



Roj: **STS 3630/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3630**

Id Cendoj: **28079110012019100584**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2019**

Nº de Recurso: **1126/2017**

Nº de Resolución: **604/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 604/2019

Fecha de sentencia: 12/11/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1126/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

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

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1126/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 604/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 12 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Abanca Corporación Bancaria, S.A., representada por la procuradora D.^a Carmen Belo González, bajo la dirección letrada de D. José I. Canle Fernández, contra la sentencia núm. 448/2016 dictada por la Sección 5.^a



de la Audiencia Provincial de A Coruña en el recurso de apelación núm. 44/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 595/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, sobre nulidad de contrato. Ha sido parte recurrida Cado Inversiones Generales, S.L., representada por la procuradora D.ª María Montserrat López Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Alberto Marcos Cardona García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª María Montserrat López Rodríguez, en nombre y representación de Cado Inversiones Generales, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Nova Caixa Galicia Banco, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que:

"- Reconozca la nulidad del Contrato Marco para Cobertura de Operaciones Financieras y de sus Confirmaciones, suscritos entre la demandante y Nova Caixa Galicia Banco S.A., por faltar elementos esenciales para la existencia del contrato, y en consecuencia se acuerde la devolución de las cantidades abonadas por ambas partes con motivo del contrato, más los correspondientes intereses.

"- En defecto de lo anterior se declare la existencia de un incumplimiento por parte de la entidad d ellos deberes de información que le vienen legalmente impuestos y, en consecuencia se acuerde la resolución del contrato y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la demandante que se concretan en las cantidades abonadas por Cado Inversiones Generales, S.L. con motivo del contrato de cobertura suscrito, más sus intereses.

"- Condene a la demandada al pago de las costas procesales".

2.- La demanda fue presentada el 15 de julio de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña se registró con el núm. 595/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Carmen Belo González, en representación de NCG Banco, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que se 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 núm. 8 de A Coruña dictó sentencia de fecha 25 de marzo de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por Cado Inversiones Generales, S.L., contra NCG Banco, S.A., y debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos de la demanda, y ello, con imposición de costas a la parte actora".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Cado Inversiones Generales, S.L.

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 44/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Cado Inversiones S.L. contra la sentencia de fecha 25 de marzo de 2015, dictada en los autos de que este rollo dimana por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de A Coruña, debemos revocarla en parte, y, en su lugar, estimando parcialmente la demanda interpuesta por Cado Inversiones S.L. contra NCG Banco S.A. declaramos la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada del contrato de cobertura de tipos de interés de fecha 20 de abril de 2007 en lo relativo a las consecuencias económicas, que declaramos cancelado sin coste para la demandante, quedando liberada la demanda de su obligación de pagar las liquidaciones posteriores a la interposición de la demanda, condenando a la demandada a devolver las liquidaciones giradas a la actora con sus intereses, previo descuento en su caso de las que le hubieran sido abonadas, intereses incluidos, desde la fecha indicada, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias".

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



1.- La procuradora D.^a Carmen Belo González, en representación de Abanca Corporación Bancaria, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del artículo 469.1.1.º de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución española y los artículos 85 y 86.ter.2. D) de la LOPJ y 5.2 y 45 de la LEC, por la infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva en la medida en que la sentencia recurrida declara la nulidad de la cláusula reguladora del régimen de cancelación anticipada en aplicación de normativa de condiciones generales de la contratación para cuyo conocimiento el Juzgado de Primera Instancia carecía de competencia objetiva.

"MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del artículo 469.1.2.º de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución española y los artículos 216, 218 y 465.5 de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en la medida en que la sentencia recurrida estima una pretensión (nulidad de la cláusula reguladora del régimen de cancelación anticipada del contrato por no superación del control de incorporación previsto en el Ley 7/1998) no ejercitada en la demanda por la parte actora, incurriendo con ello en incongruencia "extra petita".

