



Roj: **STS 1338/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1338**

Id Cendoj: **28079110012019100230**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2019**

Nº de Recurso: **2031/2016**

Nº de Resolución: **238/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 238/2019

Fecha de sentencia: 24/04/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: **2031/2016**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante (8ª)

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: **2031/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 238/2019

Excmos. Sres. y Excma. 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 24 de abril de 2019.



Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 218/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ibi; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Sagrario, representada ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Andrea Dorremochea Guiot, bajo la dirección letrada de don Pablo Candela Álvarez; siendo parte recurrida Banco Santander S.A., ocupando la posición jurídica de Banco Popular Español S.A., representado por la procuradora de los Tribunales doña María José Bueno Ramírez, bajo la dirección letrada de don Álvaro Alarcón Dávalos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La representación procesal de doña Sagrario, interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad bancaria Banco Popular Español S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

"1º) Declare la nulidad del CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA DE TIPOS DE INTERÉS (IRS) BONIFICADO DOBLE BARRERA, suscrito entre Dª Sagrario y BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. de fecha 1 de Octubre de 2008, con efectos y duración hasta el 19 de Diciembre de 2012.

"2º) Declare, como consecuencia de tal declaración de nulidad, la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las liquidaciones trimestrales que hayan recibido o satisfecho en base a tal operación (cargos y abonos), incrementadas con los correspondientes intereses legales.

"3º) La expresa condena a la entidad bancaria de las costas causadas en el presente procedimiento."

1.-2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que:

"...dicte Sentencia en su día por la que se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario con expresa imposición de costas."

1.-3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ibi, dictó sentencia con fecha 13 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que debo ESTIMAR la demanda interpuesta por Sagrario contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. y en consecuencia declarar la NULIDAD del contrato de permuta financiera y sus anexos, suscrito por Sagrario y BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A en CASTALLA en fecha 1 de octubre de 2008.

" Como consecuencia se establece la obligación de que las partes se reintegren las cantidades que se han ido abonando con los intereses legales desde esta fecha."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada y, sustanciada la alzada, la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 29 de abril de 2016, cuyo Fallo es como sigue:

"Con estimación del recurso de apelación deducido contra la Sentencias dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ibi de fecha trece de noviembre de dos mil quince, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la mencionada resolución y, en su lugar, con desestimación de la demanda promovida por la Procuradora Doña Francisca Arranz Hernández, en nombre y representación de Doña Sagrario, contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., debemos absolver y absolvemos a la demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra al apreciar la excepción de caducidad de la acción, sin efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en la instancia ni en esta alzada, acordando la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso."

TERCERO.- La procuradora doña Andrea Dorremochea Guiot, en nombre y representación de doña Sagrario, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, habiendo sido admitido únicamente el segundo, que se formula por los siguientes motivos:

- 1.- Por infracción de lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil en relación con la jurisprudencia de esta sala.
- 2.- Por igual infracción en relación con la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales.



CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 12 de diciembre de 2018 por el que se acordó la admisión del recurso de casación y la inadmisión del formulado por infracción procesal, dando traslado a la parte recurrida que se opuso a la estimación del recurso de casación mediante escrito presentado en su nombre por la procuradora doña María José Bueno Ramírez.

QUINTO.- No habiéndose solicitado la celebración de vista por todas las partes, se señaló para votación y fallo el día 6 de marzo de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Sagrario interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español S.A. (hoy Banco Santander) cuyo objeto era: a) la declaración de nulidad del contrato de permuta financiera de tipos de interés (IRS) bonificado, doble barrera, suscrito entre las partes el día 1 de octubre de 2008, con efectos y duración hasta el día 19 de diciembre de 2012, fundada en la concurrencia de error vicio; b) la declaración de la obligación de las partes de restituirse recíprocamente el producto de las liquidaciones trimestrales que hayan recibido o satisfecho en base a tal operación (cargos y abonos), incrementadas con los correspondientes intereses; y c) la imposición de costas a la parte demandada.

Se opuso la entidad demandada y la sentencia de primera instancia estimó la demanda al declarar la nulidad del contrato de permuta financiera celebrado entre las partes e impuso a las mismas la obligación de reintegrarse las cantidades que se han ido abonando con sus intereses.

