



Roj: **STS 716/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:716**

Id Cendoj: **28079110012017100131**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/02/2017**

Nº de Recurso: **2852/2013**

Nº de Resolución: **120/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2909/2013,**  
**STS 716/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 23 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña. Los recursos fueron interpuestos por recurrente Raimundo y Erica, representados por el procurador Pablo Sorribes Calle. Es parte recurrida la entidad NCG Banco S.A.U., representada por el procurador Rafael Silva López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO.** *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora Carmen Gómez Cortes, en nombre y representación de Raimundo y Erica, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, contra la entidad Caixa Galicia (o su sucesora Novacaixagalicia, NGC Banco S.A.), para que se dictase sentencia:

«sobre la legalidad del pacto de límites máximos y mínimos al concepto de intereses ordinario establecidos al margen del préstamo hipotecario otorgado ante Notario, y que de existir, quedó sin efecto según se convino en la escritura de préstamo hipotecario, pidiéndose al Juzgado que decrete la cancelación y nulidad del pacto de límites máximos y mínimos al concepto de intereses ordinario establecidos al margen del préstamo hipotecario, por haber quedado sin efecto según se convino en la escritura de préstamos hipotecario otorgada ante Notario, es decir, que se declare por el Juzgado la nulidad del instrumento de cobertura o contrato de tipo de interés ligado a un préstamo hipotecario, al haberse apartado la demandada de las buenas prácticas y usos financieros, y no haber actuado con la diligencia y transparencia exigible en la información a los actores, en el proceso previo a la contratación del instrumento o contrato de cobertura de tipo de interés ligado a un préstamo hipotecario; condenando asimismo a la demandada a devolver las cantidades pagadas por dicho concepto -y las que paguen en el futuro-, más los intereses correspondientes, interés legal más dos puntos, desde que se realizó el primer pago. Con expresa imposición de costas que se solicita».

2. El procurador Víctor López-Riobóo Batanero, en representación de la entidad NCG Banco S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta y ello con expresa imposición de costas a la parte demandante».



3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña dictó sentencia con fecha 26 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que estimando la demanda formulada por la Procuradora Sra. Gómez Cortés, en nombre y representación de D. Raimundo y Dña. Erica frente a NCG Banco S.A., representada por el Procurador Sr. López Riobóo, debo declarar y declaro la nulidad del pacto de límites máximos y mínimos al concepto de intereses ordinario establecidos al margen del préstamo hipotecario y en consecuencia debo condenar y condeno a la referida demandada a devolver a los actores las cantidades pagadas por dicho concepto, más los intereses correspondientes desde que se realizó el primer pago, más las costas procesales».

**SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad NCG Banco S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, mediante sentencia de 8 de noviembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: 1º.- Se estima el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandada "NCG Banco S.A.", contra la sentencia dictada el 26 de diciembre de 2012 por la Sra. Juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia número 8 de La Coruña, en los autos del procedimiento ordinario seguidos con el número 974 de 2011, y en el que son demandantes don Raimundo y doña Erica .

2º.- Se revoca la sentencia apelada; y en su lugar: Desestimando la demanda formulada por don Raimundo y doña Erica contra "NCG Banco S.A.", debemos absolver y absolvemos a la demandada de las pretensiones de los demandantes; con expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia a los demandantes

3º.- No se imponen las costas devengadas en la segunda instancia».

**TERCERO.** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. La procuradora Carmen Gómez Cortes, en representación de Raimundo y Erica , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª.

Los motivos alegados de forma correlativa y sin que exista una enumeración sistemática, son los siguientes:

«1º) Vía artículo 477.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso extraordinario por infracción procesal por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial), fundado en el artículo 469.1 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

2º) Vía artículo 477.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso extraordinario por infracción procesal por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (indefensión y negación de la tutela judicial), fundado en el artículo 469.1 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y en el artículo 469.1.3º del mismo texto procesal, al invertir la carga de la prueba creando indefensión a esta parte e infringiendo el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

3º) Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por oposición de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de las sentencias de las Audiencias Provinciales, sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias Secc, 4ª, S. 16-10-2013, nº 274/2013, rec, 278/2013, y sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, secc. 1ª, S. 26-9-2013, nº 53/2013, rec. 76/2013 , Pte: Pérez Flecha Díaz, Mª Belén, en lo relativo a la carga de la prueba en los contratos de permuta de intereses y contratación bancaria, aunándose a ello infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

4º) Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por oposición o contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la sentencia de las Audiencias Provinciales que se enunciarán, con respecto a la falta de información (que se desarrollará en los motivos o submotivos siguientes) aunándose a ello, infracción de la numerosa legislación específica sobre la obligación legal de informar, que también se desarrollará en los motivos o submotivos siguientes.

