



Roj: **STS 2263/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2263**

Id Cendoj: **28079110012017100355**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/06/2017**

Nº de Recurso: **402/2015**

Nº de Resolución: **371/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 9 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Carlos Antonio y D.<sup>a</sup> Azucena , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Sharon Rodríguez de Castro Rincón bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Patricia Gabeiras Vázquez contra la sentencia dictada el 14 de octubre de 2014 por la sección 18.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 385/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1585/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 99 de Madrid, sobre nulidad de contratos. Ha sido parte recurrida Bankinter S.A., representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Rocio Sampere Meneses y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Patricia Gualde Capó.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

**1.-** D. Carlos Antonio y Dña. Azucena , interpusieron demanda de juicio ordinario contra Bankinter S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia en la que:

«a) Se declare la nulidad del contrato denominado intercambio de tipos/cuotas suscrito entre mis representados y la entidad bancaria Bankinter S.A.

»b) Se declare la procedencia de la restitución recíproca de las prestaciones por el contrato intercambio tipos/cuotas, junto con sus correspondientes intereses. Así, Bankinter S.A. deberá restituir a mis mandantes la cantidad devengada y abonada, en concepto de liquidaciones negativas (8.985,72 euros), junto con sus correspondientes intereses y mis mandantes pondrán a disposición de la entidad las cantidades percibidas (762,12 euros) o lo que resultaría más oportuno, Bankinter S.A. deberá abonar a mis mandantes la diferencia entre dichos importes, a saber, 8.223,60 euros con sus correspondientes intereses.

»c) Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento».

**2.-** La demanda fue presentada el 29 de noviembre de 2012 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 99 de Madrid y fue registrada con el n.º 1585/2012 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

**3.-** Bankinter S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba dicte sentencia por la que:

«a) Desestime íntegramente la demanda presentada por don Carlos Antonio y doña Azucena frente a Bankinter, con expresa imposición de costas a la parte actora.

»b) Que para el caso de que la demanda no fuera desestimada, subsidiariamente interesa se dicte sentencia por la que se ordene la recíproca restitución de las prestaciones correspondientes. De manera que los actores deberán restituir a mi mandante la cantidad devengada y abonada, en concepto de liquidaciones positivas



(762,12 ?), junto con sus correspondientes intereses, y a su vez Bankinter deberá restituir a los demandantes la cantidad devengada y abonada, en concepto de liquidaciones positivas (8.985,72 ?) con sus correspondientes intereses».

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 99 de Madrid dictó sentencia n.º 43/2014 de fecha 3 de marzo, con el siguiente fallo:

«Que estimando la demanda interpuesta a instancia de don Carlos Antonio y doña Azucena, declaro la nulidad del contrato de intercambio de tipos/cuotas suscrito entre las partes, condenándose a la entidad demandada a la restitución a los demandantes de la cantidad de 8.223,60 euros, que devengará los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Ello sin que proceda expreso pronunciamiento en relación con 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 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 402/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 317/2014 de fecha 14 de octubre cuyo fallo dispone:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Sampere Meneses en nombre y representación de Bankinter S.A. debemos revocar y revocamos íntegramente la sentencia dictada el 3 de marzo de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 99 de Madrid en el Procedimiento Ordinario n.º 1585/12 y en consecuencia desestimando íntegramente la demanda iniciadora del procedimiento por caducidad de la misma debemos absolver y absolvemos libremente a la parte demandada de las acciones contra él ejercitadas, con imposición de costas de primera instancia a la parte demandante y sin hacer imposición de costas en esta alzada».

**TERCERO .-** *Interposición y tramitación del de casación*

**1.-** Contra la sentencia de segunda instancia los demandantes D. Carlos Antonio y D.ª Azucena interpusieron recurso de casación ante el tribunal sentenciador cuyos motivos fueron los siguientes:

«Primero: Infracción de la doctrina jurisprudencial que determina que el plazo para el ejercicio de la acción a los casos de nulidad relativa o anulabilidad del art. 1301 CC es de prescripción. En este sentido, la sentencia recurrida es contraria a la doctrina recogida en la sentencia n.º 138/1997 de 27 de febrero y sentencia n.º 62/2001 de 1 de febrero (RJ 2002/1586).

»Segundo: Oposición o desconocimiento de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa al momento de la consumación de los contratos bilaterales y sinalagmáticos para el inicio del cómputo del plazo de 4 años determinado en el art. 1301 CC, siendo el mismo el momento en el que han finalizado completamente las prestaciones derivadas del contrato para ambas partes: sentencia n.º 596/2003 de 11 junio Tribunal Supremo (n.º de lo Civil, sección 1.ª) y sentencia del Tribunal Supremo (n.º de lo Civil, sección 1.ª) de 27 de marzo de 1989.

»Tercero: Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En concreto infracción de la doctrina recogida en las sentencias n.º 834/2009, de 22 de diciembre, 710/2011 de 7 de octubre, n.º 665/2012 de 15 de octubre, n.º 244/2013 de 18 de abril y n.º 241/2013 de 9 de mayo, en las que se declara la nulidad absoluta *ipso iure*, ex artículo 6.3 del Código Civil de todo acto contrario directamente a norma imperativa o prohibitiva de carácter informativo, aunque esté igualmente sancionada por norma administrativa».

**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 20 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Antonio y D.ª Azucena contra la sentencia de fecha 14 de octubre de 2014 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª), en el rollo de apelación n.º 385/14, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1585/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 99 de Madrid».

