de 2018

VI. BIBLIOGRAFÍA

CARRANCHO HERRERO, T. (2011 y 2012). Daño al honor derivado de la inclusión en «listas de morosos». *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 91, 6-20 y núm. 100, 18-31.

- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C. (2018). El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación. *Actualidad Civil*, núm. 6.
- DÍEZ PICAZO, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Madrid: Cívitas.
- (2022). *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, V *La responsabilidad extracontractual*. Madrid: Cívitas-Thomson Reuters.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2017). Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 1, 430-443.
- NIETO ALONSO, A. Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual (a propósito de alguna jurisprudencia reciente. *Anuario de Derecho civil*, núm. 3, Vol. 59, 1115-1198.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2006). *El daño moral por incumplimiento de contrato*. Cizur menor (Navarra): Aranzadi.
- RODRIGUEZ GUITIÁN, A. M. (2007). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 239-263.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2014). Los ficheros de solvencia patrimonial y el derecho al honor (Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 22 de enero de 2014). *Revista de Derecho mercantil*, núm. 293, 459-504.
- SOLÉ FELIÚ, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y Derecho español, *Indret*, 1.

NOTAS

¹ Según nota de prensa del CGPJ de 27 de febrero de 2002, desde la puesta en marcha de estos órganos especializados el 1 de junio de 2017, el número de asuntos pendientes no había dejado de aumentar de forma consecutiva hasta el segundo trimestre del año pasado, periodo durante el que por primera vez se experimentó una disminución, que fue del 2,25 por ciento. Entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2019, la tendencia se ha mantenido a la baja, gracias en buena medida al aumento del número de asuntos resueltos.

En el último trimestre de 2019, los órganos especializados en cláusulas abusivas resolvieron un total de 38.576 asuntos, lo que supone un 25,76 por ciento más que en el mismo periodo del año anterior, en el que el número de asuntos resueltos fue de 20.673.

El número total de asuntos resueltos durante 2019 ascendió a 141.643, cifra que arroja una media de 11.803 asuntos resueltos al mes. Durante los dos años y medio que llevan en funcionamiento, los juzgados especializados en cláusulas abusivas han resuelto un total de 243.550 asuntos.

Entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2019, se registraron un total de 29.305 nuevos asuntos, un 39 por ciento menos que en el mismo trimestre de 2018.

Dicha nota de prensa puede consultarse en http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgppj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=1f3c96ad11680710VgnVCM100006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es_ES.

² STS de 6 de diciembre de 1912, mientras que el daño moral contractual no fue admitido hasta las Sentencias de 9 de mayo y 13 de diciembre de 1984.

³ Para un estudio de la materia en Derecho comparado, vid. SOLÉ FELIÚ, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y Derecho español, *Indret*, 1 (https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/607_es.pdf).

⁴ Si mencionan el daño moral pero no lo definen, entre otras normas, el artículo 9.3.º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, el artículo 140 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelec-

tual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, artículo 43 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, varios preceptos del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, los artículos 110 y 113 del Código penal, el artículo 128 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y el artículo 74 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

⁵ Para RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2007). La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 243, «el artículo 1106 se presenta, en principio, como el más adecuado para responder a la cuestión general de si el daño moral está excluido del ámbito de la responsabilidad contractual, ya que este precepto delimita los daños objeto de reparación desde el punto de vista cualitativo, esto es, desde la perspectiva de la naturaleza del daño, mientras que el artículo 1107 los delimita desde el punto de vista cuantitativo».

⁶ Acerca de la extensión de la idea de daño moral experimentada en la jurisprudencia más reciente, vid. DíEZ-PICAZO, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Madrid: Cívitas.