5º) Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por oposición y contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 2ª, S.



4-11-2011, nº 311/2011, rec. 261/2011 , Pte: Magaña Calle, José María, con respecto a la falta de información, el deber legal de informar y sus consecuencias, error esencial.

6º) Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por oposición y contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, sec 1ª, S. 30-7-2013, nº 306/2013, rec. 246/2013 , Pte: Quiroga de la Fuente, José Luis, con respecto a la falta de información, el deber legal de informar y sus consecuencias, error esencial.

7º) Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por oposición y contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias [...] rec. 278/2013 , Pte: Tuero Aller, Francisco, con respecto a la falta de información, el deber legal de informar y sus consecuencias, error esencial.

8º) Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por oposición de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la Audiencia Provincial de Asturias Secc, 4ª, S. 16-10-2013, nº 274/2013, rec, 278/2013 , Pte: Tuero Aller, Francisco, con respecto a la falta de información, el deber legal de informar y sus consecuencias, error esencial.

9º) Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por oposición de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3ª, s. 24-9-2013, nº 184/2013, rec. 303/2013 , con respecto a la falta de información, el deber legal de informar y sus consecuencias, error judicial.

10º) Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por oposición de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 6ª, S. 12-9-2013, nº 584/2013. rec. 153/2012 , Pte: Fernández Soto, Magdalena, con respecto a la falta de información, el deber legal de informar y sus consecuencias, error esencial.

11º) Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los arts. 60 61 , 62 , 64 , 72 y 73 del Real Decreto 217/2008 sobre la preceptiva evaluación de conveniencia e idoneidad de los clientes y los requisitos y exigencias de información.

12º) Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 2 (operaciones comprendidas en el ámbito de la Ley) y 79 bis (sobre obligaciones de información), de la Ley de Valores .

13º) Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 48 (requisitos y forma de la información), de la Ley 26/1988 , sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito.

14º) Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 19 (instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios), de la Ley 36/2003 , de medidas de reforma económica».

**2.** Por diligencia de ordenación de 13 de diciembre de 2013, la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

**3.** Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente Raimundo y Erica , representados por el procurador Pablo Sorribes Calle; y como parte recurrida la entidad NCG Banco S.A.U., representada por el procurador Rafael Silva López.

**4.** Esta sala dictó auto de fecha 21 de septiembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Raimundo y D.ª Erica contra la sentencia dictada en segunda instancia, 8 de noviembre de



2013, por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 3.ª, en el rollo de apelación n.º 296/2013, dimanante del juicio ordinario 974/2011, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de La Coruña.».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad NCG Banco S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, que aparecen perfectamente sintetizados en el segundo fundamento jurídico de la sentencia recurrida.

El 30 de marzo de 2006, Promociones Galaico Riojana, S.L. concertó con Caja de Ahorros de Galicia un préstamo con garantía hipotecaria. La hipoteca se constituyó sobre un edificio en construcción, en el término municipal de Culleredo (La Coruña). Esta responsabilidad hipotecaria posteriormente se distribuyó entre los distintos espacios privativos resultantes de la división en propiedad horizontal.

El 19 de diciembre de 2008, Raimundo y Erica compraron a Promociones Galaico Riojana, S.L. una de las viviendas, gravada con la distribución de la hipoteca.

Ese mismo día se otorgó una escritura de novación modificativa del préstamo hipotecario de 30 de marzo de 2006, entre Caja de Ahorros de Galicia como prestamista y Raimundo y Erica como prestatarios. La escritura modificó la cláusula tercera bis, que pasó a tener la siguiente redacción:

«La Caja y la parte prestataria convienen que el tipo de interés nominal anual vigente en cada período se determinará sumando un "margen" de cero con cincuenta puntos porcentuales al "tipo de referencia" que corresponda al período, conviniendo expresamente además que queden sin efecto los pactos sobre establecimientos de límites máximo y mínimos al concepto de intereses ordinarios establecidos en el préstamo hipotecario objeto de la presente novación...».