"MOTIVO TERCERO.- Al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC, en relación con el artículo 24 de la Constitución española y los artículos 316 y 326 de la LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, y que se cita en el presente motivo, respecto a la práctica de la prueba y la consiguiente valoración de la misma, en la medida en que, partiendo de los propios hechos que la sentencia recurrida declara probados, la misma extrae conclusiones ilógicas, irracionales y arbitrarias que no superan el test de razonabilidad constitucionalmente exigible".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por infracción del artículo 1.301 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta (sentencias nº 769/2014, de 12 de enero del 2015, nº 489/2015, de 16 de septiembre del 2015, nº 102/2016, de 25 de febrero de 2016 y nº 435/2016, de 29 de junio del 2016), ya que la sentencia recurrida no estima caducada la acción de anulabilidad por el trascurso del plazo de 4 años contado desde que la actora necesariamente hubo de comprender las características y riesgos del contrato hipotéticamente formalizado por medio de un consentimiento viciado.

"MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del artículo 477.2.3.º de la LEC, por infracción de los artículos 5 y 7 de la LCGC, el artículo 1.256 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta (sentencias núm. 358/2016, de 1 de junio, 380/2016, de 3 de junio, 450/2016, de 1 de julio y 479/2016, de 13 de julio), al declarar la sentencia recurrida la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada por no superar el control de incorporación previsto en la LCGC".

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 13 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad Abanca Corporación Bancaria S.A. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 28 de noviembre de 2016, aclarada por auto de 16 de enero de 2017, por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 5.ª, en el rollo de apelación n.º 44/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 595/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de La Coruña.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría".

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 7 de octubre de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 6 de noviembre del presente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes de hecho.*



- 1.- La mercantil Cado Inversiones Generales S.L. formuló demanda que, por turno de reparto, correspondió al Juzgado de Primera Instancia nº 8 de A Coruña, en la cual se interesaba la nulidad del contrato marco para cobertura de operaciones financieras, de fecha 20 de abril de 2007 y sus confirmaciones de cobertura de tipos de interés, concertado con la entidad Nova Caixa Galicia Banco S.A., actualmente Abanca Corporación Bancaria S.A., por ausencia de causa, por la concurrencia de vicios de consentimiento, concretamente por error y dolo omisivo (arts. 1265 y ss. del CC) y subsidiariamente resolución contractual por incumplimiento del deber de informar con indemnización de daños y perjuicios (arts. 1101 y 1124 CC).
- 2.- La primera confirmación se concertó por un periodo de tiempo de 20 de abril de 2007 al 1 de mayo de 2009, sobre un nocional de 4.400.000 euros, y, el segundo, con fecha de inicio 1 de mayo de 2007 y vencimiento 1 de mayo de 2019, sobre el mismo importe nominal. La demanda se presentó el 15 de julio de 2013.
- 3.- Seguido el juicio, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del referido órgano jurisdiccional que desestimó la demanda, al considerar que el contrato contaba con causa, que no concurrían los correspondientes vicios del consentimiento, dada la cualificación de los administradores de la mercantil accionante y los términos de los contratos suscritos.
- 4.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, que dictó sentencia de 28 de noviembre de 2016, en la que se estima parcialmente la demanda deducida, considerando que únicamente procedía la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada, acordando, como consecuencia derivada de dicho pronunciamiento, la cancelación sin coste alguno a cargo de la actora del producto financiero contratado, quedando la misma liberada de su obligación de pagar las liquidaciones posteriores a la interposición de la demanda, procediendo la demandada a la devolución de las cantidades cobradas en los términos indicados en su parte dispositiva.
- 5.- Contra dicha sentencia interpuso la entidad financiera demandada recurso extraordinario por infracción procesal y casación.

SEGUNDO.- *Análisis del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal formulado.*

Dicho causal de impugnación se articula, al amparo del artículo 469.1.1º de la LEC, en relación con el art. 24 CE y arts. 85 y 86 ter 2 d) de la LOPJ, así como arts. 5.2 y 45 de la LEC, por infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva, en la medida que la sentencia recurrida declara la nulidad de la cláusula reguladora del régimen de cancelación anticipada, en aplicación de la normativa de condiciones generales de la contratación, para cuyo conocimiento el Juzgado de Primera Instancia carecía de competencia objetiva.

La competencia se ha considerado como la medida de la jurisdicción. Las normas que disciplinan la competencia objetiva determinan el conjunto de asuntos que, por razón de la materia o de la cuantía, corresponde su conocimiento a los tribunales de un concreto orden jurisdiccional, en el caso que nos ocupa el civil. Estas normas son de *ius cogens* (derecho imperativo) y forman parte del orden público procesal, en tanto en cuanto la falta de competencia objetiva debe ser apreciada de oficio, tan pronto como se advierta, por los órganos jurisdiccionales, tanto en primera y en segunda instancia, como al conocer de un recurso extraordinario por infracción procesal o casación, así lo impone el art. 48 de la LEC. Hasta el punto la vulneración de las normas de dicha naturaleza es trascendente, que se anuda a su infracción el tajante efecto de la nulidad de actuaciones, conforme a lo dispuesto en los arts. 238.1 LOPJ y 225.1 LEC.