⁷ En opinión de NIETO ALONSO, A. Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual (a propósito de alguna jurisprudencia reciente. *Anuario de Derecho civil*, núm. 3, Vol. 59, 1131, la cual compartimos «aunque si bien no reconoce expresamente tal indemnización el artículo 1591 del Código civil 34, sí puede intuirse que al admitir in genere la responsabilidad por «daños y perjuicios», sin distinguir ni especificar, luego abarcará el daño emergente, el lucro cesante y, para lo que aquí importa, el daño moral. Sin embargo la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación —en adelante LOE—, a mi juicio, no ha aprovechado la ocasión para ampliar y pergeñar la responsabilidad en un ámbito tan delicado y conflictivo como es el de la responsabilidad por vicios y defectos constructivos en la edificación».

⁸ Como señala DíEZ-PICAZO, L. (2022). *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, V, *La responsabilidad extracontractual*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 322, «en ningún lugar está dicho que el ordenamiento garantice a todos los miembros de la comunidad jurídica una vida tranquila y sin problemas especiales, de manera que si sufre lo que hemos llamado “contratiempos” tiene derecho a recibir por ello una indemnización».

⁹ Sobre la materia, vid. CARRANCHO HERRERO, T. (2011 y 2012). Daño al honor derivado de la inclusión en «listas de morosos». *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 91, 6-20 y núm. 100, 18-31 y RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M. (2014). Los ficheros de solvencia patrimonial y el derecho al honor (Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 22 de enero de 2014). *Revista de Derecho mercantil*, núm. 293, 459-504.

¹⁰ CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., El daño moral. Su dificultad probatoria y el problema de su cuantificación, en *Actualidad Civil*, 2018, núm. 6.

¹¹ Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2017). Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, núm. 1, 430-443.

¹² En este caso la justicia europea ha querido contentar tanto a la banca como a los consumidores pues, de un lado, no declara la nulidad de la cláusula que fija el tipo de interés IRPH en todos los casos y, de otro, contradice al Tribunal Supremo español al afirmar que sí que es susceptible de ser estudiado en cada caso y ser sometido a un control de transparencia.

¹³ Cuyo tenor literal es: «El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley. El plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado, cuando financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, no podrá exceder de treinta años».

¹⁴ En la reciente STS de 4 de marzo de 2020, el Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo ha desestimado el recurso de casación interpuesto por Wizink Bank contra una sentencia que había declarado la nulidad de un contrato de crédito “revolving” mediante uso de tarjeta

por considerar usurario el interés remuneratorio, fijado inicialmente en el 26,82% TAE y que se había situado en el 27,24% a la fecha de presentación de la demanda.

¹⁵ Vid. la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012 sobre una Estrategia de Refuerzo de los Derechos de los Consumidores Vulnerables.

¹⁶ Para NIETO ALONSO, A. Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual (a propósito de alguna jurisprudencia reciente. *Anuario de Derecho civil*, núm. 3, Vol. 59, 1192, «resulta sorprendente, alucinante, que en el lapso de apenas un mes se hayan producido semejantes incumplimientos en el ámbito de los contratos bancarios, en concreto, en relación con un contrato de cambio de moneda. Asombra todavía más que el incumplimiento sea imputable, en las dos ocasiones, a la misma entidad bancaria y de la misma localidad».

¹⁷ Según el artículo 80.1,b) del TRLCU, «1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos: b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura».

¹⁸ Según declara el TJUE en la sentencia citada, «el artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, debe interpretarse en el sentido de que permite al perjudicado por la violación de su derecho de propiedad intelectual que reclama una indemnización del daño patrimonial calculada, con arreglo al párrafo segundo, letra b), del apartado 1 de este artículo, sobre la base del importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor le hubiese solicitado autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trate reclamar además la indemnización del daño moral tal como está prevista en el apartado 1, párrafo segundo, letra a), de dicho artículo».

¹⁹ Para evitar el impacto de la ya citada STJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018) sobre el IRPH, los bancos ofrecen a sus clientes acuerdos consistentes en eliminar el IRPH y cambiar a un tipo fijo a cambio de renunciar a acciones legales posteriores, misma táctica empleada respecto de las cláusulas suelo.