



Roj: **STS 778/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:778**

Id Cendoj: **28079110012019100149**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2019**

Nº de Recurso: **1872/2016**

Nº de Resolución: **162/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 432/2016,**
STS 778/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 162/2019

Fecha de sentencia: 14/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1872/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/03/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA. SECCIÓN 5.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1872/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 162/2019

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 14 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Luis Angel , representado por la procuradora D.^a Pamela Cousillas Fernández bajo la dirección letrada de D.^a Lucía Castro Fernández, contra la sentencia dictada en fecha 26 de febrero de 2016 por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña en el recurso de apelación n.º 358/2015 dimanante de las actuaciones n.º 715/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de A Coruña sobre acción de nulidad contractual y reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida Abanca Corporación Bancaria S.A. (antes NCG Banco S.A.) representada por el procurador D. Rafael Silva López y bajo la dirección letrada de D.^a Sonia Martínez López.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Luis Angel interpuso demanda de juicio ordinario contra la sociedad mercantil NCG Banco S.A en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"...estimando la demanda y teniendo por acreditados los hechos en ella contenidos se acuerde:

"I.- Declarar la nulidad de los contratos suscritos:

"Contrato de cobertura sobre hipoteca n.º NUM000

"Contrato de cobertura sobre hipoteca n.º NUM001

"II.- La condena al pago de TRECE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS CON NOVENTA Y DOS EUROS, en concepto de principal, de los cuales once mil novecientos noventa y dos con sesenta y ocho euros corresponden a las liquidaciones abonadas y mil cuatrocientos cuarenta y cuatro euros con veinticuatro céntimos corresponden a intereses.

"III.- La condena al pago de los intereses y costas derivados del procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 24 de julio de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de A Coruña y fue registrada con el n.º 715/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La entidad NCG Banco S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de A Coruña dictó sentencia de fecha 21 de abril de 2015 , con el siguiente fallo:

"Se estima la demanda interpuesta por la procuradora D.^a Pamela Cousillas Fernández, en nombre y representación de D. Luis Angel frente a NCG Banco S.A. representada por la procuradora D.^a Amalia Mosquera Herrero.

"Se realizan los siguientes pronunciamientos:

" 1.º- Que se declara la nulidad de los siguientes contratos suscritos entre las partes:

"1.1.- Contrato de cobertura sobre hipoteca número NUM000 .

"1.2.- Contrato de cobertura sobre hipoteca número NUM001 .

" 2.º- Se condena a la demandada a abonar a la actora la suma de 13.436,92 euros, en concepto de principal, de los cuales 11.992,68 euros corresponden a liquidaciones abonadas y 1.444,24 euros corresponden a intereses.

" 3.º- Se condena a la demandada al pago de los intereses y costas derivados del presente procedimiento".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 358/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 26 de febrero de 2016 , con el siguiente fallo:



"Que se ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de NCG Banco S.A. contra la sentencia de 21 de abril de 2015 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 5 de A Coruña en los autos de Procedimiento Ordinario num. 715/2014, la cual se revoca en su integridad.

"En consecuencia, el FALLO de dicha resolución judicial queda del siguiente tenor literal:

""Se desestima la demanda interpuesta por la procuradora de D. Luis Angel contra NCG Banco S.A., al apreciar la caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada, sin entrar en el fondo del asunto, y sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales".

"Sobre las costas de la alzada, no ha lugar".

3.- La representación procesal de D. Luis Angel presentó escrito solicitando la rectificación de esta sentencia, denegándose mediante auto de fecha 13 de abril de 2016.

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

1.- D. Luis Angel interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 469.1.2. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto por infracción del artículo 218.2 LEC . Falta de motivación de la sentencia.

"Segundo.- Al amparo del artículo 469.1.1.4 vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.1 de la Constitución , derecho a la tutela judicial efectiva, por infracción de los artículos 316 y 326.1 LEC , y la jurisprudencia que los desarrolla, al llevarse a cabo por la sentencia recurrida una valoración manifiestamente arbitraria o ilógica, que no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible.

"Tercero.- Al amparo del artículo 469.1.3 2.º. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por infracción del artículo 217 LEC . Vulneración de las reglas de la carga de la prueba.