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



4.- Por providencia de 3 de abril de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 31 de mayo de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

Los antecedentes relevantes para resolver el recurso son los siguientes:

1.- D. Carlos Antonio y D.<sup>a</sup> Azucena , que en noviembre de 2005 habían concertado un préstamo hipotecario con Bankinter S.A. por un importe de 156.000 euros, suscribieron el 26 de octubre de 2006 con la misma entidad un contrato de «Intercambio de tipos/cuotas» denominado «Cobertura cuota fija», por un período de cinco años y con un período de carencia de trece meses, de modo que su fecha de inicio fue el 15 de noviembre de 2007 y su finalización el 15 de noviembre de 2012.

En cumplimiento de lo previsto en el contrato «Intercambio de tipos/cuotas», el 15 de noviembre de 2007 se gira la primera cuota fija de la devolución del préstamo a los clientes de la entidad, demandantes y ahora recurrentes en casación. Por otra parte, la primera liquidación del contrato «Intercambio de tipos/cuotas» fue positiva para los clientes, por un importe de 3,26 euros y se giró el 15 de diciembre de 2007. Hubo un total de veinticuatro liquidaciones positivas. La primera liquidación negativa para los clientes fue en noviembre de 2009 y se giró el 15 de diciembre de 2009, por un importe de 276,41 euros. A esa liquidación siguieron otras igualmente negativas.

2.- El 29 de noviembre de 2012, D. Carlos Antonio y D.<sup>a</sup> Azucena interpusieron demanda solicitando la declaración de nulidad del contrato de «Intercambio de tipos/cuotas» y la restitución de las cantidades abonadas en su ejecución. Alegaban, en síntesis, incumplimiento por parte de la entidad financiera de la normativa imperativa protectora de los usuarios de servicios bancarios y el error en la prestación del consentimiento, pues la percepción de los actores era que con el contrato «Intercambio de tipos/cuotas» lograban el mismo efecto que con un seguro, protegiéndose frente a las subidas de interés que pudieran producirse en el crédito hipotecario concertado.

3.- La entidad demandada se opuso a la demanda alegando que: la acción había caducado por haber transcurrido más de cuatro años desde la suscripción del contrato (26 de octubre de 2006) hasta el momento de interposición de la demanda (29 de noviembre de 2012); en cualquier caso, los demandantes aceptaron y pagaron las liquidaciones negativas porque sabían que no habían concertado un seguro; en el caso de existir incumplimiento de las normas administrativas sería irrelevante en el ámbito civil y que el error sería inexcusable.

4.- El juzgado de primera instancia estimó la demanda. Tras rechazar la excepción de caducidad de la acción alegada por la demandada y apreciar error en el consentimiento, ordenó la restitución a los demandantes de la cantidad de 8.223,60 euros con los intereses desde la interposición de la demanda. Sin expreso pronunciamiento sobre costas.

Sus razones fueron las siguientes: i) por lo que se refiere al plazo de ejercicio de la acción, porque el plazo de cuatro años se computa desde que están cumplidas todas las prestaciones de las partes, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la acción de nulidad por error de los contratos de tracto sucesivo; ii) por lo que se refiere a la apreciación de error vicio del consentimiento, porque los demandantes son consumidores sin conocimientos financieros, el producto era publicitado por la demandada como un seguro, el banco realizó una labor de asesoramiento y, aunque no estaba en vigor la normativa MiFID, la normativa contenida en los arts. 78 y 79 de la Ley 24/1988 , del mercado de valores, exigía a la demandada unos deberes de información precontractual y el cuidado de los intereses del cliente como si fueran propios.

5.- Interpuesto recurso de apelación por Bankinter S.A. la sentencia de segunda instancia lo estima, revoca la sentencia de primera instancia, absuelve a la demandada de las acciones ejercitadas contra ella, impone a la demandante las costas de primera instancia, sin imposición de costas en la alzada.

La sentencia entiende que ha transcurrido el plazo de ejercicio de la acción con el siguiente argumento:

«La primera cuestión que ha de ser objeto de análisis en el presente procedimiento, es la relativa a la caducidad de la acción planteada por la entidad apelante Bankinter S.A., la cuestión se plantea por cuanto que el art. 1301 del Código Civil establece que la acción de nulidad como la ejercitada en el presente procedimiento, solo durará cuatro años y el plazo empezará a contar en los supuestos de error o dolo, falsedad de la causa desde la consumación del contrato, por tanto el elemento sustancial es determinar el *dies a quo* , esto es cuando se entiende por consumado el contrato, se sostiene por el Juez de instancia y por la parte apelada



que contratos de tracto sucesivo como es el presente solamente cuando ha finalizado el cumplimiento íntegro de las prestaciones pactadas de forma sucesiva puede iniciarse el cómputo del contrato porque solo en ese momento se ha producido la consumación, ello efectivamente podía ser cierto en aquellos supuestos en los que se establece una serie de obligaciones periódicas que pueden ser modificadas en cualquier momento, por ello este Tribunal en sentencias anteriores ha entendido que el plazo de inicio del cómputo de la caducidad en supuestos de suscripción de obligaciones preferentes es cuando se ha producido la modificación de la situación inicial del momento de la suscripción, y se ha alterado el régimen inicialmente pactado, puesto que solo en ese momento puede entenderse por consumado el contrato y por conocido por parte del suscriptor del mismo la existencia de una serie de obligaciones distintas de las que inicialmente creía haber pactado, pero en supuestos como el presente no puede entenderse que el momento de consumación se produce cuando el contrato haya sido cumplido en su totalidad, puesto que consumación no supone extinción ya del contrato por cumplimiento íntegro de las prestaciones, sino que habrá de entenderse que el plazo inicial de la caducidad empieza a contar desde el momento en que se gira la primera cuota de naturaleza fija conforme a lo expresamente pactado, por lo que partiendo de la fecha de 15 de noviembre de 2007 en que se produjo la entrada en vigor del establecimiento de una cláusula fija habrá de entenderse que se produjo la consumación del contrato, y por tanto en el momento de presentación de la demanda el 29 de noviembre de 2012 la acción se encontraba caducada por ello y en consecuencia este Tribunal debe acoger necesariamente la excepción de caducidad invocada y declarar la imposibilidad de la acción de nulidad pretendida».