Los Juzgados de Primera Instancia tienen una competencia genérica, en tanto en cuanto les corresponde la resolución de todos aquellos litigios, que no se encuentren atribuidos a otros tribunales del orden civil (arts. 45 LEC y 85.1º LOPJ); y, en congruencia con ello, no pueden tomar conocimiento de las demandas que la ley reserve a los juzgados de lo mercantil, cuya jurisdicción será exclusiva y excluyente en los asuntos a los que se refiere el art. 86 ter de la LOPJ.

La falta de competencia de tal clase implica pues la imposibilidad de conocer una acción cuya decisión compete a estos últimos juzgados especializados. Así se pronunció, como no podía ser de otra forma, la STS 352/2019, de 25 de junio, en un litigio sobre la "[...] nulidad de las cláusulas abusivas del contrato porque al tiempo en que fue presentada la demanda el juzgado de primera instancia carecía de competencia objetiva, en la medida en que el control de las condiciones generales de la contratación era competencia exclusiva y excluyente de los juzgados de lo mercantil (art. 86 ter.2 d LOPJ)".

Ahora bien, de la misma forma y como también advertimos en las SSTS 229/2016, de 8 de abril y 698/2017, de 21 de diciembre, los juzgados de lo mercantil, como órganos especializados de la jurisdicción civil (arts. 86 bis LOPJ y 46 LEC) no tienen competencia para conocer de todos los asuntos propios del Derecho Mercantil, sino únicamente de aquellos que les vienen expresamente atribuidos por la legislación orgánica y procesal. Así lo indica expresamente la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, al decir que:



"La denominación de estos nuevos Juzgados [de lo Mercantil] alude a la naturaleza predominante en las materias atribuidas a su conocimiento, no a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil, siendo así que, ni se atribuyen en este momento inicial a los juzgados de lo mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que se extienden sus competencias son exclusivamente mercantiles".

En concreto, en la redacción vigente a la fecha de interposición de la demanda, dentro del catálogo cerrado de materias específicas que competía conocer a los juzgados de lo mercantil, conforme al artículo 86 ter. 2 d) de la LOPJ figuraban: "Las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia".

Posteriormente, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dio nueva redacción al precepto, de manera que restringe la competencia de dichos juzgados para conocer de "Las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios".

Ahora bien, en la fecha en que se interpuso la demanda, la acción individual de nulidad de una condición general de contratación no correspondía a los juzgados de primera instancia. No obstante, en este caso, la pretensión deducida por la mercantil demandante se fundaba en la nulidad del contrato marco de operaciones financieras y sus conformaciones (swaps), con fundamento en disposiciones generales del derecho común, como los arts. 1101, 1124, 1265, 1266, 1269 y 1274 del CC, cuyo conocimiento estaba reservado a los juzgados de primera instancia. En el caso que nos ocupa, la nulidad declarada no se fundamentó en los arts. 5 y 7 de la LCGC, sino en la existencia de error como vicio del consentimiento (art. 1266 CC), cuestión sobre la que abundaremos al resolver el recurso de casación interpuesto, considerando la cita de aquellos preceptos como complementaria o accesoría, pero no como fundamento de la sentencia dictada.

Por todo lo cual este primer motivo por infracción procesal no ha de ser acogido.

TERCERO.- Examen del segundo motivo por infracción procesal.

En esta ocasión, el recurso se formuló, al amparo del art. 469.1.2º de la LEC, en relación con el art. 24 CE y los artículos 216, 218 y 465.5 de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en la medida en que la resolución recurrida -se señala- estima la nulidad de la cláusula reguladora del régimen de cancelación anticipada del contrato por no superación del control de incorporación previsto en la ley 7/1998, no ejercitada en la demanda por la parte actora, incurriendo en incongruencia *extra petita*.

