



Roj: **STS 437/2021 - ECLI:ES:TS:2021:437**

Id Cendoj: **28079110012021100066**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/02/2021**

Nº de Recurso: **3533/2018**

Nº de Resolución: **58/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP T 167/2018,**
STS 437/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 58/2021

Fecha de sentencia: 08/02/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3533/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE TARRAGONA, SECCIÓN 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3533/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 58/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. **José Luis Seoane Spiegelberg**



En Madrid, a 8 de febrero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Asociación de Usuarios Financieros (Asufin), en defensa e interés de su asociado D. Leovigildo, siendo representada por el procurador D. Francisco José Agudo Ruiz y bajo la dirección letrada de D. Oscar Serrano Castells, contra la sentencia n.º 81/2018, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, en el recurso de apelación n.º 337/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 680/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tarragona. Ha sido parte recurrida Bankinter, S.A., representada por el procurador D. Ricard Simó Pascual y bajo la dirección letrada de D. Joaquín González Roquette.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Custodio Aguilera Aguilera, en nombre y representación de Asociación de Usuarios Financieros (Asufin), en defensa e interés de su asociado D. Leovigildo, interpuso demanda de juicio ordinario contra Bankinter, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] estimando íntegramente la presente demanda, y que contenga los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha 2 de octubre de 2008. Como consecuencia de ello, se condene a Bankinter, S.A., a la restitución del importe de 14.533,67€- cantidad equivalente a las cantidades pagadas en ejecución del contrato, más los intereses legales que correspondan desde las respectivas fechas de pago de cada una de las liquidaciones devengadas en ejecución de este contrato y hasta su efectiva restitución.

2.- Subsidiariamente, se declare el incumplimiento por parte de Bankinter, S.A. de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta del instrumento objeto de la presente demanda, en los términos recogidos en la demanda, y en consecuencia, se declare el derecho a percibir una indemnización en concepto de daños y perjuicios, condenando a Bankinter, S.A., al pago del importe de 14.533,67 €- cantidad total equivalente a las cantidades pagadas en ejecución del contrato, más los intereses legales que correspondan desde la interposición de la demanda.

3.- Se condene a Bankinter SA al pago de las costas judiciales causadas en la presente instancia".

2.- La demanda fue presentada el 19 de julio de 2016, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tarragona, se registró con el n.º 680/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Ricard Simó Pascual, en representación de Bankinter, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tarragona, dictó sentencia de fecha 23 de febrero de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando íntegramente la demanda deducida por el Procurador Don Custodio Aguilera Aguilera, en nombre y representación de la Asociación de Usuarios Financieros (Asufin), que actúa en defensa e interés de su asociado Don Leovigildo, contra Bankinter, S.A., debo declarar y declaro la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha 2 de octubre de 2008 y, como consecuencia de esta declaración, debo condenar y condeno a Bankinter, S.A., a la restitución del importe de catorce mil quinientos treinta y tres euros con sesenta y siete céntimos (14.533,67 euros), cantidad equivalente a las cantidades pagadas por el Sr. Leovigildo en ejecución el contrato anulado, más los intereses legales que correspondan desde las respectivas fecha de pago de cada una de las liquidaciones devengadas en ejecución de este contrato y hasta su efectiva restitución.

Se imponen a la parte demandada las costas procesales".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, que lo tramitó con el número de rollo 337/2017, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 20 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva dispone:



"El Tribunal decide:

Estimar el recurso de apelación interpuesto por la mercantil "Bankinter, S.A.", representada por el procurador D. Ricard Simó contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Tarragona en fecha 23/02/2017 la cual se revoca haciendo los siguientes pronunciamientos:

1º.- Se desestima la demanda presentada por la mercantil "Bankinter, S.A.", sin imposición de costas.

2º.- No se hace expresa imposición de costas en esta alzada".