La demandada recurrió en apelación solicitando en primer lugar que se declare caducada la acción que se ejercita por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1301 CC . La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) aprecia la existencia de caducidad de la acción, basándose en los siguientes antecedentes: a) el contrato de permuta financiera fue suscrito entre las partes el día 1 de octubre de 2008 y se fijaba como fecha de vencimiento el día 19 de diciembre de 2012; b) las liquidaciones sobre un importe nominal de 70.000.- € eran trimestrales y dieron los siguientes resultados:

- la primera liquidación practicada con vencimiento 19/03/2009, a pagar por parte de la actora la suma de 287,88.- €.
- la segunda liquidación practicada con vencimiento 19/06/2009, a pagar por parte de la actora la suma de 569,93.- €.
- la tercera liquidación practicada con vencimiento 21/09/2009, a pagar por parte de la actora la suma de 649,95.- €.
- la cuarta liquidación practicada con vencimiento 21/12/2009, a pagar por parte de la actora la suma de 713,80.- €.
- las siguientes liquidaciones se practicaron trimestralmente y, todas ellas, hasta la última con vencimiento 19/12/2012, arrojaron un resultado negativo a cargo de la actora.

La Audiencia aprecia la caducidad aplicando la doctrina de la sentencia de esta sala de 12 de enero de 2015 , al considerar que la acción pudo ejercitarse desde que se conocieron por la demandante las liquidaciones practicadas que le habían resultado desfavorables.

Contra dicha sentencia recurre por infracción procesal y en casación la demandante doña Sagrario , habiendo sido inadmitido el primero de los referidos recursos y admitido el segundo.

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en dos motivos. En el primero se refiere a la oposición de la sentencia recurrida a lo dispuesto en las sentencias de esta sala de fecha 12 enero 2015 (rec. 2290/12) y 7 mayo 2015 (rec.1603/13), sobre la interpretación de lo dispuesto en el artículo 1301 CC en relación con el momento de la consumación de estos contratos a efectos de determinar el día inicial para el cómputo del plazo de caducidad de la acción derivada de su anulabilidad.

La causa de inadmisión de dicho motivo planteada por la parte demandada, hoy Banco de Santander, no puede ser acogida. Se refiere la recurrida al hecho de que no se cita por la recurrente cuál se considera norma infringida en el presente caso ni la jurisprudencia presuntamente vulnerada. Basta la lectura del motivo para advertir que el mismo se concreta en la infracción del artículo 1301 CC con cita de dos sentencias de esta sala que se refieren a la cuestión discutida, cuya doctrina se entiende que ha sido incorrectamente aplicada por la Audiencia.

El motivo ha de ser estimado. Esta sala, con posterioridad al dictado de las sentencias que se citan, ha resuelto la cuestión en el sentido que define, entre otras, en la reciente sentencia núm. 722/2018 de 19 diciembre .



En el fundamento de derecho tercero de dicha resolución se dice lo que sigue:

" *Decisión de la sala. Caducidad de la acción.* 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 ha 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 "..."

La aplicación de esta doctrina al caso lleva a considerar que la acción no ha caducado dado que la última liquidación practicada en el contrato lo fue con fecha 19 de diciembre de 2012 y la demanda se interpuso en el año 2014, sin que, en consecuencia, hubiera transcurrido el plazo de cuatro años a que se refiere el artículo 1301 CC para el ejercicio de la acción de nulidad.

Lo anterior determina la estimación del recurso de casación y que esta sala, tras descartar un ejercicio extemporáneo de la acción, pueda pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada.

TERCERO.- En este caso la propia sentencia recurrida viene a afirmar la existencia de error en la contratación del producto financiero por parte de la demandante al señalar en relación con la misma (fundamento de derecho segundo) que

"su falsa representación de la realidad consistía en entender que el contrato suscrito actuaba como una especie de seguro que le cubriría de las posibles subidas de tipos de interés del préstamo hipotecario asociado a la permuta financiera sin que ello le reportará ningún coste. A esa falsa representación de la realidad que te pareció la actora contribuye decisivamente la falta de información que legalmente ya era exigible cantidad demandada atendida la condición de inversor minorista de la actora, carente de cualquier experiencia en productos financieros".

Son numerosas las sentencias de esta sala que consideran que el incumplimiento por las entidades financieras de la normativa 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 (RJ 2015, 5880); 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).

Nada se ha acreditado acerca de que se haya prestado por la entidad demandada una información comprensible y adecuada a la condición de la demandante, lo que le incumbía. Es por ello que procede confirmar la sentencia de primera instancia, reiterando ahora sus razonamientos.

CUARTO.- Estimado el recurso de casación, no procede imposición de costas (artículos 394 y 398 LEC), con devolución del depósito constituido para recurrir. Las costas de ambas instancias deberán ser satisfechas por la parte demandada por cuanto el recurso de apelación debió ser desestimado.

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 en nombre de doña Sagrario , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª), en fecha 29 de abril de 2016, en Rollo n.º 64-40/2016 .

2.º- Casar la sentencia recurrida y confirmar íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ibi en los autos n.º 218/2014.

3.º- No hacer especial declaración sobre costas del presente recurso

4.º- Se imponen a la demandada las costas de 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