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

"Único.- Infracción del artículo 1301 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la desarrolla, fijada en la sentencia n.º 569/2003, de 11 de junio , confirmada en la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 en relación con la fijación del "dies a quo" de la caducidad de la acción de nulidad por error en los contratos de tracto sucesivo".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 12 de diciembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Angel contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 26 de febrero de 2016, por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Quinta, en el recurso de apelación n.º 358/2015 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 715/2014 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de La Coruña.

"2.º [...] "

"3.º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la indicada parte litigante contra dicha sentencia, con imposición de las costas de este recurso al recurrente, que perderá el depósito constituido".

3.- Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para que formalizara su oposición a la admisión del recurso de casación, sin haberlo hecho, quedó el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 11 de febrero de 2019 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 6 de marzo de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes



Se interpone recurso de casación frente a la sentencia que desestimó la demanda de nulidad de dos contratos de cobertura sobre hipoteca (swaps) por error vicio del consentimiento. La sentencia recurrida considera que cuando se interpuso la demanda (el 24 de julio de 2014) habían transcurrido cuatro años desde julio de 2009, cuando las liquidaciones empezaron a ser negativas. El recurso denuncia infracción del art. 1301 CC y de la jurisprudencia interpretativa de esa sala sobre el *dies a quo* de la acción de nulidad en los contratos de tracto sucesivo.

SEGUNDO.- Decisión de la sala

1.- En la sentencia de pleno 89/2018, de 19 de febrero, esta sala ha explicitado las razones por las que debe entenderse que en contratos como el litigioso la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato:

"i) En un caso en el que la sentencia de primera instancia consideró (y la Audiencia no corrigió) como día inicial del cómputo del plazo el de la perfección de un contrato de seguro de vida "unit linked multiestrategia" en el que el cliente había perdido toda la inversión realizada, la sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la que la ahora recurrente apoya su recurso de casación: i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de que "en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

"Mediante una interpretación del art. 1301.IV CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

"De esta doctrina sentada por la sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del art. 1301.IV CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr "desde la consumación del contrato".

"ii) A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

"En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

"En los contratos de swaps o "cobertura de hipoteca" no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. Así, en el caso que da lugar al presente recurso, el cliente recibía trimestralmente el euríbor fijado al principio de cada periodo trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euríbor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euríbor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada período de liquidación y alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes recogidos en el primer fundamento jurídico de esta sentencia".

2.- La aplicación de la doctrina contenida en la citada sentencia 89/2018, de 19 de febrero, lleva a estimar el recurso de casación.

En el presente caso, las partes suscribieron los contratos impugnados el 27 de mayo de 2008. La fecha de vencimiento era el 1 de junio de 2013, por lo que en esta fecha tuvo lugar la consumación del contrato. Puesto que la demanda se interpuso el 24 de julio de 2014 no había transcurrido el plazo legal para ejercitar la acción.



3.- La estimación del recurso determina que deba casarse la sentencia recurrida y, asumiendo la instancia, debamos resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, partiendo del presupuesto de que, por lo dicho, la acción se ejercitó dentro del plazo previsto por la ley.

4.- Además de la invocación de la caducidad, la demandada se alzó contra la sentencia del juzgado, que había estimado la demanda, reiterando, como ya hizo en su contestación a la demanda: que de la documentación aportada resulta con claridad que el producto no se comercializaba como un seguro, contra lo que dice el demandante; que al padecer el demandante un grave defecto de visión fue asistido en la contratación por su padre, cliente habitual del banco; que el padre del demandante fue informado de todo, por lo que si es cierto que le dijo a su hijo que firmara simplemente confiando en los empleados de la entidad actuó negligentemente; que tanto el hijo como el padre tienen formación (fisioterapeuta uno y asesor inmobiliario el otro); que el director de la sucursal explicó en su declaración de modo tajante que el producto era fácil de comprender y que se les explicó; que no se trataba de un producto especulativo y la finalidad del producto era minimizar el riesgo del tipo variable de los préstamos contratados y la entidad no era responsable de la evolución de los tipos de interés.