Con fecha 17 de abril de 2018, la mencionada sección de la Audiencia Provincial de Tarragona dictó auto cuyo fallo es como sigue:

"La Sala acuerda: no haber lugar a estimar la petición de complemento que respecto de la sentencia núm. 81/2018, de 20 de febrero, de esta Sección, ha deducido la representación procesal de la entidad "Asociación de Usuarios Financieros" (Asufin); y haber lugar a estimar la petición de aclaración que respecto de la citada sentencia han deducido las representaciones procesales de las partes de este juicio, y en consecuencia, el fallo de dicha sentencia quedará redactado como sigue:

El Tribunal decide:

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la mercantil "Bankinter, S.A.", representada por el Procurador D. Ricard Simó contra la sentencia dictada por el Juzgado de la Instancia nº 3 de Tarragona en fecha 23/02/2017 la cual se revoca haciendo los siguientes pronunciamientos:

1º.- Se desestima la demanda interpuesta por la representación procesal de la entidad "ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS" (ASUFIN) en nombre y representación y en defensa de los intereses de su asociado D. Leovigildo .

2º.- No se hace expresa imposición de las costas procesales de esta alzada".

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

1.- El procurador D. Custodio Aguilera Aguilera, en representación de Asufin, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Se señala como único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la Infracción de las normas reguladoras de la sentencia (artículo 469.1.2º en relación con los artículos 209 y 218 LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1.- Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento.

2.- Oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".

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 14 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), actuando en defensa e interés de su asociado D. Leovigildo , contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 20 de febrero de 2018, corregida por auto de 17 de abril de 2018, por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 337/2017, dimanante del juicio ordinario n.º 680/2016, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tarragona.

2º) Y entréguese copias del escrito de interposición de los recursos formalizados por la parte recurrente, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.



4.- Por providencia de 15 de enero de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 2 de febrero del presente, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

1.- *El objeto del proceso*

Es objeto del proceso la demanda que es formulada por la entidad Asufin, en nombre de su afiliado D. Leovigildo contra la entidad financiera Bankinter, S.A., en cuyo suplico se postulaba:

(i) Se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de fecha 2 de octubre de 2008. Como consecuencia de ello, se condene a Bankinter, S.A., a la restitución del importe de 14.533,67 euros, suma equivalente a las cantidades pagadas en ejecución del contrato, más los intereses legales que correspondan desde las respectivas fechas de pago de cada una de las liquidaciones devengadas en ejecución de este contrato y hasta su efectiva restitución.

(ii) Subsidiariamente se declare el incumplimiento por parte de Bankinter, S.A., de sus obligaciones legales de diligencia, lealtad e información en la venta del instrumento objeto de la demanda, en los términos recogidos en la demanda, y en consecuencia se declare el derecho a percibir una indemnización en concepto de daños y perjuicios, condenando a Bankinter, S.A., al pago del importe de 14.533,67 euros, cantidad total equivalente a las cantidades pagadas en ejecución del contrato, más los intereses legales que correspondan desde la interposición de la demanda,

(iii) Se condene a Bankinter, S.A., al pago de las costas judiciales causadas en la instancia.

2.- *La sentencia de primera instancia*

Seguido el juicio, en todos sus trámites, con oposición de la parte demandada, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tarragona, se estimó la acción principal de nulidad ejercitada en la demanda, por lo que no entró a analizar la acción de indemnización de daños y perjuicios subsidiariamente formulada. A tales efectos, se partieron de los siguientes hechos:

En fecha 14 de agosto de 2008, el Sr. Leovigildo concertó con la entidad Bankinter, S.A., un préstamo hipotecario por un importe nominal de 180.000 euros y amortización en 10 años. Se pactó un tipo fijo inicial del 5,94 % el primer año y el resto de vigencia un tipo variable sumando al Euribor un diferencial de 0,55 %.

Con posterioridad a la suscripción del préstamo, concretamente el 2 de octubre de 2008, se suscribió por las partes el llamado "clip hipotecario", objeto de impugnación en el proceso. Fue la entidad financiera la que ofertó dicho producto al demandante, como así lo manifestó expresamente el testigo Sr. Carlos Alberto, empleado de la entidad demandada. El contrato se pactó con una vigencia temporal de 4 años, que comenzaba diez meses después de su suscripción, el 3 de agosto de 2009, y finalizaba el 1 de agosto de 2013. El nominal del clip era el 56,46% del importe vivo del préstamo hipotecario.

