



Roj: **STS 2027/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2027**

Id Cendoj: **28079110012019100327**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/06/2019**

Nº de Recurso: **526/2017**

Nº de Resolución: **347/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 347/2019

Fecha de sentencia: 21/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 526/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 526/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 347/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 21 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 12 de diciembre de 2016, dictada en recurso de apelación 641/2016, de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Castellón, dimanante de autos de juicio ordinario 1138/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Nules;



recurso interpuesto ante la citada Audiencia por la entidad GBM Onda S.R.L., representado en las instancias por la procuradora Dña. María Pilar Sanz Yuste, bajo la dirección letrada de D. Pablo Camprubí Garrido, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Juan Luis Cárdenas Porras en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Banco Sabadell S.A., representado por la procuradora Dña. Blanca María Grande Pesquero, bajo la dirección letrada de D. Pedro Genové Pascual.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La entidad mercantil GMB Onda S.R.L., representada por la procuradora Dña. María del Pilar Sanz Yuste y dirigida por la letrada Dña. Vanesa Fernández Escudero, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Sabadell S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que, con estimación de la misma:

"a) Se declare la anulación del contrato de permuta financiera relacionado en el hecho primero, procediéndose en consecuencia a la anulación de todos los cargos y abonos efectuados por la demandada en las cuentas de la actora en virtud del contrato anulado, de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto a la otra en virtud de los mismos. Asimismo, y en relación con las cantidades efectivamente satisfechas por cada una de las partes, deberá procederse a su recíproca restitución, interesándose la compensación de saldos, de manera que aquella parte que tenga a su favor un mayor saldo acreedor (diferencia entre cobros recibidos-pagos efectuados), sea la que reciba de la otra el saldo neto favorable.

"b) Se condene a la demandada a restituir a la actora, cuantos intereses, comisiones, y gastos de cualquier clase, se hayan cargado en cualquiera de sus cuentas, como consecuencia y/o derivados del contrato anulado.

"c) Se condene a la demandada al pago de los intereses legales devengados por las cantidades satisfechas por la actora, cuya restitución se interesa en los apartados a) y b), desde la fecha en que aquellas fueron realizadas de forma efectiva a la entidad bancaria, previa deducción de los intereses devengados por los importes abonados a mi mandante, desde la fecha de los citados abonos.

"d) Se impongan a la demandada las costas ocasionadas en este procedimiento, en virtud del principio de vencimiento objetivo".

2.- El demandado Banco de Sabadell S.A., representado por la procuradora Dña. Carmen Rubio Antonio y bajo la dirección letrada de D. Pedro Genové Pascual, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte actora".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Nules se dictó sentencia, con fecha 21 de mayo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Sanz Yuste, en nombre y representación de la mercantil GMB Onda SRL, contra la entidad Banco Sabadell, S.A., debo:

"a) Declarar la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de fecha 12 de septiembre de 2006, así como de los documentos de confirmación de permuta financiera de tipos de interés que derivan del contrato marco de fechas 15 de septiembre de 2006, 1 de marzo de 2007, 10 de enero de 2008, 23 de enero de 2008, 16 de abril de 2008, y 23 de junio de 2008, procediéndose en consecuencia a la anulación de todos los cargos y abonos efectuados por la entidad Banco Sabadell S.A. en las cuentas de la actora en virtud del contrato anulado, de manera que ninguna de las partes resulte acreedora ni deudora respecto a la otra en virtud de los mismos. Asimismo, y en relación con las cantidades efectivamente satisfechas por cada una de las partes, deberá procederse a su recíproca restitución.

"b) Condenar a la entidad Banco Sabadell S.A., a restituir a la actora, cuantos intereses, comisiones, y gastos de cualquier clase, se hayan cargado en cualquiera de sus cuentas, como consecuencia y/o derivados del contrato anulado.

"c) Condenar a la entidad Banco Sabadell S.A. al pago de los intereses legales devengados por las cantidades satisfechas por la actora, cuya restitución se interesa en los apartados a) y b), desde la fecha en que aquéllas fueron realizadas de forma efectiva a la entidad bancaria, previa deducción de los intereses devengados por los importes abonados a la mercantil GMB Onda, S.R.L., desde la fecha de los citados abonos.



"d) Condenar al pago de las costas procesales causadas a la entidad Banco Sabadell S.A."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Castellón dictó sentencia, con fecha 12 de diciembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Banco de Sabadell S.A., contra la sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera instancia núm. 1 de Nules en fecha veintiuno de mayo de dos mil quince , en autos de juicio ordinario seguidos con el número 1138 de 2013, revocamos la expresada resolución, acordando en su lugar, con desestimación de la demanda deducida por la representación procesal de GBM Onda S.L., adoptar los pronunciamientos definitivos siguientes:

"1.- Absolver a la demandada Banco de Sabadell S.A. de los pedimentos formulados en su contra.