La sentencia, a pesar de apreciar la caducidad de la acción, añadió que aunque se entrara en el fondo del asunto, no procedería declarar la nulidad por error, por dos tipos de razones: porque a su juicio el contrato era «de una sencillez meridiana» y porque entiende que, si bien no puede calcularse en el momento inicial el coste de cancelación, necesariamente debe haber un coste, puesto que no se puede pretender que durante cinco años esté asegurado un tipo fijo y en el momento que la bajada de tipos sea perjudicial para el cliente bancario pudiera resolver sin coste alguno, puesto que en ese caso existiría una evidente situación de privilegio en favor del cliente bancario.

#### **SEGUNDO.-** *Formulación del recurso.*

1.- La parte demandante interpone contra la sentencia de segunda instancia recurso de casación basado en tres motivos cuyo tenor literal es el siguiente:

«Primero: Infracción de la doctrina jurisprudencial que determina que el plazo para el ejercicio de la acción a los casos de nulidad relativa o anulabilidad del art. 1301 CC es de prescripción. En este sentido, la sentencia recurrida es contraria a la doctrina recogida en la sentencia n.º 138/1997 de 27 de febrero y sentencia n.º 62/2001 de 1 de febrero ».

«Segundo: Oposición o desconocimiento de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa al momento de la consumación de los contratos bilaterales y sinalagmáticos para el inicio del cómputo del plazo de 4 años determinado en el art. 1301 CC, siendo el mismo el momento en el que han finalizado completamente las prestaciones derivadas del contrato para ambas partes: sentencia n.º 596/2003 de 11 junio Tribunal Supremo (sala de lo civil, sección 1.ª) y sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil, sección 1.ª) de 27 de marzo de 1989 ».

«Tercero: Oposición y desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. En concreto infracción de la doctrina recogida en las sentencias n.º 834/2009, de 22 de diciembre, 710/2011 de 7 de octubre, n.º 665/2012 de 15 de octubre, n.º 244/2013 de 18 de abril y n.º 241/2013 de 9 de mayo, en las que se declara la nulidad absoluta *ipso iure*, ex art. 6.3 del Código Civil de todo acto contrario directamente a norma imperativa o prohibitiva de carácter informativo, aunque esté igualmente sancionada por norma administrativa».

En el recurso se justifica el interés casacional alegando que la sentencia:

«1. Contradice la doctrina jurisprudencial que determina que el plazo para el ejercicio de la acción a los casos de nulidad relativa o anulabilidad del art. 1301 CC es de prescripción. En este sentido, la sentencia recurrida es contraria a la doctrina recogida en la sentencia n.º 138/1997, de 27 de febrero Tribunal Supremo (documento 3) y en la sentencia n.º 62/2002 de 1 de febrero (documento 4). 2. Contradice la doctrina del Tribunal Supremo en lo que respecta al cómputo del plazo establecido en el art. 1301 del Código Civil de 4 años para los contratos bilaterales y sinalagmáticos con prestaciones recíprocas para ambas partes hasta la finalización del mismo. Así ha de tenerse por conculcada la doctrina sentada en este aspecto por el Alto Tribunal en, entre otras, sus sentencias: n.º 569/2003, de 11 de junio (documento 5) y la sentencia de 27 de marzo de 1989 (documento 6). 3. Asimismo, la resolución del recurso presenta interés casacional porque la sentencia contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de nulidad de los contratos que declara la nulidad absoluta *ipso iure*, ex art. 6.3 del Código Civil de todo acto contrario directamente a norma imperativa o prohibitiva,





aunque esté igualmente sancionada por norma administrativa. Así ha de tenerse como conculcada la doctrina sentada en este aspecto por el Alto Tribunal entre otras, sus sentencias: n.º 834/2009, de 22 de diciembre (documento 7); 710/2011, de 7 de octubre (documento 8); n.º 665/2012, de 15 de noviembre (documento 9); n.º 244/2013, de 18 de abril (documento 10) y 241/2013, de 9 de mayo (documento 11)».

2.- En su escrito de oposición, el banco alega en primer lugar causas de inadmisión que, de ser estimadas, conducirían a la desestimación del recurso: que el recurso pretende alterar la base fáctica y que no cumple los criterios de admisión establecidos por esta sala en su acuerdo de treinta de diciembre de dos mil once; que no manifiesta la vulneración de norma alguna por la sentencia recurrida; que se limita a aportar argumentos acerca del desconocimiento de la doctrina del Tribunal Supremo, para lo que aporta sentencias que nada tienen que ver con el caso y cuya solución depende en cada supuesto de las concretas circunstancias fácticas; que la jurisprudencia sobre error depende de una multitud de circunstancias que exigen estar al caso concreto, sin que pueda ofrecerse una respuesta generalizada sobre la que pueda fijarse doctrina (el escrito de oposición cita a estos efectos como apoyo algunas sentencias de Audiencias Provinciales, un auto de inadmisión de un recurso de casación y la sentencia 683/2012, de 21 de noviembre).