El intercambio de intereses pactado era el siguiente: Si el Euribor es menor o igual al 5,55%, el cliente paga un tipo fijo 5,05%. Si el Euribor es mayor al 5,55% y menor o igual que el 6,55 %, el cliente paga el Euribor menos 0,50%. Si el Euribor es mayor que el 6,55%, el cliente paga el 6,05%. La entidad siempre paga Euribor.

Igualmente se consideró, por el juzgado, que no consta se le ofrecieran al demandante otras modalidades contractuales, que no se demostró el contenido de la concreta información que la entidad financiera le suministró sobre las concretas condiciones del producto adquirido, máxime cuando reconoce el empleado del Banco, que la misma se la dispensó verbalmente, por un periodo de tiempo de 15 o 20 minutos, manifiestamente insuficiente. Tampoco se acredita la existencia de información precontractual por escrito. La alegada entrega de la ficha del producto aportada por el Banco no está firmada por el demandante, al margen de su insuficiente y confuso contenido. Carece el demandante de formación financiera o económica, no consta experiencia en la contratación de productos similares o que contase con asesoramiento exterior. No se le podía considerar como inversor cualificado por haber contratado un bono estructurado. El cliente, dentista de profesión, sería calificado de minorista. No se realizó indagación sobre la experiencia y formación del cliente para comprender el producto ofertado y adquirido. No se llevaron a efecto los test de la Directiva MiFid. No se informó, ni podía conocer de manera aproximada el demandante el importe de la cancelación anticipada. El propio comercial del banco reconoce que no informó que la misma tenía penalización.

El cliente sufrió liquidaciones negativas por importe de 14.533,67 euros.



Tras descartar la caducidad de la acción deducida, el Juzgado estimó la anulabilidad del contrato suscrito por concurrencia de error como vicio del consentimiento, con cita de la jurisprudencia aplicable al caso.

3.- La sentencia de segunda instancia

Contra la precitada sentencia se interpuso recurso de apelación por la entidad financiera demandada cuyo conocimiento correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, que dictó sentencia en la que, con revocación de la pronunciada por el Juzgado, desestimó la demanda, al entender concurrente la excepción de caducidad de la acción de cuatro años (art. 1301 CC), esgrimida por la entidad demandada, toda vez que se consideró como día inicial del cómputo del plazo el momento en que el cliente percibió la primera liquidación negativa, lo que tuvo lugar en septiembre de 2009, y comoquiera que la demanda se formuló en el año 2016, se concluyó que la pretensión de la parte demandante se entabló fuera de plazo.

La Audiencia no entró a analizar la acción de indemnización de daños y perjuicios igualmente ejercitada de forma subsidiaria. Advertida tal circunstancia, la entidad actora presentó escrito de complemento de la sentencia, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, con el argumento de que tal petición no podía tener favorable acogida, "[...] no sólo porque excedería con mucho del restringido ámbito objetivo del cauce procesal del artículo 215 LEC sino también porque dicha entidad pretende por vía del complemento obtener un resultado procesal que debió intentar alcanzar en un momento procesal anterior una vez le fue notificada la sentencia apelada, frente a la que no interpuso recurso de apelación ni formuló impugnación de lo que le hubiese resultado desfavorable al amparo del artículo 461.1 LEC".

4.- Recursos extraordinarios por infracción procesal y casación

Contra dicha sentencia se formularon por la parte actora los precitados recursos.

El primero de ellos, al amparo del art. 469.1.2º de la LEC, en relación con los arts. 209 y 218.1 de la LEC, por incongruencia omisiva, al no entrar el tribunal provincial a examinar la acción de indemnización de daños y perjuicios del art. 1101 del CC subsidiariamente interpuesta, una vez que desestimó la acción principal de anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento, al reputarla caducada, y tras haber rechazado igualmente el complemento de la sentencia para subsanar tal defecto procesal y cumplir, de esta forma, la parte recurrente, las exigencias formales del art. 469.2 LEC (sentencias 538/2014, de 30 de septiembre; 141/2016, de 9 de marzo; 368/2016, de 3 de junio; 598/2019, de 7 de noviembre; 306/2020, de 16 de junio y 526/2020, de 14 de octubre, entre otras muchas).