"2.- Imponer a la demandante GBM Onda S.L. las costas procesales devengadas en la instancia.

"No procede especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en esta alzada.

"Devuélvase a la parte recurrente la cantidad consignada como depósito para apelar".

TERCERO.- 1.- Por GBM Onda S.R.L. se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- En base al art 477.3 de la LEC por existir jurisprudencia contradictoria en la aplicación del art. 1301 del Código Civil , en el tratamiento del instituto de la caducidad, en especial sobre el cómputo de los días *a quo* en la contratación de permutas financieras, cuestión objeto de la presente litis, y en base al art. 477.1 de la LEC se consideran infringidos los arts. 7 , 1255 , 1256 , 1258 , 1265 y 1266 y especial el art. 1301 del Código Civil .

Motivo segundo.- Recurso de casación fundado en razón de interés casacional por oposición de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en la interpretación del art. 1301 del Código Civil , concretamente se cita la STS de 12 de enero de 2015, recurso 2290/2012 , y en base al art. 477.1 se considera infringido el art. 1301 del Código Civil .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de marzo de 2019 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Blanca María Grande Pesquero, en nombre y representación de Banco de Sabadell S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 5 de junio de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

1. La demanda.

- La demanda se interpone por una sociedad limitada frente al banco (Banco Sabadell).

- En lo que ahora interesa, sobre nulidad por error vicio de un contrato marco de operaciones financieras y 6 confirmaciones de *swaps* , suscritos entre septiembre de 2006 y junio de 2008.

- Demanda interpuesta el 21 de octubre de 2013.

2. La sentencia de primera instancia.

- Desestimó la excepción de caducidad. Declaró que estamos ante una unidad comercial que se perfeccionó en septiembre de 2006 y que se consumó con la última liquidación en junio de 2011.

- Estimó la demanda y declaró la nulidad.

3. La sentencia de segunda instancia.

Estimó recurso de apelación del banco y declaró caducada la acción.

Aplicó la doctrina de la STS de pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y declaró caducada la acción porque los *swaps* empezaron a dar liquidaciones negativas en el mes de marzo de 2009.

4. Interposición del recurso de casación.



- La sociedad limitada demandante ha interpuesto recurso de casación, por la vía del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC .

SEGUNDO .- Motivos primero y segundo.

1.- Motivo primero. En base al art 477.3 de la LEC por existir jurisprudencia contradictoria en la aplicación del art. 1301 del Código Civil , en el tratamiento del instituto de la caducidad, en especial sobre el cómputo de los días *a quo* en la contratación de permutas financieras, cuestión objeto de la presente litis, y en base al art. 477.1 de la LEC se consideran infringidos los arts. 7 , 1255 , 1256 , 1258 , 1265 y 1266 y especial el art. 1301 del Código Civil .

2.- Motivo segundo. Recurso de casación fundado en razón de interés casacional por oposición de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en la interpretación del art. 1301 del Código Civil , concretamente se cita la STS de 12 de enero de 2015, recurso 2290/2012 , y en base al art. 477.1 se considera infringido el art. 1301 del Código Civil .

Se estiman los motivos.

TERCERO .- Decisión de la sala.

En la sentencia de segunda instancia se declara la caducidad, al computarla desde la fecha de la primera liquidación al considerar que desde entonces se había consumado el contrato.

Esta sala, en sentencia 89/2018, de 19 de febrero , declaró:

"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".

De la doctrina mencionada cabe deducir que la acción se extinguió para el primer contrato (15-9-2006), dado que la demanda se interpuso el 21 de octubre de 2013 y el contrato se consumaba el 15 de octubre de 2009, al tratarse de un *swap* no encadenado con los posteriores. En cuanto a los demás contratos de *swap* no se extinguió la acción, al datar la consumación de los años 2010 y 2011, por lo que se ha de estimar parcialmente el motivo de casación y asumiendo la instancia debemos proceder a resolver el recurso de apelación.

CUARTO.- *Deber de información*.

