



Roj: **STS 4256/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:4256**

Id Cendoj: **28079110012018100700**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/12/2018**

Nº de Recurso: **2000/2016**

Nº de Resolución: **722/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 13855/2016,**  
**STS 4256/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 722/2018**

Fecha de sentencia: 19/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2000/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/12/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 2000/2016

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 722/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de marzo de 2016, dictada en recurso de apelación 435/2015, de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante de autos de juicio ordinario 914/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sant Feliú de Llobregat; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Jaime , D. Jorge y la entidad mercantil Nimbin S.C.P., representado en las instancias por el procurador D. Carlos González Recio, bajo la dirección letrada de D. Javier Holgado Rodríguez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Luis Pozas Osset en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la entidad Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoó, bajo la dirección letrada de D. Santiago García Carrillo.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** D. Jaime , D. Jorge , y ambos en representación a su vez de la entidad Nimbin S.C.P., representados por el procurador D. Carlos González Recio y bajo la dirección del letrado D. Javier Holgado Rodríguez, interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco Santander S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación, terminaron suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Con los siguientes pronunciamientos:

"1.- Se declare la nulidad del contrato de permuta financiera de intereses firmado en fecha 25 de marzo de 2008 de una parte por Nimbin S.C.P. y de otra por Banco de Santander S.A., con todos sus efectos inherentes.

"2.- Se declare la nulidad de las liquidaciones trimestrales practicadas por Banco de Santander S.A. como resultado de la nulidad del contrato.

"3.- Se declare la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cantidades percibidas con los intereses legales devengados por las mismas desde la fecha de que se hizo efectivo cada cargo o abono.

"4.- Se condene a la demandada en todo caso, al pago de las costas y gastos del presente juicio ocasionados por la interposición de la presente demanda, en virtud del art. 394 LEC y dado el requerimiento previo realizado y de acuerdo con lo establecido por el art. 395 LEC".

**2.-** La entidad mercantil demandada Banco Santander S.A., representada por el procurador D. Robert Martín Campo y bajo la dirección letrada de D. José María Vallbona Zubizarreta, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que desestime íntegramente los pedimentos deducidos de contrario, con expresa imposición a la actora de las costas del presente procedimiento".

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sant Feliú de Llobregat se dictó sentencia, con fecha 5 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Jaime y D. Jorge como representantes de Nimbin S.C.P. contra Banco Santander S.A.:

"1.º Declaro la nulidad del contrato marco de operaciones financieras de fecha 25 de marzo de 2008, en el que se integra la confirmación de operación de permuta de tipos de interés (swap flotante bonificado) por el representante de la sociedad civil personal Nimbin S.C.P., D. Jorge con Banco Santander S.A.

"2.º Condeno a Banco Santander S.A. a restituir al actor las cantidades resultantes a su favor tras realizar la compensación entre las liquidaciones recíprocas que se han realizado con el interés legal desde las respectivas liquidaciones o pagos de la actora y devengándose los intereses procesales del art. 576 LEC desde la fecha de esta sentencia.

"3.º Con imposición a Banco Santander de las costas de esta instancia".

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia, con fecha 9 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:



"Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Banco Santander S.A. frente a la sentencia dictada en el juicio ordinario 914/13, seguido ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Sant Feliú de Llobregat, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y en su lugar dictamos la presente por la que desestimando la demanda interpuesta por D. Jorge , D. Jaime y Nimbin S.C.P. debemos absolver y absolvemos al demandado de las pretensiones frente a él deducidas, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte actora, sin que haya lugar a pronunciamiento condenatoria respecto de las de esta alzada".

**TERCERO.- 1.-** Por D. Jaime , D. Jorge y Nimbin S.C.P. se interpuso recurso de casación basado en el siguiente motivo:

Motivo único.- En aplicación del art. 477.2.3.º y del art. 477.3.º de la LEC la sentencia es recurrible en casación porque la resolución de este recurso presenta interés casacional, por infracción por la sentencia recurrida del art. 1301 del Código Civil en relación con el art. 1266 del mismo cuerpo legal, y en relación a su vez con la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de julio de 2018, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Eduardo Codes Feijoó, en nombre y representación de la entidad Banco Santander S.A., presentó escrito de oposición al mismo.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 11 de diciembre de 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Antecedentes.**

**1.-** La demanda.

- La demanda se interpone por dos particulares actuando en representación de una comunidad de bienes frente al banco (Banco Santander, S.A.).

- Sobre nulidad por error vicio de un contrato de permuta financiera suscrito el 28 de marzo de 2006 con vencimiento a cinco años el 28 de marzo de 2013.

- La demanda se interpone el 22 de enero de 2014.

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

Estimó la demanda y declaró la nulidad del contrato con restitución de prestaciones.

**3.-** La sentencia de segunda instancia.

- Estimó el recurso de apelación del banco y declaró la caducidad de la acción.