El recurso de casación se formuló, por interés casacional (art. 477.2.3º y 3 de la LEC), por infracción del art. 1301 del CC, y vulneración de la jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias 89/2018, de 19 de febrero, del Pleno, y 284/2018, de 9 de mayo. En el desarrollo del recurso, se señala que el plazo de los cuatros años se debe contar desde la consumación del contrato que finalizaba el 1 de agosto de 2013 y no desde la primera liquidación negativa.

SEGUNDO.- Análisis del recurso de casación: determinación del día inicial del cómputo del plazo de cuatro años, al que se refiere el art. 1301 del CC , en los contratos de permuta financiera

El examen del único motivo del recurso de casación interpuesto lo llevaremos a efecto bajo la sistematización, que se expone a continuación, con la finalidad de dar la obligada respuesta motivada a la pretensión de la recurrente, con respeto al derecho de defensa de la contraparte.

1.- Examen previo del recurso de casación interpuesto sobre el extraordinario por infracción procesal igualmente formulado

Comenzaremos, en primer término, por el examen del recurso de casación interpuesto; pues su estimación determinaría la carencia de efecto útil del recurso por infracción procesal igualmente interpuesto, al venir referido este último a la falta de pronunciamiento sobre la acción subsidiaria ejercitada al amparo del art. 1101 del CC, toda vez que la denuncia sobre la infracción procesal cometida (incongruencia omisiva), en cuanto instrumental de la controversia sustantiva objeto del proceso, pierde relevancia si se estima la acción principal de anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento (art. 71.4 LEC).

Para estos supuestos, las sentencias 910/2011, de 21 de diciembre; 641/2012, de 6 de noviembre; 223/2014, de 28 de abril; 71/2016, de 17 de febrero y 634/2017, de 23 de noviembre, entre otras, justifican tal proceder.

2.- Las fases por las que atraviesa la vida del contrato

En la vida de las relaciones contractuales se vienen distinguiendo tres fases. La primera de ellas, es la de formación o generación, que comprende los tratos preliminares y la información precontractual, que cada vez alcanza mayor relevancia principalmente en los contratos seriados con consumidores. La segunda o de perfección, caracterizada por el encuentro del consentimiento de las partes en la asunción de la relación



contractual. En este sentido, señala el art. 1262 del CC que el contrato se perfecciona "por el concurso de la oferta y aceptación sobre la cosa y la causa" que han de constituirlo. Y, por último, la consumación, que requiere estén cumplidas las obligaciones dimanantes del contrato suscrito o dicho de otra forma, realizadas las prestaciones derivadas del mismo.

3.- La consumación del contrato no se puede identificar con la perfección y exige el cumplimiento de las prestaciones pactadas

Realizada las anteriores precisiones corresponde entrar en el examen de la cuestión derecho material o sustantiva planteada al amparo del art. 477 LEC. Para ello, hemos de partir de lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil, según el cual "[l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...]"

Una correcta interpretación del art. 1301 del CC, en modo alguno, significa que no pueda promoverse la acción de anulabilidad con antelación. Se fija desde la consumación de la relación contractual, por entenderse que a partir de ese momento no cabe alegar desconocimiento de las cualidades de la cosa que constituye su objeto o ignorancia de las consecuencias derivadas de las prestaciones convencionales pactadas. O dicho de otro modo, el despliegue del contrato, a través de su consumación, permite el conocimiento de su contenido y reconocer o desvelar el error o dolo sufrido con sus consecuencias.

La jurisprudencia ha destacado, desde hace tiempo, que no puede confundirse el perfeccionamiento del contrato con su consumación, al tratarse de realidades jurídicas distintas. En este sentido, ya la antigua sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1945 señalaba que: "[...] la palabra consumación referida a los contratos significa jurídicamente el cumplimiento de los mismos que se produce por el de las obligaciones que contienen, del que se sigue, como consecuencia, la extinción del vínculo".

Por su parte, la sentencia 261/1989, de 27 de marzo, insiste en tales ideas al razonar que:

"En efecto, el art. 1301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Este momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes".

Igualmente, en el sentido expuesto, la sentencia 569/2003, de 11 de junio, que cita a su vez las sentencias de 24 de junio de 1897; 20 de febrero de 1928, 11 de julio de 1984 y 27 de marzo de 1989.