Además, alega que: i) no existe infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el plazo para el ejercicio de la acción a los casos de anulabilidad del art. 1303 CC. Argumenta en este sentido que las sentencias citadas en el recurso son antiguas y que ha habido un cambio en la jurisprudencia que se reflejaría en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2009 y de 20 de septiembre de 2007, otras anteriores y en varias sentencias de Audiencias Provinciales y en opiniones doctrinales; ii) la sentencia recurrida aplica acertadamente la doctrina jurisprudencial relativa al *dies a quo* del plazo de caducidad y que el escrito de oposición identifica, con cita de las sentencias de 12 de enero y de 7 de julio de 2015, de un auto del Tribunal Supremo y de una sentencia de Audiencia Provincial, con aquel momento en el que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error; argumenta que el cliente es consciente del posible error con la primera cuota de naturaleza fija que se le gira, con independencia de que sea positiva o negativa, pues se les aplica el tipo fijado en el contrato con independencia de que el euríbor estuviese por encima o por debajo de ese tipo lo que, insiste el escrito, muestra que el swap contratado «lo que hace es nada más y nada menos que convertir el préstamo variable del contratante en un préstamo a tipo fijo»; iii) no existe infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad absoluta del art. 6.3 CC y que, de cualquier forma, el incumplimiento normativo no forma parte de la *ratio decidendi* de la sentencia, por lo que el pronunciamiento de la sala no afectaría al sentido de la resolución impugnada; iv) las normas administrativas son irrelevantes civilmente y su incumplimiento no acarrearía la nulidad del contrato sino, en su caso, una sanción administrativa; v) se argumenta que, por lo demás, no ha habido incumplimiento porque: la normativa MiFID no estaba en vigor cuando se suscribió el contrato; se proporcionó la información exigible conforme a la normativa en vigor (la Ley 24/1988, del mercado de valores en su redacción anterior al 21 de diciembre de 2007 y el Real Decreto 629/1993 sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios), en atención a que, ante la solicitud de los recurrentes, se les ofreció un producto que, en función de las circunstancias de mercado podía ser de su interés; Bankinter explicó los riesgos del producto y las consecuencias de las variaciones de los tipos de interés; que el producto no es ofrecido como un seguro; de acuerdo con el art. 79 quater de la Ley del mercado de valores, no es aplicable la normativa sobre los mercados de valores sino la normativa bancaria porque, en el caso, el cliente no quería el derivado como producto de inversión sino solo en cuanto vinculado a un producto bancario, en función del nominal pendiente de amortización del préstamo hipotecario que tenían concertado; no se incumplió la normativa sobre condiciones generales de la contratación ni la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios porque el contrato no causó un desequilibrio de los derechos de los recurrentes porque ambas partes asumían contraprestaciones según evolucionara el euríbor; los recurrentes invocan su condición de consumidores para aprovecharse de una protección normativa que no merecen para recuperar las pérdidas sufridas en inversiones frustradas; que el concepto de consumidor no depende de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata.

### **TERCERO.- Admisión del recurso .**

Se rechaza la oposición a la admisibilidad del recurso por las siguientes razones:

No procede apreciar ninguno de los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida, porque si bien es cierto que el recurso no es un modelo de cumplimiento de las exigencias formales del recurso de casación por interés casacional, también lo es que plantea con toda claridad una cuestión estrictamente jurídica:

1.ª) Sin alterar la base fáctica, el recurso identifica los problemas jurídicos: se impugna, de una parte, la interpretación y aplicación del plazo de ejercicio de la acción prevista en el art. 1303 CC así como el *dies a quo* para su ejercicio y, de otra, la incidencia en la nulidad de los contratos de adquisición de instrumentos financieros complejos del incumplimiento de los deberes de información que impone la ley a las entidades financieras.



2.ª) La infracción alegada aparece convenientemente desarrollada puesto que se identifican correctamente los que atañen al caso y se consideran infringidos ( arts. 1301 y 6.3 CC en relación con el art. 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y arts. 64 y 65 del RD 217/2008, de 15 de febrero , sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión).

3.ª) A lo anterior se une la existencia de interés casacional, puesto que la razón decisoria de la sentencia recurrida puede entrar en contradicción con la jurisprudencia consolidada de esta sala sobre el error vicio en los contratos de inversión complejos. Con independencia del acierto en la selección de las sentencias de las Audiencias Provinciales citadas en el recurso, con posterioridad a su formulación se ha consolidado un cuerpo jurisprudencial que acredita la existencia de interés casacional (en el mismo sentido, sentencia 107/2017, de 17 de febrero ).

#### **CUARTO.- Plazo de ejercicio de la acción de nulidad.**

1.- Los dos primeros motivos del recurso deben examinarse conjuntamente porque, fundados en infracción del art. 1301 CC , presentan una estrecha relación, ya que ambos se dirigen a mantener que el plazo de ejercicio de la acción no había transcurrido cuando se interpuso la demanda.

La parte recurrente alega en primer lugar que el plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 CC es de prescripción y cita jurisprudencia de la sala en la que así se ha calificado. En el desarrollo del recurso defiende que hubo interrupción de la prescripción porque el 13.9.2010 el ahora demandante, junto a otros 165 contratantes de swaps en circunstancias similares a la suya, interpusieron una demanda que fue inadmitida con fecha 24.11.2011, por entender el juzgado que no procedía la acumulación. En segundo lugar alega que, de acuerdo con la jurisprudencia de la sala (sentencias de 27 de marzo de 1989 y 569/2003 , de 11 de junio), el *dies a quo* del plazo de cuatro años que para la impugnación de los contratos por error se fija en el art. 1301 CC en la consumación del contrato debe entenderse, para los contratos de tracto sucesivo, desde el momento del cumplimiento de todas las prestaciones.