También ese día, al parecer previamente y en la oficina bancaria, Caja de Ahorros de Galicia, de una parte, y Raimundo y Erica, de otra, suscribieron diversos documentos, tales como un seguro de vida, una solicitud de tarjeta de crédito, y el denominado «contrato de cobertura sobre hipoteca». Este último contrato contenía una permuta de intereses, por un plazo de 5 años.

Durante el primer año, como el tipo pactado para esa primera anualidad era fijo, se remitieron liquidaciones mensuales sin cargo o abono alguno.

A partir de la revisión del tipo de interés en el año 2010, Caja de Ahorros de Galicia empezó a girar liquidaciones mensuales, que en aquel momento ascendían a 153,97 euros mensuales, por la diferencia entre el tipo aplicable conforme al contrato de préstamo (1,24%) y el mínimo pactado en el contrato de permuta financiera (2,8%).

El 18 de mayo de 2010, Raimundo formuló una queja ante el servicio de atención al cliente de Caja de Ahorros de Galicia, en la que alegaba que tanto él como Erica desconocían que habían firmado aquel «contrato de cobertura sobre hipoteca», pues les habían puesto muchos otros documentos a la firma, tampoco se les había facilitado información previa y no figuraba la oferta vinculante. Por lo que solicitaba del servicio de atención al cliente que resolviese sobre la legalidad del pacto, se acordase la cancelación del pacto y les informasen de los pasos a seguir, así como si existían otras reclamaciones en el mismo sentido y asociaciones de reclamantes.

Ante la negativa de la entidad bancaria a estimar la reclamación, el Sr. Raimundo presentó otra reclamación ante el Banco de España.

Con posterioridad, el negocio bancario de Caja de Ahorros de Galicia fue transferido a NCG Banco, S.A.

2. Raimundo y Erica presentaron una demanda en la que interesaron la nulidad del denominado pacto de límite de máximos y mínimos, y, de existir, que se declarara su nulidad en atención a que en el contrato de hipoteca se pactó expresamente lo siguiente:

«que queden sin efecto los pactos sobre establecimientos de límites máximo y mínimos al concepto de intereses ordinarios»



También pedía la nulidad del instrumento de cobertura por ser contrario a las buenas prácticas y usos financieros y no haber actuado el banco con la diligencia y transparencia exigible en el proceso previo; y que se condenara a la entidad financiera demandada a la devolución de las cantidades pagadas por dicho concepto.

**3.** La sentencia dictada en primera instancia declaró que «el pacto sobre máximos y mínimos contratado es nulo de pleno derecho, ha quedado invalidado con la firma de la escritura de préstamo que deja sin efectos los pactos sobre establecimientos de límites máximo y mínimos». También entendió que había habido falta de información correcta y adecuada sobre las características del producto financiero. Por todo ello declaró la nulidad «del pacto de límite de máximos y mínimos de intereses establecido al margen del préstamo hipotecario» y condenó a la demandada a restituir las cantidades cobradas en cumplimiento de aquel contrato.

**4.** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el banco demandado. La Audiencia ha estimado la apelación, por las siguientes razones.

La sentencia de apelación, a la vista de la prueba practicada, concluye que no ha quedado probado que hubiese falta de consentimiento sobre el contrato de permuta financiera ni que el prestado estuviese afectado por error vicio. Al respecto y, en atención al motivo segundo del recurso de infracción procesal, transcribimos el último párrafo del fundamento dedicado a esta cuestión:

«La única prueba practicada ha sido la declaración de la empleada de "NCG Banco, S.A." que gestionó con don Raimundo y doña Erica la operación. Empleada que insistió en que explicó a los clientes todos los detalles, que mantuvo con ellos varias reuniones, no siendo cierto que se hubiese "colado" el contrato. A la vista de la prueba practicada no puede concluirse que faltase tanto en don Raimundo como en doña Erica la voluntad de consentir el "contrato de cobertura sobre hipoteca", ni que se hubiese formado erróneamente su voluntad. Como se destaca en el recurso, es una mera afirmación de parte sin prueba alguna».

En cuanto al incumplimiento de los deberes de información, la sentencia de apelación argumenta que tenía que ser probado por los demandantes y que no lo había sido en el pleito.