Más recientemente, insistiendo en tan pacífica doctrina, en la sentencia del pleno de esta Sala 769/2014, de 12 de enero de 2015, se señaló:

"Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que "la consumación del contrato vendrá determinada por el concurso de las voluntades de ambos contratantes".

No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce "la realización de todas las obligaciones" (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), "cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes" (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando "se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó" (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983)".

4.- La aplicación del art. 1301 del CC , en el caso de las relaciones contractuales complejas y casuística contractual

No obstante, esta Sala ha declarado también que en las 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.

En estos casos, se consideró que el día inicial del plazo de ejercicio de la acción debía computarse a partir de la suspensión de las liquidaciones positivas o de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un



consentimiento viciado por el error (sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, 376/2015, de 7 de julio, 489/2015, de 16 de septiembre, 435/2016, de 29 de junio, 718/2016, de 1 de diciembre, 728/2016, de 19 de diciembre, 734/2016, de 20 de diciembre, 11/2017, de 13 de enero, 130/2017, de 27 de febrero y 652/2017, de 29 de noviembre, entre otras).

Pero con ello no se quería desvirtuar lo dispuesto en el art. 1301 del CC, sino ajustarlo a las nuevas formas contractuales, ni anticipar la consumación del contrato a estadios anteriores, o que dicha doctrina fuera aplicable a los productos financieros contratados en los que existe un plazo determinado de vencimiento como en las permutas financieras, que merecen un tratamiento específico adaptado a sus particularidades y respetuoso con lo establecido en el precitado art. 1301 del CC.

Igualmente, en el marco de la casuística contractual, y, en esta ocasión, con respecto al préstamo bancario de dinero, esta Sala declaró que ha de entenderse consumado cuando se ha producido la entrega del dinero por el prestamista al prestatario (o a quien éste haya designado), al tratarse del momento en que el cliente, que es la parte perjudicada por el error, recibe lo que la sentencia 89/2018, de 19 de febrero, denominó como "una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato" (sentencia Pleno de esta Sala 417/2020, de 10 de julio y 506/2020, de 5 de octubre).

5.- El día inicial del plazo del ejercicio de la acción de anulabilidad en los contratos de permuta financiera

Pues bien, en la específica cuestión relativa al cómputo del plazo de la acción de anulabilidad por vicios del consentimiento en los contratos de swaps, en su momento controvertida, con dispares criterios resolutorios, ha sido definitivamente zanjada por esta Sala, tras la sentencia del Pleno 89/2018, de 19 de febrero, en la que señalamos:

"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 [...].

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".

La precitada doctrina es reiterada por las sentencias 720 y 722/2018, de 19 de diciembre; 3/2019, de 8 de enero; 108/2019, de 19 de febrero; 162/2019, de 14 de marzo; 238/2019, de 24 de abril; 288 y 290/2019, de 23 de mayo; 343/2019, de 13 de junio; 346 y 347/2019, de 21 de junio; 369/2019, de 27 de junio, 604/2019, de 12 de noviembre; 114/2020, de 19 de febrero; 271/2020, de 9 de junio; 272/2020, de 9 de junio; 274/2020, de 10 de junio; 523/2020, 526/2020 y 527/2020, de 14 de octubre; 588/2020, de 10 de noviembre y 670/2020, de 11 de diciembre, entre otras muchas.

6.- Estimación del recurso: la acción se ejerció dentro de plazo

No vemos relación entre el incumplimiento contractual, que puede dar lugar, en su caso, al vencimiento anticipado o a la resolución del contrato, con el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad. De la misma manera, que la ley no dice que no pueda entablarse esta última pretensión antes de la consumación de la relación contractual. En definitiva, no se exige cumplir íntegramente todas las prestaciones



convencionales como presupuesto de la acción de anulabilidad, pero el día inicial del cómputo del plazo de los cuatros años, para declarar extemporáneo el ejercicio de la acción, se cuenta desde la consumación del contrato dado el tenor literal del art. 1301 CC.