La sentencia de primera instancia, aplicando esta doctrina jurisprudencial, entendió que la acción se había ejercitado en plazo, puesto que no puede confundirse consumación con celebración del contrato y la consumación se produce cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes. Sin embargo, la sentencia recurrida cree que eso sería así en contratos en los que no se modifican las prestaciones de las partes pero que, como en el presente caso, desde que se hizo efectivo el contrato que se impugna, los demandantes pasaron a pagar una cuota fija del préstamo hipotecario, se produjo una modificación del contrato y es desde entonces desde cuando debe computarse el plazo de ejercicio de la acción.

En su escrito de oposición la demandada ha solicitado la desestimación de estos dos motivos argumentando, en síntesis que: i) la sentencia recurrida no infringe la doctrina de la sala sobre el plazo de ejercicio de la acción en casos de anulabilidad; ii) el plazo es de caducidad; y iii) el *dies a quo* , de acuerdo con la doctrina de la sala elaborada en materia de contratación bancaria, es cuando se puede tener cabal conocimiento de los riesgos del producto adquirido por medio del consentimiento viciado por error, lo que tendría lugar en el caso cuando se gira la primera de las liquidaciones de intereses conforme a lo pactado por las partes, lo que identifica con el momento en que se gira la primera cuota fija del préstamo al entrar en vigor el swap, lo que tuvo lugar el 15 de noviembre de 2007.

2.- Es indudable que el plazo de cuatro años a que se refiere el art. 1303 CC para lograr la restitución solicitada por los demandantes y derivada de la nulidad del contrato se refiere a la consumación del contrato y no al momento de su celebración.

Por lo que se refiere a cuándo se ha producido la consumación del contrato, a partir de la sentencia del pleno 769/2014, de 12 de enero , seguida después de otras muchas de la sala (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 y 130/2017, de 27 de febrero , entre otras), se ha interpretado que en relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, según esta doctrina, el de suspensión de las liquidaciones 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.

Contra lo que entiende la sentencia recurrida, el pago de la primera cuota fija del préstamo no pudo revelar el error porque la finalidad de la contratación del producto de intercambio de tipos/cuotas perseguía



precisamente la finalidad de pagar una cuota fija del préstamo. En particular, en casos similares al presente de contratos de permutas de tipo de interés concertados como cobertura del interés variable de un préstamo, esta sala ha identificado ese momento con la percepción por el cliente de la primera liquidación negativa (sentencia 153/2017, de 3 de marzo).

La aplicación de la doctrina de la sala al caso permite afirmar que no había transcurrido el plazo de ejercicio de la acción cuando se interpuso la demanda el 29 de noviembre de 2012, puesto que el momento en el que el cliente pudo tener conocimiento del error bien puede identificarse con la primera liquidación negativa, que se giró a los demandantes el 15 de diciembre de 2009, y la demanda se interpuso el 29 de noviembre de 2012.

A la misma solución final se llega, por lo demás, como hizo la sentencia de primera instancia y sostiene el recurrente en el segundo motivo del recurso, que se admite, si se identifica el momento de consumación del contrato a partir del cual se computan los cuatro años, según establece el art. 1303 CC, con el momento del cumplimiento completo de las prestaciones, lo que, en el caso concreto, según la fecha prevista en el contrato, tuvo lugar el 15 de noviembre de 2012. La acción, en definitiva, se ejerció dentro del plazo previsto por el art. 1301 CC.

Puesto que en el caso no había transcurrido el plazo de cuatro años establecido en la ley cuando se interpuso la demanda, es irrelevante la cuestión planteada por la recurrente en el primer motivo del recurso acerca de si la calificación más ajustada a la naturaleza y contenido del plazo del art. 1301 CC es la de ser un plazo de prescripción o de caducidad, así como si las sentencias citadas por las partes en sus escritos se pronuncian sobre tal naturaleza con valor de *ratio decidendi* o mero *obiter dicta*.

**3.-** El art. 487.3 LEC dispone que la sentencia que considere fundado un recurso de casación por interés casacional, además de casar la sentencia recurrida y declarar lo que corresponda según los términos en que se haya producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de la jurisprudencia, «resolverá sobre el caso».

En el presente supuesto, la consecuencia de la estimación del segundo motivo del recurso de casación es la revocación de la sentencia de la Audiencia Provincial y la asunción de la instancia, una vez sentado que la acción de nulidad del contrato se ejerció en plazo.

**QUINTO.-** *Asunción de la instancia. Resolución del recurso de apelación.*

Descartado que la acción se ejercitara fuera de plazo, procede entrar en los motivos de fondo planteados por Bankinter en su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Al actuar como órgano de instancia en la resolución del recurso de apelación, la sala tiene facultades plenas de revisión no solo de las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso, sino también de las fácticas, pudiendo realizar una revisión plena de la valoración de la prueba, sin estar constreñida por las estrictas limitaciones que en esta materia son propias del recurso extraordinario por infracción procesal.

**1.-** La sentencia de primera instancia.

El Juzgado de Primera Instancia entiende que el error vicio en el consentimiento padecido por la parte actora determina la nulidad del contrato.

La sentencia parte de la atipicidad y validez de los contratos de swaps al amparo del art. 1255 CC y de su diferencia con el contrato de seguro; destaca su carácter complejo, lo que supone que el deber de información exigible a la entidad adquiriera una relevancia singular y que, cuando no se cumpla, la jurisprudencia aprecie la nulidad por error conforme al art. 1265 CC.