**5.** Frente a la sentencia de apelación, los demandantes formulan recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El escrito en el que se articulan los dos recursos enumera de forma correlativa todos los motivos, sin estructurarlos en apartados distintos: por un lado los correspondientes al recurso extraordinario por infracción procesal; y por otro los del recurso de casación. Al analizarlos, distinguiremos entre unos y otros, y les daremos una enumeración correlativa dentro de cada recurso.

#### **SEGUNDO.** *Recurso extraordinario por infracción procesal*

**1. Formulación del motivo primero.** El motivo se ampara en el ordinal 4º del art. 469.1 LEC, al entender que se ha vulnerado el derecho a obtener la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Los recurrentes entienden que la consideración contenida en la sentencia acerca de que, ordinariamente, no es bueno que «un abogado defienda su propio pleito» y que este caso es un ejemplo de ello, muestra la falta de imparcialidad de la Audiencia.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo primero.** El derecho a ser juzgado por un juez imparcial indudablemente forma parte del derecho a un proceso con todas las garantías. Pero la forma de preservar esta garantía es mediante la abstención del juez afectado por una causa de las reseñadas en el art. 219 LOPJ o, en su defecto, la recusación, como hemos recordado en las sentencias 540/2013, de 13 de septiembre, y 697/2013, de 15 de enero de 2014.

En un supuesto en que no se ha hecho valer la recusación antes de que el tribunal dictara sentencia, porque la circunstancia que constituye causa de abstención se ha conocido con posterioridad, es necesario justificar que verdaderamente concurre y que no se tuvo conocimiento de ella sino después de que se dictara la sentencia. Nada de esto hace el recurrente, que se limita a denunciar que la referencia inicial, contenida en la sentencia de la Audiencia, al abogado que presentó la demanda, denota falta de imparcialidad.

La manifestación realizada por la Audiencia sobre la falta de conveniencia de que un abogado se defienda a si mismo está hecha con ocasión de la valoración de la defensa realizada por el demandante de sus intereses y en concreto de la demanda.

La Audiencia advierte, no sin falta de razón, que la demanda es confusa. Realmente lo es, pues, como advierte la recurrida en su oposición al recurso, confunde la cláusula suelo con el contrato de swap, y las razones vertidas para la nulidad se centran esencialmente en la falta de consentimiento. Lo que no excluye que alguna referencia se haga al incumplimiento de los deberes de información y al error vicio respecto del contrato de permuta financiera (que denomina de forma confusa «pacto de límites máximos y mínimos»).



Aunque es cierto que la demanda no establece una clara conexión entre el incumplimiento de los deberes de información y el error vicio en la contratación del swap, tampoco puede negarse que se ejercitara la acción de nulidad por error vicio y que esto haya sido objeto de debate en el pleito.

A la vista de lo anterior, no cabe inferir falta de imparcialidad de los magistrados de la Audiencia que, al resolver el recurso, advirtieron los errores de planteamiento de la demanda, y que, en un exordio totalmente prescindible, comenzaron su argumentación advirtiendo de los riesgos de que un abogado se defiende a sí mismo, sobre todo si no es especialista en la materia.

La razón de la desestimación no responde a ningún prejuicio que determine a la sala, sino a las razones vertidas en la sentencia sobre la inconsistencia de lo pretendido en la demanda, a la vista de lo alegado y acreditado en el pleito.

Por todo lo cual debemos desestimar el motivo.

**3. Formulación del motivo segundo.** El motivo se ampara en los ordinales 4º y 3º del art. 469.1 LEC, y denuncia que la sentencia recurrida, al invertir la carga de la prueba respecto de la acreditación del error vicio en el consentimiento, ha causado indefensión a los demandantes y les ha privado de la tutela judicial efectiva.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**4. Desestimación del motivo segundo.** Como hemos afirmado en otras ocasiones, «las reglas de distribución de la carga de prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no le corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria» (sentencia 333/2012, de 18 de mayo, y sentencia 472/2015, de 10 de septiembre).

En el presente caso no ha existido ninguna vulneración de esas reglas legales, pues el tribunal de apelación no las aplicó, sino que, a la vista de la prueba practicada, sobre todo la testifical de la empleada de la Caja, consideró acreditado que los demandantes habían prestado su consentimiento y que habían sido informados del producto.