Nada aporta, a la solución del presente recurso, la cita del art. 1184 del Proyecto de Código Civil de García Goyena, conforme al cual el plazo del ejercicio de la acción de anulabilidad por error o dolo se computa "desde que se tuvo conocimiento del uno o del otro", puesto que no es este el contenido de la proposición normativa del art. 1301 actualmente vigente, que lo establece "desde la consumación del contrato".

Por todo ello, no habiendo transcurrido los cuatro años, entre la fecha de vencimiento del swap, el 1 de agosto de 2013, y la interposición de la demanda, en el año 2016, se ha infringido lo dispuesto en el art. 1301 del CC, en su aplicación por la Audiencia Provincial, lo que conduce a que el recurso de casación deba ser estimado.

CUARTO.- *Asunción de la segunda instancia y confirmación de la sentencia del Juzgado*

La estimación del recurso trae consigo que debamos asumir la instancia y, con ello, confirmar la sentencia del Juzgado por sus propios argumentos, que son conformes con la doctrina de este Tribunal.

1.- *Importancia y sentido del deber precontractual de informar*

La contratación de productos financieros ofertados por las entidades bancarias exige de éstas que actúen con observancia rigurosa de los deberes de diligencia y lealtad contractual, dada la asimetría convencional existente entre las partes en un doble ámbito. Desde un punto de vista de la técnica contractual, toda vez que los vínculos convencionales se conciertan a través de la utilización de condiciones generales predispuestas e impuestas por las entidades financieras, que ellas mismas redactan y que, por lo tanto, son perfectamente conscientes de las cargas económicas y jurídicas de los distintos modelos contractuales a los que simplemente se adhiere su cliente, sin que sean fruto de una negociación individual. Y, por otra parte, desde el ámbito objetivo del conocimiento, con la finalidad de equilibrar debidamente los intereses de una entidad bancaria, especialista en el sector financiero, con una estructura empresarial especializada en los productos que comercializa y que actúa, como cualquier otra entidad mercantil, con el natural ánimo de lucro, frente a los propios de sus clientes, normalmente minoristas, carentes de tales conocimientos, que contratan confiados en la información que se les facilita sobre la bondad del producto adquirido y su correspondencia con los intereses perseguidos con su contratación. Todo ello con la pretendida finalidad de buscar equilibrio en las transacciones económicas en el marco de la asimetría convencional existente.

En el panorama descrito, no es de extrañar que sean múltiples las resoluciones de la Sala que consideran que un incumplimiento de la normativa reguladora de los deberes de información, fundamentalmente en cuanto a 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 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; 595/2016, de 5 de octubre; 690/2016, de 23 de noviembre; 727/2016, de 19 de diciembre; 426/2019, de 16 de julio; 347/2019, de 21 de junio o 588/2020, de 10 de noviembre, 670/2020, de 11 de diciembre, entre otras muchas).

2.- *Sobre la existencia de una relación jurídica de asesoramiento*

Nos hemos pronunciado al respecto en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, ratificada por otras posteriores tales como las sentencias 677/2016, de 16 de noviembre, 329/2017, de 24 de mayo, 424/2020, de 14 de julio y 673/2020, de 14 de diciembre, entre otras, que:

"Como afirma la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), "(l)a cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el art. 52 Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. "El art. 4.4 Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como "la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el art. 52 Directiva 2006/73/CE aclara que "se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)", que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un swap, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, "que se presente como conveniente para el cliente o se base en una



consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público" (apartado 55)".

En este caso, como destaca la sentencia del Juzgado, fue el empleado del Banco quien, tras la concertación del préstamo hipotecario, ofertó al demandante la contratación del swap como conveniente para defenderlo de una eventual subida de intereses.

3.- Sobre las exigencias del deber de informar

En relación con el deber de informar, hemos dicho con reiteración, que:

(i) En cuanto a la manera de llevarse a efecto ha de ser de forma clara y sin trivializar los riesgos que se asumen, que no son meramente teóricos sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, pueden ser reales y, en su caso, ruinosos, a la vista del importe del nocional fijado en el contrato de permuta (sentencias 692/2015, de 10 de diciembre; 526/2020, de 14 de octubre y 588/2020, de 10 de noviembre).