Entiende que, en el caso, los demandantes eran consumidores y carecían de especiales conocimientos y experiencia en el otorgamiento de esta clase de contratos complejos como es el swap.

Considera relevante que fue la demandada quien realizara una labor de asesoramiento sobre las características del producto y la idoneidad del mismo a la condición de minorista de los demandantes.

Partiendo de estos datos infiere que resultaba exigible a la entidad la observancia de los deberes que le impone la legislación sobre el mercado de valores en relación con el deber de información precontractual y que, aunque no había entrado en vigor la normativa MiFID, los arts. 78 y 79 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del mercado de valores, le obligaban a comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de sus intereses como si fueran propios.

Entiende que en el caso no puede considerarse que la entidad demandada actuara con la diligencia y transparencia que le era exigible desde el momento en que la suscripción del producto se limitó a la firma de



una serie de documentos, sin información previa de clase alguna y sin la realización de simulaciones de los distintos escenarios que podían plantearse, a tenor de la evolución de los tipos de interés.

Considera que no consta probado que los demandantes fueran informados de una forma clara y sencilla sobre los riesgos derivados del producto y del coste de la cancelación del mismo, lo que determina que el swap contratado fuera el resultado de la confianza que los demandantes tenían en la entidad y en la profesionalidad de los empleados de la sucursal.

Valora el que el producto fuera comercializado por la entidad como un seguro, a pesar de no serlo, y que así aparece en el documento 7 aportado con la demanda, lo que generó sin duda en los demandantes un impreciso conocimiento sobre la verdadera naturaleza del producto que estaban contratando. Todo ello le lleva a concluir que, en el momento en que suscribieron el contrato, los demandantes no fueron debidamente informados sobre la verdadera naturaleza del producto, sobre sus riesgos y sobre el efectivo coste de cancelación del producto.

## 2.- Alegaciones de la recurrente .

En el recurso de apelación, Bankinter alegó la caducidad de la acción de nulidad del contrato celebrado el 26 de octubre de 2006, lo que ya ha quedado descartado al resolver el recurso de casación. Sobre el fondo, en el recurso se contienen las siguientes alegaciones.

a) El recurso denuncia que la sentencia de primera instancia realiza una errónea valoración de la prueba (documental, valoración de parte, testifical, pericial y circunstancias personales de los apelados).

En primer lugar, la recurrente alega que el contrato era claro y sencillo, equilibrado para las partes y ajustado a su fin, que era estabilizar el endeudamiento de los actores mediante la fijación de una cuota fija durante la vida del producto; argumenta que la finalidad del contrato queda perfectamente clara desde el expositivo, que la redacción explica su objeto, que no genera pérdidas ni ganancias sino una cuota fija para cada contrato y, con ello, la estabilidad del endeudamiento de los demandantes; que de la declaración del propio Sr. Carlos Antonio en el acto del juicio se pone de manifiesto que sabía que tenía que pagar una cuota fija y que según lo pactado fue pagando; que el contrato funcionó según lo pactado pues lo que los demandantes pagaban a Bankinter en concepto de cuotas de intercambio lo dejaban de pagar en concepto de intereses del préstamo hipotecario y que si es cierto que no se benefician de la caída del euribor también estaban protegidos frente a su subida y esa protección tenía una contraprestación; que la ex-empleada de la entidad, Sra. Esmeralda , explicó de manera clara y previa el contrato; que en el anexo se incluyen ejemplos en los que se advierte específicamente de los riesgos inherentes al producto en caso de bajada de los tipos de interés, por lo que la documentación entregada era más que suficiente para que conocieran los riesgos que asumían al suscribirlo; que del clausulado también resulta información sobre el coste de cancelación del intercambio y que de la declaración de la Sra. Esmeralda también resulta que esta circunstancia fue puesta en conocimiento de los actores y cosa distinta es saber que el coste exacto que la cancelación anticipada puede suponer solo se puede saber en el mismo momento en que se solicita; que la cláusula de cancelación no es esencial del intercambio y por su carácter aleatorio la cancelación podía dar lugar a un cargo o a un abono; que si bien la iniciativa partió de la entidad, fue el propio cliente quien acudió a la entidad ante el temor de que la subida de los tipos de interés pudiera encarecer las cuotas de su préstamo hipotecario. Alega que, a pesar de no citarlo, la sentencia de primera instancia parte de la premisas de un informe expuesto por un perito aportado por la demandante, a pesar de no ser su autor y que no estuvo presente en la comercialización del producto; también que los actores, por sus circunstancias personales (nivel socio cultural medio alto, estudios universitarios y asidua actividad bancaria) estaban cualificados para comprender el contrato celebrado.

b) La recurrente argumenta, en segundo lugar, que no hubo vicio del consentimiento por error que determine la nulidad del contrato. Alega que el error denunciado por la actora no es esencial, por consistir en no haber valorado la posibilidad de que la bajada de los tipos de interés le repercutiera liquidaciones negativas. Entendió que debía pagar una cuota fija durante el período elegido, y otra cosa es que sus expectativas se vieran frustradas como consecuencia de la evolución del Euribor. Añade que ese error no sería excusable, pues el demandante declara que leyeron el contrato por encima y firmaron por la confianza que tenían en la empleada de la entidad, de lo que resultaría una negligencia por no leer detenidamente el contrato. Argumenta que el principio de conservación del contrato impone una interpretación restrictiva del error.