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de *swap*, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (sentencias de pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y 491/2015, de 15 de septiembre ; así como las sentencias 384 y 385/2014, ambas de 7 de julio ; 387/2014, de 8 de julio ; 458/2014, de 8 de septiembre ; 460/2014, de 10 de septiembre ; 110/2015, de 26 de febrero ; 563/2015, de 15 de octubre ; 547/2015, de 20 de octubre ; 562/2015, de 27 de octubre ; 595/2015, de 30 de octubre ; 588/2015, de 10 de noviembre ; 623/2015, de 24 de noviembre ; 675/2015, de 25 de noviembre ; 631/2015, de 26 de noviembre ; 676/2015, de 30 de



noviembre ; 670/2015, de 9 de diciembre ; 691/2015, de 10 de diciembre ; 692/2015, de 10 de diciembre ; 741/2015, de 17 de diciembre ; 742/2015, de 18 de diciembre ; 747/2015, de 29 de diciembre ; 32/2016, de 4 de febrero ; 63/2016, de 12 de febrero ; 195/2016, de 29 de marzo ; 235/2016, de 8 de abril ; 310/2016, de 11 de mayo ; 510/2016, de 20 de julio ; 580/2016, de 30 de julio ; 562/2016, de 23 de septiembre ; 595/2016, de 5 de octubre ; 690/2016, de 23 de noviembre ; y 727/2016, de 19 de diciembre).

2.- En este caso, si partimos de los propios hechos acreditados en la instancia, no puede apreciarse que la entidad financiera cumpliera los deberes de información que hemos visto que establecía la legislación aplicable en la fecha de celebración de los contratos litigiosos; y desde ese punto de vista, la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de esta sala, en los términos expuestos.

Además, no repara en que era preceptiva una información precontractual completa y adecuada, con suficiente antelación a la firma de los documentos, y que la entidad no se había asegurado de que los clientes tuvieran conocimientos financieros, ni de que los productos ofertados fueran adecuados a su perfil inversor. Por lo que no puede compartirse que la información ofrecida fuera suficiente, ni que se adecuara mínimamente a las exigencias legales.

Según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 , y 676/2015, de 30 de noviembre , es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

3.- El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euribor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que como dijimos en la sentencia del pleno de esta Sala 1.ª, 840/2013, de 20 de enero de 2014 , "esa ausencia de información permite presumir el error". Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos por una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que el banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

Además, de acuerdo con esta jurisprudencia, el error contractual no se convalida ni hay confirmación contractual ni actos propios por la existencia previa de liquidaciones negativas o positivas para el cliente, ni por la realización sucesiva de distintas permutas financieras. La sentencia 243/2017, de 20 de abril , dice: "Que el cliente tuviera una voluntad cumplidora y abonase las correspondientes liquidaciones negativas no puede volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación de los contratos viciados; lo que evidencia es su buena fe contractual y su voluntad de no convalidar el consentimiento erróneamente prestado" (sentencia 602/2018, de 31 de octubre).

En este caso, el perfil conservador del contratante en materia de inversión (como se deduce del test de idoneidad posterior a la firma de los contratos), unido a la falta de formación e información suficiente y la oscura redacción del contrato, que inducía creer en la neutralización de las variaciones de interés, posibilita la estimación de los motivos de casación y anulación de parte de los contratos, de acuerdo con los arts. 1300 y 1301 del CC .

Por tanto, mantenemos la extinción de la acción relativa a la nulidad del contrato de 15 de septiembre de 2006 y en ese aspecto desestimamos la demanda; confirmando la nulidad del resto de los contratos de swap, con los efectos establecidos en la sentencia del juzgado de primera instancia.

Estimado parcialmente el recurso de casación, y anulando parcialmente la sentencia recurrida, procede confirmar parcialmente la sentencia de 21 de mayo de 2015 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Nules (procedimiento ordinario 1138/2013).



QUINTO .- Estimado el recurso de casación, no procede imposición de costas (art. 394 y 398 LEC), con devolución del depósito constituido para recurrir.

No se efectúa expresa imposición de costas en primera y segunda instancia, al estimarse parcialmente la demanda y el recurso de apelación.

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 parcialmente el recurso de casación interpuesto por la entidad GBM Onda S.R.L., contra sentencia de fecha 12 de diciembre de 2016 de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Castellón (apelación 641/2016).

2.º- Casar parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial, anulando parcialmente la sentencia recurrida, y confirmar parcialmente la sentencia de 21 de mayo de 2015 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Nules (procedimiento ordinario 1138/2013), en el siguiente sentido:

- a) Mantener la caducidad de la acción relativa a la nulidad del contrato de *swap* 15 de septiembre de 2006.
- b) Confirmar la nulidad del resto de los contratos de *swap* impugnados, con los efectos establecidos en la sentencia del juzgado de primera instancia.

3.º- Estimado parcialmente el recurso de casación, no procede imposición de costas, con devolución del depósito constituido para recurrir.

4.º- No se efectúa expresa imposición de costas en primera y segunda instancia.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.