(ii) No cabe dar por cumplido el deber de informar con la mera remisión a las estipulaciones contractuales, sino que requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de su naturaleza, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias 689/2015, de 16 de diciembre; 31/2016, de 4 de febrero; 6/2019, de 10 de enero; 334/2019, de 10 de junio; 524/2019, de 8 de octubre; 274/2020, de 10 de junio).

(iii) No basta una mera ilustración sobre lo obvio; es decir que, como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés (sentencias 689/2015, de 16 de diciembre; 31/2016, de 4 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 690/2016, de 23 de noviembre; 6/2019, de 10 de enero y 334/2019, de 10 de junio).

Compartimos el criterio del Juzgado de que no es objetivamente suficiente, dada las condiciones personales del cliente y la complejidad del producto adquirido, una información dada al respecto, previa a la firma del contrato, de tan solo 15 o 20 minutos, tal y como reconoce el comercial del banco, incluso de menos tiempo se sostiene por el demandante. En cualquier caso, tampoco consta entregada la denominada ficha con el sugerente nombre de "clip hipotecario óptimo" con información contractual escrita, lo que niega expresamente el actor admitiendo la parte demandada, que la aporta, que la misma no se encuentra suscrita por el demandante, por otra parte, tampoco por sí sola sería bastante para cumplir las exigencias de la obligación de informar como venimos destacando.

(iv) La omisión de información precontractual sobre el coste de la cancelación anticipada no es paliada por la mera referencia documental a que "el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada de la permuta financiera", ya que se ha venido considerando como insuficiente (sentencias 179/2017, de 13 de marzo; 204/2017, de 30 de marzo; 211/2017, de 31 de marzo; 223/2017, de 5 de abril; 244/2017, de 20 de abril, 334/2019, de 10 de junio y 527/2019, de 9 de octubre).

(v) La carga de la prueba sobre la información dispensada corresponde acreditarla a la entidad financiera y no a la parte demandante, en función de sendas razones: la primera dado que, al tratarse de una obligación legal, incumbe al obligado la prueba de su cumplimiento; y la segunda, por el juego del principio de facilidad probatoria, puesto que es el banco quien tiene en su mano demostrar que dicha información fue efectivamente suministrada (sentencias 668/2015, de 4 de diciembre; 60/2016, de 12 de febrero y 690/2016, de 23 de noviembre, 618/2019, de 19 de noviembre entre otras muchas).

En este caso, no consta que una información completa de la naturaleza exigida fuera debidamente dispensada y máxime las gravosas condiciones del swap, ante lo cual queda en el aire las razones por las que no se concertó ya un préstamo a interés fijo. La sentencia señala que no se acreditó se le ofertaran otras modalidades contractuales. Las simulaciones, que se sostiene realizadas, tampoco constan fueran llevadas a efecto.

(vi) Esta sala ha declarado igualmente que no corresponde a los clientes bancarios averiguar las cuestiones relevantes en la materia, buscar por su cuenta asesoramiento técnico y formular las correspondientes preguntas; pues quienes carecen de dichos conocimientos expertos en el mercado de valores, el demandante en este proceso, difícilmente pueden tomar constancia de qué concretos datos han de requerir al profesional para evaluar el producto, que en este caso resultó perjudicial para sus intereses, y formar un consentimiento consciente y libre. En este sentido, las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015; 676/2015, de 30 de noviembre; 690/2016, de 23 de noviembre, 334/2019, de 10 de junio y 524/2019, de 8 de octubre, entre otras.

(vii) La formación necesaria para conocer la naturaleza y características de un producto complejo, aleatorio y de riesgo como es el swap es la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado



en este tipo de productos (sentencias 579/2016, de 30 de septiembre, 549/2015, de 22 de octubre, 633/2015, de 19 de noviembre, 651/2015, de 20 de noviembre, 676/2015, de 30 de noviembre, 2/2017, de 10 de enero, 11/2017, de 13 de enero y 668/2020, de 11 de diciembre).

El demandante es minorista, dentista de profesión, y no existe prueba de que contase con especiales conocimientos previos a la contratación sobre el producto objeto del contrato, ni por supuesto con conocimientos profesionales cualificados en el sector financiero. No se llegó a evaluar con respecto a su persona la conveniencia e idoneidad del producto. Tampoco cabe deducir gozase de conocimientos de tal clase por haber adquirido un bono estructurado y además bajo unas condiciones de comercialización que no son objeto de este proceso.