Este motivo de impugnación tampoco ha de correr mejor suerte que el anterior, toda vez que de los términos de la demanda consta como la validez y eficacia de dicha cláusula, dentro de la pretensión general de nulidad del contrato, fue introducida, como hecho a debate, por parte de la mercantil actora en su escrito de demanda, baste para ello con la lectura del fundamento de derecho VIII, apartado 3, intitulado "de la información a mi mandante respecto al contrato de cobertura suscrito", cuando señala que "[...] igualmente tampoco cabe considerar cumplido el deber de informar previamente al cliente con base en la información contenida en los propios documentos contractuales entre los cuales se silencian datos esenciales como "[...] la concreción del coste de cancelación, el método empleado para su obtención y una simulación del mismo. En este último punto entendemos que no cabe admitir las alegaciones que se efectúan por parte de las entidades comercializadoras de este producto, al señalar que al depender del tiempo y de la situación del EURIBOR en el momento de solicitar la cancelación no se puede efectuar simulación o entregar ejemplo alguno al cliente [...]". Se reproduce la cláusula nula y se señala: "Por consiguiente, el cliente no pudo evaluar la conveniencia del producto al desconocer uno de los elementos esenciales del contrato: el coste de la cancelación". La parte demandada tomó perfecta constancia de tal pretensión, en tanto en cuanto dedicó el fundamento jurídico VII de la contestación a rebatir tales argumentos, bajo el epígrafe "sobre la cancelación de las permutas financieras y la determinación de su valor de cancelación anticipada", llegando a manifestar que: "En consecuencia, están expresamente determinadas las consecuencias de la cancelación anticipada, así como las bases del cálculo y la posibilidad que asiste al cliente de mostrar su disconformidad a dicha valoración del mercado". Tal cuestión igualmente se introduce, y se insiste en ella, en el escrito de interposición del recurso de apelación, en el que de nuevo se afirma que la demandada se abstuvo de informar sobre "el coste de cancelación, ocultó dichos datos al cliente, no recogiendo si quiera en el contrato" y más adelante: "No se recoge en las confirmaciones mención alguna a la existencia de un coste de cancelación y su posible importe".

El art. 216 de la LEC, bajo el epígrafe de justicia rogada, norma que los tribunales civiles decidirán los asuntos de los que conozcan, en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales, que no es el supuesto que nos ocupa. Por su parte, el art. 218.1 de la mentada disposición general impone el deber de congruencia de las sentencias con las demandas y demás pretensiones de las partes, siempre que fueran deducidas oportunamente en el pleito, con



la correlativa obligación de los órganos jurisdiccionales de pronunciarse sobre las declaraciones postuladas, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos controvertidos que han sido objeto de debate. De manera tal que, en gráfica expresión, la sentencia no es otra cosa que la respuesta necesariamente motivada y exhaustiva, que los órganos jurisdiccionales dan a las pretensiones y resistencias de las partes. De ahí, que la apreciación de incongruencia requiera comparar el suplico de la demanda y, en su caso, de la contestación, con la parte dispositiva o fallo de las sentencias que deciden el pleito.

Ello exige, como es natural, respetar la causa de pedir de las partes (hechos y fundamentos de derecho); por consiguiente, el juzgador no podrá introducir hechos nuevos no alegados, ni resolver acciones no ejercitadas, sin perjuicio de que, por mor del principio *iura novit curia*, quepa resolver conforme a normas jurídicas aplicables al caso, aunque no hayan sido citadas o alegadas por los litigantes (art. 218 LEC).

En definitiva, el deber de congruencia se encuentra íntimamente ligado a distintos principios sobre los que se asienta la estructura del proceso civil, como el principio dispositivo, que confiere a las partes la determinación del objeto del proceso; el de aportación de parte, que impide a los juzgadores introducir hechos no alegados por los litigantes; y el de contradicción, que veda a los órganos judiciales pronunciarse sobre lo no debatido en juicio; principios todos ellos que operan como auténticos límites de la potestad jurisdiccional, los cuales se verían lesionados, si fuera el tribunal quien sorprendiese a los litigantes, resolviendo el conflicto judicializado con alteración de los hechos y fundamentos jurídicos conformadores del objeto del proceso sobre los cuales las partes deben tener la efectiva y real posibilidad de rebatirlos con argumentos y pruebas, como elemental manifestación de su derecho constitucional de defensa (art. 24.2 CE).