c) La recurrente argumenta que no hubo un incumplimiento de la normativa aplicable por parte de la entidad, ni la bancaria ni la específica del mercado de valores, sin que estuviera en vigor la normativa MiFID, que no sería aplicable por razones temporales pero también porque el intercambio no es un producto de inversión, no es un producto financiero especulativo y su función es cubrir el coste financiero en caso de subidas del euribor y que el contrato contiene información sobre el importe del préstamo sujeto a las liquidaciones del contrato. Que se cumplió la exigencia del art. 48.2 de la Ley 26/1988 , que requiere la formalización por escrito del contrato





con la necesaria claridad al expresar los compromisos y derechos de las partes; que aunque esta norma no exige la información precontractual, se efectuaron simulaciones y se proporcionó información precontractual suficiente. Que igualmente se han cumplido las exigencias de la Ley 48/1988, del mercado de valores, en su redacción vigente con anterioridad a la reforma de 2007, que nada decía sobre la información a proporcionar antes de la formalización del contrato ni establecía la obligación de entregar folleto alguno. Que, en todo caso, el incumplimiento de unas normas de carácter administrativo no daría lugar a la ineficacia civil de un contrato, pues prevalecen las normas del Código civil sobre consentimiento contractual.

d) La recurrente argumenta que la parte actora ratificó el contenido del contrato porque dio por buenas las liquidaciones positivas y negativas derivadas de la operativa del intercambio sin manifestar queja y que cuando se interpuso la primera demanda colectiva habían transcurrido tres años desde que empezó a operar la cobertura. Que el Sr. Carlos Antonio en el juicio manifestó que se sintió engañado al recibir las liquidaciones negativas por tanto, «a toro pasado». Alega la doctrina de los actos propios y sostiene que la demanda es oportunista, pues solo trata de recuperar lo pagado ante una frustración de sus expectativas debida a la inesperada caída de los tipos de interés.

e) Con apoyo en el art. 217 LEC argumenta que corresponde a la parte actora probar los hechos en los que se funda su demanda y que en el caso no lo han hecho, pues ha quedado probado que el contrato nunca fue explicado como un seguro y que conocía la posibilidad de que se produjeran liquidaciones positivas y negativas.

### 3.- Alegaciones de la recurrida.

La actora ahora recurrida presenta escrito de oposición al recurso de apelación y solicita que se confirme la sentencia recurrida.

Alega que Bankinter impugna la valoración de la prueba realizada por la sentencia para imponer su interesada valoración fáctica. Contra el argumento de la claridad del contrato alega que en tal caso no sería preciso que un empleado del banco lo explicara, que no queda acreditado que se entregara el anexo, pues la entidad no lo ha aportado con la firma del recibí del cliente ni, aunque lo hubiera hecho sería suficiente, pues en el mismo no se contienen simulaciones; que el contrato se formalizó en escasos quince minutos sin que conste la información clara ni la entrega de simulaciones en la fase precontractual; que para que el cliente pudiera tomar su decisión de contratar debería recogerse en el contrato a qué tipo responde la cuota fija, lo que no se hizo; que, en realidad, en el caso, siendo la finalidad cubrirse frente a las subidas de tipos de interés, el tipo fijo que se estableció se correspondía con un tipo que no se ha llegado a alcanzar en la práctica; que el coste de cancelación sí es esencial para prestar el consentimiento y el contrato es oscuro como confirma el que la propia entidad, con posterioridad, redactara los contratos con más detalle sobre la posibilidad de cancelaciones con costes elevados. Alega que Bankinter sí contaba con previsiones sobre la bajada de los tipos de interés.

Argumenta que esta deficiente información provocó un error vicio del consentimiento porque al contratar la actora no podía conocer los riesgos asumidos, dada la asimetría informativa existente. Que el error es excusable porque los clientes carecen de experiencia inversora y de conocimientos financieros y el error fue provocado por la entidad. Que procede confirmar la sentencia de primera instancia que aprecia error vicio o, en su defecto, por dolo omisivo o, en su defecto, por nulidad por contravención de norma imperativa. Respecto de este último aspecto, y frente al argumento de la recurrente de que no se ha incumplido la normativa, sostiene que los clientes son minoristas, la entidad prestó asesoramiento y tenía el deber de informar, también por aplicación de la normativa pre-MiFID. Descarta la aplicación de la doctrina de los actos propios con cita de la jurisprudencia que rechaza su pertinencia en caso de error y, finalmente, por lo que se refiere a la carga de la prueba, sostiene que es Bankinter quien debe acreditar que cumplió con los deberes de información.

### 4.- Decisión de la sala.

#### A) Consideraciones generales sobre el error vicio del consentimiento.

a) En supuestos similares al presente, en que se habían comercializado productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o swap, esta sala ha advertido que, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan especiales deberes de información: «(D)icho de otro modo, en la contratación de estos contratos financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID» ( sentencias 559/2015, de 27 de octubre y 694/2016, de 24 de noviembre ).



Esta sala ha reiterado que, ya antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, la legislación recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limita a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo artículo 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa (por todas, sentencias de esta sala 742/2015, de 18 de diciembre, 669/2016, de 14 de noviembre y 7/2017, de 12 de enero).

Además, ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por su fecha al contrato de permuta financiera litigioso, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

El art. 5 del anexo de este RD 629/1993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes:

«1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...].

»3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos».

b) La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable en este caso por la fecha en que se concertó el contrato, otorga una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a que# riesgo se asume, de que# circunstancias depende y a que# operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración.