### **TERCERO. Recurso de casación**

**1. Formulación del motivo primero.** El motivo se formula con el siguiente tenor literal:

«Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por oposición de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de las sentencias de las Audiencias Provinciales, sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias Secc, 4ª, S. 16-10-2013, nº 274/2013, rec. 278/2013, y sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, secc. 1ª, S. 26-9-2013, nº 53/2013, rec. 76/2013, Pte: Pérez Flecha Díaz, Mª Belén, en lo relativo a la carga de la prueba en los contratos de permuta de intereses y contratación bancaria, aunándose a ello infracción del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El motivo denuncia la infracción de las reglas de la carga de la prueba en los contratos de permuta de intereses y la contratación bancaria, e identifica como norma jurídica infringida el art. 217 LEC.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

**2. Desestimación del motivo primero.** El motivo se desestima porque no cabe fundar el recurso de casación en la infracción de una norma procesal.

**3. Formulación de los motivos segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo.** La enumeración es la que correspondería si se hubieran distinguido de forma separada, como procedía, los motivos correspondientes al recurso extraordinario por infracción procesal y los de casación. La formulación literal de estos motivos es la siguiente:

«Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por oposición o contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la sentencia de las Audiencias Provinciales que se enunciarán, con respecto a la falta de información (que se desarrollará en los motivos o submotivos siguientes) aunándose a ello, infracción de la numerosa legislación específica sobre la obligación legal de informar, que también se desarrollará en los motivos o submotivos siguientes.

«Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por oposición y contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 2ª, S.



4-11-2011, nº 311/2011, rec. 261/2011 , Pte: Magaña Calle, José María, con respecto a la falta de información, el deber legal de informar y sus consecuencias, error esencial.

»Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por oposición y contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, sec 1ª, S. 30-7-2013, nº 306/2013, rec. 246/2013 , Pte: Quiroga de la Fuente, José Luis, con respecto a la falta de información, el deber legal de informar y sus consecuencias, error esencial.

»Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por oposición y contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias [...] rec. 278/2013 , Pte: Tuero Aller, Francisco, con respecto a la falta de información, el deber legal de informar y sus consecuencias, error esencial.

»Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por oposición de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la Audiencia Provincial de Asturias Secc, 4ª, S. 16-10-2013, nº 274/2013, rec, 278/2013 , Pte: Tuero Aller, Francisco, con respecto a la falta de información, el deber legal de informar y sus consecuencias, error esencial.

»Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por oposición de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la Audiencia Provincial de Badajoz, sec. 3ª, s. 24-9-2013, nº 184/2013, rec. 303/2013 , con respecto a la falta de información, el deber legal de informar y sus consecuencias, error judicial.

»Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por oposición de la sentencia recurrida con la doctrina y criterios de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sec. 6ª, S. 12-9-2013, nº 584/2013. rec. 153/2012 , Pte: Fernández Soto, Magdalena, con respecto a la falta de información, el deber legal de informar y sus consecuencias, error esencial».

Procede desestimar todos estos motivos por las razones que exponemos a continuación.

**4. Desestimación de los motivos segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo .** Estos motivos se desestiman porque, como puede apreciarse del tenor literal de su formulación, no identifican con claridad y precisión la norma jurídica aplicable al caso cuya infracción justifica la casación.

El recurso de casación, según el art 477.1 LEC , ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de litigio. Y como ha venido insistiendo esta sala, es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación.

**5. Formulación de los motivos noveno y décimo .** Estos dos motivos, que se corresponden en la enumeración del recurso con los apartados Décimo cuarto y Décimo quinto serán analizados conjuntamente, pues en ellos se identifica el precepto legal que impone los deberes legales de información cuya infracción se denuncia (el art. 79bis LMV), y los correspondientes al Reglamento que desarrollo ese precepto legal.

La formulación de estos dos motivos es del siguiente tenor literal:

«Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los arts. 60 , 61 , 62 , 64 , 72 y 73 del Real Decreto 217/2008 sobre la preceptiva evaluación de conveniencia e idoneidad de los clientes y los requisitos y exigencias de información.

»Vía artículo 477.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se formula recurso de casación por razón de interés casacional, fundado en el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 2 (operaciones comprendidas en el ámbito de la Ley) y 79 bis (sobre obligaciones de información), de la Ley de Valores ».

En el desarrollo de los motivos, se expone que ambos se fundan en la infracción de las normas legales que contienen el deber de información en la contratación de productos financieros, en concreto el art. 79 bis LMV, introducido por la Ley 47/2007 , y sus consecuencias en relación con la apreciación del error vicio.

Procede estimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.