En definitiva, la congruencia exige una necesaria correlación entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (SSTS 698/2017, de 21 de diciembre y 233/2019, de 23 de abril). Una sentencia es pues incongruente, como ha recordado reiteradamente esta Sala, si concede más de lo pedido (*ultra petita*), se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) o también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida. Siendo perfectamente válido que dé menos de lo pedido (*infra petitum*), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por el demandado.

Pues bien, en este caso, la sentencia del Juzgado no altera dicho deber de congruencia, no introduce hechos distintos, ni tampoco se manifiesta sobre cuestiones que no hubieran sido debatidas en juicio, y todo ello lo hace con sujeción a las acciones deducidas en la demanda. La circunstancia de que se hubiera incurrido en un error *in iudicando* en la aplicación del derecho material o sustantivo, sobre los requisitos del error, constituiría, en su caso, un motivo de recurso de casación, pero no de la infracción procesal denunciada a través del recurso extraordinario interpuesto.

CUARTO.- Tercer motivo de infracción procesal.

Este último causal del recurso formulado se plantea al amparo del art. 469.1.4º LEC, en relación con el art. 24 CE y los arts. 316 y 326 LEC, así como de la jurisprudencia que los desarrolla, respecto a la práctica de la prueba y consiguiente valoración de la misma, en la medida en que, partiendo de los propios hechos que la sentencia recurrida declara probados, la misma extrae conclusiones ilógicas, irracionales y arbitrarias, que no superan el test de racionalidad constitucionalmente exigible.

El control de la valoración probatoria por parte de este tribunal es excepcional, dado que la casación no conforma una tercera instancia revisora de tan esencial manifestación de la función jurisdiccional; no obstante exigencias constitucionales admiten un conocimiento corrector, siempre y únicamente en caso de errores patentes, que sean de tal magnitud que impliquen la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, que se generarían en supuestos en que la valoración probatoria se demuestre ilógica, irracional o arbitraria o vulneradora de normas legales (SSTS 772/2008, de 21 de julio, 370/2016, de 3 de junio, 127/2017, de 24 de febrero y 471/2018, de 19 de julio), hablándose en tales casos de la infracción del canon de la racionalidad.

Las SSTS 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero y 208/2019, de 5 de abril (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad del control de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de segunda instancia, precisan que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.



Pues bien, en este caso, considerar que la parte actora operó desconociendo la forma en la que se calcularía el coste del ejercicio de la facultad de cancelación anticipada, que no fue informada por la parte demandada, y que tal circunstancia vició su consentimiento, bajo condición contractual redactada de la forma siguiente "[...] la cantidad que resulte a cargo del Cliente o de la CAJA como consecuencia de dicha cancelación anticipada será la resultante de aplicar los precios de mercado existentes en dicho momento, por una operación hipotética con las mismas condiciones económicas y de pago de la Permuta Financiera y por un plazo equivalente al que medie entre las fechas del vencimiento anticipado y del vencimiento pactado inicialmente. En la comunicación que la CAJA remita al Cliente le informará sobre las bases de cálculo aplicadas para la liquidación del saldo neto resultante", en modo alguno constituye una valoración probatoria patentemente errónea o arbitraria o atentatoria al canon de la racionalidad que exige el art. 24 CE.

No comprende dicho motivo de infracción procesal la cuestión de derecho material o sustantiva sobre los requisitos del error, propia de una valoración jurídica correspondiente al recurso de casación.

QUINTO.- Primer motivo de casación.

Al amparo del art. 477.3.3º LEC, por infracción del art. 1301 del CC y jurisprudencia que lo interpreta (SSTS 769/2014, de 12 de enero de 2015; 489/2015, de 16 de septiembre; 102/2016, de 25 de febrero y 435/2016, de 29 de junio), ya que la sentencia recurrida no estima caducada la acción de anulabilidad por el transcurso del plazo de cuatro años, contado desde que la actora necesariamente hubo de comprender las características y riesgos del contrato hipotéticamente formalizado por medio de un consentimiento viciado.

Pues bien, la cuestión debatida ha sido resuelta por este Tribunal. En efecto, la fundamentación del recurso según la cual el día inicial del cómputo del plazo debe fijarse en el momento en que el cliente tuvo constancia de la primera liquidación negativa no encuentra apoyo en la doctrina fijada por esta sala, que abordó directamente tal cuestión en su sentencia de Pleno 89/2018, de 19 de febrero, en la que declaramos al respecto:

"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 precitada doctrina es reiterada por las SSTS 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; y 369/2019, de 27 de junio, entre otras.