B) En el presente caso, la prueba practicada en la instancia, revisada conforme al artículo 456.1 LEC, permite afirmar que la entidad financiera incumplió sus obligaciones legales de información y ello indujo a error al cliente sobre un extremo esencial: la verdadera naturaleza del producto y sus riesgos en caso de bajada de los tipos de interés.

a) Bankinter incumplió sus deberes de información, lo que determinó que mientras el cliente creía contratar una cobertura frente a subidas del euríbor, el riesgo que acaeció y que supuso el quebranto patrimonial para el cliente fue el de bajada del tipo de interés: concertó un contrato aleatorio en el que solo resultaba protegido si el euríbor subía, lo que suponía una apuesta sobre la evolución del euríbor, sobre la que existía una clara asimetría informativa entre el banco y el cliente, y que iba a provocarle graves pérdidas como consecuencia de la bajada del euríbor.

De las declaraciones de la empleada que comercializó el producto y del cliente, resulta que la entidad comercializó masivamente el producto, llamando por teléfono a casa de los clientes para ofrecérselo como una cobertura frente a la subida de los tipos que les permitía, aunque subieran, pagar una cuota fija en el préstamo hipotecario concertado. Este extremo queda acreditado también por la publicidad comercial del producto realizada por la entidad, que hacía referencia al funcionamiento del producto como un seguro. La prueba practicada permite descartar la existencia de dolo, pero también permite apreciar el incumplimiento



del estándar de información requerido con arreglo a la legislación aplicable y a la doctrina de esta sala. Esta deficiencia informativa, contra lo que es obligación de la entidad, permitió al cliente, preocupado por su capacidad económica para hacer frente al pago de la cuota fija que se le ofrecía, creer que se trataba de un producto concebido como una deferencia de la entidad con sus clientes, que era beneficioso porque no se pagaba por contratarlo ni por ponerle fin, de modo semejante a ciertos seguros ofrecidos por la entidad a los titulares de tarjetas.

La declaración de la empleada confirma la del cliente en el sentido de que para explicar el producto, en la entidad donde se firmó el contrato, la empleada realizó simulaciones en el ordenador, lo que permitió calcular la cuota fija que el cliente pagaría durante el tiempo fijado en el contrato de swap, pero no le explicó los cálculos sobre lo que tendría que pagar por el swap si los tipos de interés bajaban. En el caso, los clientes no son expertos financieros (con formación profesional, D. Carlos Antonio trabaja de bombero y D.<sup>a</sup> Azucena, que cursó estudios de turismo, como técnico en un aeropuerto) y no tienen un perfil inversor.

El que el contrato se denomine de intercambio de tipos/cuotas (expositivo, estipulación 1) y en algunas de las cláusulas del contrato se haga referencia a posibles cargos y abonos en función de las condiciones existentes en el mercado de tipos de interés (cláusulas 4 y 5) no es suficiente para que por su sola lectura los clientes demandantes hubieran podido comprender ni el funcionamiento del producto ni el supuesto carácter autónomo del préstamo concertado previamente por las partes que pretende atribuirle la cláusula 1.

A la dificultad para comprender el verdadero alcance de un contrato complejo como el swap por quien no es un experto financiero hay que añadir que el error de los clientes al contratar se ve favorecido por la última página del contrato (firmado, por cierto, y únicamente en la última página, solo por D.<sup>a</sup> Azucena), en la que se recogen como «datos particulares» del mismo, la referencia al préstamo, el nombre de «cobertura cuota fija», la referencia a la «nueva cuota fija» que iban a pagar durante los cinco años que duraba el contrato que celebraban y las referencias a que tanto la comisión de apertura como la de liquidación eran de «0,00».

b) El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecida a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable.

Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como declaró la sentencia de pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, «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».

c) El deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap. Esta sala ha declarado que, «[l]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas» (sentencias 689/2015, de 16 de diciembre, 579/2016, de 30 de septiembre, entre otras).

En este tipo de contratos complejos y arriesgados, como son calificados por la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011), en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada, y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para las demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos.

d) Según declaran, entre otras, las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015, 676/2015, de 30 de noviembre y 163/2017, de 8 de marzo, es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone la normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado



financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

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

f) No puede estimarse la alegación de la recurrente en apelación de que la parte actora «ratificó» el contenido del contrato al aceptar las liquidaciones positivas sin formular quejas y no interponer la demanda hasta tres años desde que empezó a operar la cobertura. La jurisprudencia sobre la confirmación de los contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento ha sido compendiada en la sentencia 691/2016, de 23 de noviembre. En esta sentencia se hace una primera remisión a la doctrina general contenida en las sentencias 19/2016, de 3 de febrero y 503/2016, de 19 de julio:

«Como decíamos en dichas sentencias, como regla general, 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, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos 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.

»Además, existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que la recurrente hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por no formular la demanda hasta que se agotó el plazo de duración contractual pactado, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria».

C) Por todo lo anterior se desestima el recurso de apelación interpuesto por Bankinter contra la sentencia de primera instancia, que se confirma en su integridad.

#### **SEXTO.- Costas y depósitos.**

Conforme al art. 398.2 LEC, la estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo.

Procede condenar a la apelante al pago de las costas ocasionadas por el recurso de apelación, de conformidad con los arts. 394 y 398.1 LEC.

Conforme a la disposición adicional 15.<sup>a</sup> apartado 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido para el recurso de casación.





Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

**esta sala ha decidido**

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Carlos Antonio y D.ª Azucena contra la sentencia 317/2014 dictada el 14 de octubre de 2014 por la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 385/2014 . 2.º - Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto. 3.º- En su lugar, desestimar el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandada Bankinter S.A. contra la sentencia dictada el 3 de marzo de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 99 de Madrid en las actuaciones de procedimiento ordinario n.º 1585/2012, que se confirma íntegramente. 4.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación. Se condena a Bankinter S.A. al pago de las costas del recurso de apelación. 5.º- Devolver a la entidad recurrente el depósito constituido para el recurso de casación. 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 CEND