**6. Estimación de los motivos noveno y décimo .** Cuando se concertó el contrato de permuta financiera, en diciembre de 2008, ya estaba en vigor la normativa MiFID, en concreto el art. 79 bis LMV, cuya infracción se denuncia.

Constituye jurisprudencia constante que bajo esta normativa MiFID, en concreto el art. 79 bis.3 LMV, en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadores de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error [por todas, sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 559/2015, de 27 de octubre ].

**7.** En supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, hemos advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan reseñados deberes de información expuestos:

«(D)icho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» ( sentencia 559/2015, de 27 de octubre ).

Por ello, la entidad financiera demandada (Caja de Ahorros de Galicia) estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible a sus clientes ( Raimundo y Erica ) que permitiera conocer los riesgos concretos del producto.

Lo que declara probado la sentencia de la Audiencia, a la vista de la prueba practicada, especialmente la testifical de la empleada de la Caja, no es suficiente para entender cumplidas las exigencias de información del art. 79 bis.3 LMV. Tan sólo justifica que se les explicó las características del producto, pero nada se afirma respecto de los riesgos derivados de la bajada de los tipos de interés y el coste efectivo que ello podía suponer para el cliente.

Por eso es posible concluir que la información que se declara probado que les fue suministrada resultaba insuficiente, por lo que no se cumplieron las exigencias de información previstas en el art. 79 bis LMV.

**8.** La existencia de los reseñados especiales deberes de información tiene una incidencia muy relevante sobre la apreciación del error vicio, a la vista de la jurisprudencia de esta sala, que se halla contenida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 :

«El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato ( art. 1261.2 CC ). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

»El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

»Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración comercial seriamente emitida»





9. El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el swap contratado por la sociedad recurrente, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

También en este caso, como en el que fue objeto de enjuiciamiento en la citada sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, se aprecia el error en quienes contrataron por la sociedad recurrente, en cuanto que, como ya hemos visto, no ha quedado probado que recibieran esta información clara y completa sobre los concretos riesgos. En particular, sobre el coste real para el cliente si bajaba el Euribor por debajo del tipo fijo de referencia en cada fase del contrato. La acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre la entidad financiera.

10. Es jurisprudencia constante de esta sala que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo» (sentencia 560/2015, de 28 de octubre, con cita de la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014).

11. En consecuencia, procede estimar estos dos motivos y casar la sentencia de apelación en relación con la desestimación de la acción de nulidad del contrato de permuta financiera basada en el error vicio derivado de la falta de la insuficiencia de la información, pero no respecto de las otras acciones ejercitadas en la demanda.

La estimación de estos motivos de casación hace innecesario el análisis de los siguientes motivos, que impugnan el mismo pronunciamiento de la sentencia.

Se entiende estimada parcialmente la demanda, en el sentido que se declara la nulidad del contrato de permuta financiera, que bajo la denominación «contrato de cobertura sobre hipoteca», se concertó el día 19 de diciembre de 2008, y se ordena la recíproca restitución de las prestaciones, que es la consecuencia legal de la nulidad. Esto último exigirá una liquidación de los cargos a favor y en contra del cliente, y tener en cuenta el devengo de intereses respecto de cada concreto cargo.

#### **CUARTO. Costas**

1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, se imponen a la parte recurrente las costas generadas con su recurso (art. 398.1 LEC)
2. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).
3. Estimado en parte el recurso de apelación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).
4. Estimada en parte la demanda, no se hace expresa condena en costas (art. 394 LEC).

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Raimundo y Erica contra la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 3ª) de 8 de noviembre de 2013 (rollo 296/2013), con imposición de las costas a la parte recurrente. 2.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Raimundo y Erica contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 3ª) de 8 de noviembre de 2013 (rollo 296/2013), que dejamos parcialmente sin efecto, en el siguiente sentido. 3.º Estimar en parte el recurso de apelación formulado por NCG Banco, S.A. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña de 26 de diciembre de 2012 (juicio ordinario 974/2011), en el sentido de tener por estimada en parte la demanda formulada por Raimundo y Erica contra NCG Banco, S.A. y declarar la nulidad por error vicio en el consentimiento del «contrato de cobertura sobre hipoteca» concertado por las partes el día 19 de



diciembre de 2008, y ordenar la recíproca restitución de las prestaciones. 4.º No hacer expresa condena en costas respecto de las generas en primera y segunda instancia, ni tampoco en el recurso de casación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