(viii) El abono de las liquidaciones negativas tampoco comporta la realización de actos de confirmación o convalidación, pues como hemos dicho, reiteradamente, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria (sentencias 19/2016, de 3 de febrero, 503/2016, de 19 julio, 30/2018, de 22 de enero y 526/2020, de 14 de octubre).

4.- Existencia del error contractual como vicio del consentimiento

En definitiva, cuando existe un deber de información y una necesidad de ser informado, para conocer las características y riesgos del producto financiero contratado, el incumplimiento de aquél debe permitir apreciar como concurrente el error sufrido con la calificación jurídica de excusable. De esta forma, en la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de la Sala 1.ª de 20 de enero de 2014, declaramos:

"[...] la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

Desde luego, es también un error sustancial, que afecta a la esencia del producto contratado.

Por todo ello, procede confirmar la sentencia del juzgado, en tanto en cuanto estimó la demanda formulada, rechazando los argumentos de la entidad demandada.

QUINTO.- Recurso extraordinario por infracción procesal

Dicho recurso versa sobre la incongruencia omisiva en que incurrió el tribunal provincial, con vulneración del art. 218.1 de la LEC, al no haber entrado la Audiencia, como debió de haberlo hecho, en el conocimiento, una vez considerada caducada la acción principal de anulabilidad, de la pretensión subsidiariamente deducida de reclamación de daños y perjuicios al amparo del art. 1101 del CC.

Ahora bien, al acogerse el recurso de casación, casar la sentencia de la Audiencia y confirmar la del Juzgado, que estimó la acción principal deducida, carece de interés, como se anticipó, el conocimiento de este motivo de infracción procesal que, en cualquier caso, se encontraba perfectamente fundamentado, como así se declaró recientemente por esta sala en caso similar al presente, en la sentencia 526/2020, de 14 de octubre, en la que señalamos:

"Es jurisprudencia reiterada de esta sala la que sostiene que, cuando en la sentencia de primera instancia se ha estimado una pretensión y no se han examinado las demás igualmente ejercitadas, apelada por el demandado y estimada la apelación, el tribunal de segunda instancia debe entrar a conocer de las otras pretensiones no resueltas por la sentencia de primera instancia; todo ello sin necesidad de que la parte que las formuló, el demandante, apele o impugne a su vez la sentencia del juzgado para sostenerlas de forma expresa en la segunda instancia, y sin necesidad tampoco de plantear la cuestión en la oposición al recurso, pues está implícita en el ámbito de la apelación y se avoca su conocimiento al tribunal de segunda instancia (sentencias 87/2009, de 19 de febrero; 432/2010, de 29 de julio; 370/2011, de 9 de junio; 977/2011, de 12 de enero; 532/2013, de 19 de septiembre y 331/2016, de 19 de mayo entre otras, lo que es conforme también con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 4/1994, de 17 de enero; 206/1999, de 8 de noviembre; 218/2003, de 15 de diciembre, y 51/2010, de 4 de octubre)".

SEXTO.- Costas y depósito



De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 de la LEC, no se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación y procede la devolución del depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional 15, apartado 8, de la LOPJ).

Las costas del recurso de apelación se imponen a la entidad financiera demandada, ya que el mismo debió ser desestimado, con pérdida del depósito constituido para recurrir (art. 398 LEC y Disposición Adicional 15, apartado 9, de la LOPJ).

No se hace pronunciamiento en costas sobre el recurso por infracción procesal que se encontraba debidamente formulado, por carencia de interés, decretándose la devolución del depósito.

FALLO

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

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 20 de febrero de 2018, por la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, en el recurso de apelación n.º 337/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 680/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de dicha ciudad, sin imposición de costas y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2.- Casar la sentencia recurrida y con desestimación del recurso de apelación interpuesto, confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Tarragona, con imposición de las costas del recurso de apelación a la parte apelante y pérdida de depósito.

3.- Se declara, en función de la estimación del recurso de casación, la pérdida de interés jurídico del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, sin pronunciamiento sobre costas y con devolución del depósito constituido para recurrir.

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.