- En esta sentencia se fija el inicio del cómputo del plazo de caducidad a partir del momento en el que el cliente comprendió o pudo comprender el producto y sus riesgos (lo fija el 31 de marzo de 2009 en que tuvo la primera liquidación negativa de 378,68 euros).

**4.-** Interposición del recurso de casación.

- Los demandantes han interpuesto recurso de casación con el contenido que antes se ha dejado expuesto.

**SEGUNDO.- Motivo único.**

Motivo único.- En aplicación del art. 477.2.3.º y del art. 477.3.º de la LEC la sentencia es recurrible en casación porque la resolución de este recurso presenta interés casacional, por infracción por la sentencia recurrida del art. 1301 del Código Civil en relación con el art. 1266 del mismo cuerpo legal, y en relación a su vez con la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015.

**TERCERO.- Decisión de la sala. Caducidad de la acción.**

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

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



"A efectos del ejercicio de la acción de nulidad por error, la consumación de los contratos de *swaps* debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

"En el contrato de *swap* el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

"En los contratos de *swaps* o "cobertura de hipoteca" no hay consumación del contrato hasta que no se produce el agotamiento o la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que en estos contratos no existen prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno u otro contratante en cada momento en función de la evolución de los tipos de interés. Así, en el caso que da lugar al presente recurso, el cliente recibía trimestralmente el euribor fijado al principio de cada periodo trimestral a cambio de pagar anualmente un tipo fijo, excepto si el euribor superaba determinado nivel o barrera, en cuyo caso el cliente pagaba el euribor menos un diferencial fijado en un 0,10%. El resultado positivo o negativo de las liquidaciones dependía para cada período de liquidación y alcanzaron resultados diversos en cada uno de los años de vigencia del contrato, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes recogidos en el primer fundamento jurídico de esta sentencia".

De la doctrina mencionada cabe deducir que la acción no ha caducado dado que la demanda se interpuso el 23 de diciembre de 2013 y el contrato no se consumaba hasta el 28 de marzo de 2013, por lo que se ha de estimar el motivo de casación y asumiendo la instancia debemos proceder a resolver el recurso de apelación.

#### **CUARTO.- Deber de información.**

1.- Son ya múltiples las sentencias de esta sala que conforman una jurisprudencia reiterada y constante, y a cuyo contenido nos atenderemos, que consideran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de *swap*, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo (sentencias de pleno 840/2013, de 20 de enero de 2014, y 491/2015, de 15 de septiembre; así como las sentencias 384 y 385/2014, ambas de 7 de julio; 387/2014, de 8 de julio; 458/2014, de 8 de septiembre; 460/2014, de 10 de septiembre; 110/2015, de 26 de febrero; 563/2015, de 15 de octubre; 547/2015, de 20 de octubre; 562/2015, de 27 de octubre; 595/2015, de 30 de octubre; 588/2015, de 10 de noviembre; 623/2015, de 24 de noviembre; 675/2015, de 25 de noviembre; 631/2015, de 26 de noviembre; 676/2015, de 30 de noviembre; 670/2015, de 9 de diciembre; 691/2015, de 10 de diciembre; 692/2015, de 10 de diciembre; 741/2015, de 17 de diciembre; 742/2015, de 18 de diciembre; 747/2015, de 29 de diciembre; 32/2016, de 4 de febrero; 63/2016, de 12 de febrero; 195/2016, de 29 de marzo; 235/2016, de 8 de abril; 310/2016, de 11 de mayo; 510/2016, de 20 de julio; 580/2016, de 30 de julio; 562/2016, de 23 de septiembre; 595/2016, de 5 de octubre; 690/2016, de 23 de noviembre; y 727/2016, de 19 de diciembre).

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

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

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



que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

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

En este caso, la nula cualificación de los contratantes en materia de inversión (pretendían abrir un bar, en régimen de comunidad de bienes), unido a la falta de información suficiente y la oscura redacción del contrato, que inducía creer en la neutralización de las variaciones de interés, posibilita la estimación de los motivos de casación y anulación del contrato, de acuerdo con los arts. 1300 y 1301 del CC.

Estimado el recurso de casación, y anulando la sentencia recurrida, procede confirmar íntegramente la sentencia de 5 de marzo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sant Feliú de Llobregat (procedimiento ordinario 914/2013).

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

Se imponen a la demandada las costas de primera y segunda instancia.

## FALLO

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

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Jaime , D. Jorge y la entidad mercantil Nimbin S.C.P., contra sentencia de 9 de marzo de 2016 de la Sección 4.ª de la AP de Barcelona (recurso 435/2015).

**2.º-** Casar la sentencia recurrida, anulando la sentencia de apelación, y confirmar íntegramente la sentencia de 5 de marzo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Sant Feliú de Llobregat (procedimiento ordinario 914/2013).

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

**4.º-** Se imponen a la demandada las costas de primera y segunda instancia.

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

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

Así se acuerda y firma.