5.- Esta sala considera que los razonamientos de la sentencia de primera instancia acerca de la existencia de error vicio del consentimiento son conformes con la doctrina reiterada elaborada por la Sala Primera en materia de contratos de swap, por lo que procede confirmar dicha sentencia, por la que se estimó la demanda, se declaró la nulidad de los contratos suscritos por las partes el 1 de junio de 2008 y se condenó a la demandada a la restitución de las liquidaciones abonadas con sus intereses.

Todo ello por las razones que se exponen a continuación.

No consta que la demandada hubiera calificado al demandante como cliente profesional, por lo que debemos partir de su condición de minorista. De acuerdo con la doctrina de la sala, reiterada de manera uniforme (entre otras, en sentencias 89/2018, de 19 de febrero, con todas las que allí se citan) la demandada estaba obligada a suministrar, con carácter previo a la contratación, una información clara y comprensible al cliente que le permitiera conocer los concretos riesgos del producto. Existen unos deberes de información que pesan sobre la entidad prestadora de servicios financieros en el caso de que el cliente sea minorista, como en el presente lo era, que se traducen en una obligación activa que no se cumple con la puesta a disposición de la documentación contractual. La información, en especial, debe alcanzar a los riesgos que podrían derivarse de una caída drástica de los tipos de interés, como la habida a partir del año 2009. Esa información es imprescindible para que el cliente pueda prestar válido consentimiento contractual porque la falta de conocimiento del producto contratado y de los riesgos asociados al mismo determina una representación equivocada. El incumplimiento de los deberes de información, de acuerdo con esta jurisprudencia, permite presumir el error y lleva implícito que el cliente, de haber conocido los verdaderos riesgos y costes, incluidos los de una cancelación anticipada, no hubiera contratado (entre otras muchas sentencias, la citada).

Como dice la sentencia 400/2017, de 27 de junio, 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, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan los reseñados deberes de información expuestos.

6.- La aplicación de la anterior doctrina jurisprudencial permite concluir que, frente a lo que dice la entidad apelante, la acreditación del cumplimiento de estos deberes de información pesaba sobre la entidad financiera, y la entidad no acredita haber informado sobre el riesgo que implicaba la contratación, lo que resulta decisivo en unos contratos de la complejidad de los litigiosos y determina la apreciación de error vicio del consentimiento que da lugar a su nulidad. Ni el actor ni su padre, que le acompañó en la celebración de los contratos por el déficit visual del actor, son expertos en contratos financieros y, ante la divergencia de declaraciones del actor y su padre, por un lado, y los empleados de la entidad, por otro, no puede prevalecer la de estos últimos si no va acompañada de prueba documental que acredite que se proporcionó información precontractual ni que se presentaran varios escenarios sobre posibles evoluciones de los tipos o sobre sus consecuencias en caso de cancelación. Tampoco se realizaron test de conveniencia o idoneidad, a pesar de que el contrato se celebrara después de la incorporación de la normativa Mifid. En el caso, además, los documentos informativos acompañados por la demandada no se encuentran firmados ni tampoco fueron reconocidos por el comercializador del producto.

7.- Procede, en consecuencia, desestimar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar en su integridad la sentencia de primera instancia.

TERCERO. - *Costas y depósito*



Conforme al art. 398.2 LEC no se imponen las costas del recurso de casación. Procede la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en la disp. adicional 15 LOPJ.

Se imponen a la demandada las costas de primera instancia, dada la estimación de la demanda (art. 394.1 LEC), y las de la apelación, dado que el recurso de apelación debió ser desestimado (art. 398.1 LEC).

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Angel contra la sentencia dictada en segunda instancia el 26 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Quinta, en el recurso de apelación n.º 358/2015 .

2.º- Dejar sin efecto dicha sentencia y, en su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por NCG Banco S.A. (ahora Abanca Corporación Bancaria S.A.) contra la sentencia de 21 de abril de 2015 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 5 de A Coruña en los autos de Procedimiento Ordinario 715/2014, que se confirma en su integridad.

3.º- Imponer a la demandada las costas de la apelación y las de primera instancia.

4.º- No imponer las costas del recurso de casación.

5.º- Ordenar la devolución del depósito para interponer 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 colección legislativa.

Así se acuerda y firma.