En definitiva, como dice la precitada STS 343/2019, de 13 de junio:

"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".

Por consiguiente, venciendo el plazo del *swap*, en el año 2019, los cuatro años de ejercicio de la acción no han transcurrido, por lo que el recurso ha de ser desestimado.

SEXTO.- Segundo motivo de casación.

Al amparo del art. 477.2. 3º de la LEC, por infracción de los arts. 5 y 7 de la LCGC, el art. 1256 del CC y la jurisprudencia que los interpreta (SSTS 358/2016, de 1 de junio; 380/2016, de 3 de junio; 450/2016, de 1 de julio y 479/2016, de 13 de julio), al declarar la sentencia recurrida la nulidad de la cláusula de cancelación anticipada por no superar el control de incorporación previsto en la LCGC.

Tampoco puede estimarse este motivo de casación, toda vez que no es la razón por mor de la cual la sentencia recurrida decretó la nulidad de la cláusula, sino que ésta se reputó ineficaz por la constatación de un error



como vicio del consentimiento contractual, siendo la cita, por parte de la resolución de la Audiencia, de los preceptos, considerados como infringidos por la entidad recurrente, meramente accesoria o complementaria; pero no constitutiva de la base jurídica determinante de la *ratio decidendi* (razón de la decisión) del fallo.

En efecto, la lectura de la sentencia de la Audiencia permite concluir que se analizó, como consta en el fundamento de derecho sexto, la alegación del relato fáctico de la demanda, concerniente en que la actora prestó un consentimiento viciado, provocado por la falta de información sobre los costes del producto, que se completa de un modo específico en lo que se refiere al coste de cancelación anticipada. Se sigue indicando, en síntesis, en la resolución impugnada, que hemos de considerar que, en el momento de la firma del contrato, no existió una información precisa sobre la cuantía de lo que deberá abonar el cliente en tal supuesto, lo que exigía además un plus de información, que pudiera suplir las deficiencias de la cláusula, hablando expresamente de un error, que recae sobre los efectos que ha de producir la resolución anticipada del contrato.

La cita de los preceptos de la LCGC se explica por la obligación de redacción de las condiciones generales de forma clara y precisa, que permita acceder al contenido contractual, pero sin que ello suponga desviarse de la acción ejercitada en la demanda, subsumible en la existencia de error, y de esta forma este Tribunal ha declarado que la omisión de información precontractual sobre el coste de cancelación anticipada no es paliada por la mera referencia documental a que en la cancelación anticipada "el cliente pagará o recibirá la cantidad que resulte de la liquidación anticipada de la permuta financiera", ya que se ha venido considerando por esta sala como insuficiente (SSTS 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).

Por otra parte, es reiterada jurisprudencia de esta Sala de la que es simple botón de muestra la STS 85/2019, de 12 de febrero, la que viene sosteniendo que:

"[...] el recurso de casación únicamente puede dirigirse contra el fallo y, de manera indirecta contra el razonamiento operativo o *ratio decidendi* [razón de decidir] de la sentencia. No cabe, en consecuencia, impugnar razonamientos auxiliares, accesorios, secundarios u *obiter dicta* [expresiones incidentales] o, a mayor abundamiento, cuya hipotética eliminación no alteraría el camino lógico que conduce a la conclusión obtenida en el fallo, de tal forma que las diversas consideraciones que puedan hacerse en la resolución y no tengan dicho carácter trascendente para la decisión judicial son casacionalmente irrelevantes (sentencias 454/2007, de 3 de mayo; 230/2008, de 24 de marzo; 374/2009, de 5 de junio; 258/2010, de 28 de abril; 737/2012, de 10 diciembre; y 185/2014, de 4 de abril)".

SÉPTIMO.- Costas y depósitos.

1.- De conformidad con lo previsto en art. 398.1 LEC, al haberse desestimado el recurso de casación interpuesto, deben imponerse a la recurrente las costas por ellos causadas.

2.- Procede acordar igualmente la pérdida de depósito constituido para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8 LOPJ.

FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria S.A. contra la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2016, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5ª, en el recurso de apelación núm. 44/2016.

2.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido al efecto.

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.